



Universitat de Girona

# **LA PROTECCIÓN DE LOS FLUJOS MASIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO VENEZOLANO**

**María Lorena SUÁREZ OSTOS**

**ISBN: 978-84-690-7667-5**

**Dipòsit legal: GI-963-2007**

UNIVERSITAT DE GIRONA

*La protección de los flujos masivos en el ordenamiento jurídico  
internacional y en el Derecho venezolano*

Tesis Doctoral que presenta Dña. MARÍA LORENA SUÁREZ OSTOS

Director: Dr. JOSÉ B. ACOSTA ESTEVÉZ

Girona, diciembre de 2006.



## ÍNDICE

|                                    |    |
|------------------------------------|----|
| PALABRAS PREVIAS .....             | 1  |
| ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS .....  | 5  |
| INTRODUCCIÓN .....                 | 7  |
| OBSERVACIONES TERMINOLÓGICAS ..... | 35 |

### PARTE PRIMERA

#### LOS FLUJOS MASIVOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS

##### CAPÍTULO I

#### LOS FLUJOS MASIVOS Y LA CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS

|  |     |
|--|-----|
| PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN .....   | 47  |
| 1. LA PROTECCIÓN DE LOS FLUJOS MASIVOS EN LA ETAPA INICIAL DE LA PROTECCIÓN LOS REFUGIADOS .....                               | 49  |
| 1.1. La protección internacional como respuesta a los flujos masivos de población. ....  | 53  |
| 1.2. La creación de instituciones de asistencia y protección para los grupos de refugiados. ....                               | 61  |
| 2. LA CONVENCION DE GINEBRA DE 1951 SOBRE EL ESTATUTO DE REFUGIADO Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL ..... | 71  |
| 2.1. La estructura y los objetivos de la Convención .....  | 77  |
| 2.2. El ámbito de aplicación temporal y geográfico de la Convención. ....  | 81  |
| 2.3. Las reservas a la Convención .....  | 84  |
| 3. EL CONCEPTO DE REFUGIADO ESTABLECIDO EN LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE 1951 .....  | 88  |
| 3.1. Los elementos del concepto de refugiado. ....   | 94  |
| 3.2. La ampliación del concepto de refugiado. ....   | 101 |
| 4. LA APLICABILIDAD DE LA CONVENCION EN CASO DE FLUJOS MASIVOS A GRAN ESCALA .....   | 113 |

## **CAPÍTULO II**

### **LA PROTECCIÓN DE LOS NUEVOS REFUGIADOS**

|  |     |
|--|-----|
| PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.....  | 121 |
| 1. EL DESAFÍO DE LA PROTECCIÓN DE LOS NUEVOS REFUGIADOS Y LOS FLUJOS MASIVOS EN ÁFRICA Y EN AMÉRICA LATINA .....                           | 124 |
| 2. LA INICIATIVA AFRICANA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS FLUJOS MASIVOS: LA CONVENCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA DE 1969 ..... | 131 |
| 2.1. La estructura y objetivos de la Convención. ....  | 139 |
| 2.2. Los principios contenidos en la Convención. ....  | 143 |
| 2.3. Las obligaciones asumidas por los Estados en la Convención. ....  | 146 |
| 3. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA PERSONA EN LA DECLARACIÓN DE CARTAGENA SOBRE REFUGIADOS DE 1984 .....                                 | 149 |
| 3.1. La estructura y los objetivos de la Declaración.....  | 156 |
| 3.2. Los principios desarrollados en la Declaración.....   | 158 |
| 3.3. Los compromisos de los Estados en el marco de la Declaración. ....  | 161 |
| 4. LA ACOGIDA TEMPORAL EN LOS INSTRUMENTOS REGIONALES .....  | 164 |
| 4.1. La garantía de admisión temporal en la Convención de la OUA. ....   | 168 |
| 4.2. Los principios de la Declaración de Cartagena aplicables a la protección en caso de flujos masivos .....                              | 171 |
| 5. LA NECESIDAD DE PROTEGER A LAS PERSONAS EN SITUACIONES DE FLUJOS MASIVOS .....  | 173 |

## **CAPÍTULO III**

### **LA PROHIBICIÓN DE DEVOLUCIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LOS FLUJOS MASIVOS**

|   |     |
|---|-----|
| PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.....   | 183 |
| 1. LA CONFORMACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE NO DEVOLUCIÓN EN EL PLANO INTERNACIONAL.....                                   | 185 |
| 1.1. El origen convencional de la obligación de no devolución .....   | 187 |
| 1.2. Los factores que determinan la aparición de la obligación de no devolución.....                                  | 193 |
| 2. LA PLASMACIÓN ESCRITA DE LA NO DEVOLUCIÓN EN DIFERENTES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.....                          | 197 |
| 2.1 Los tratados internacionales que recogen la obligación de no devolución .....                                     | 199 |
| 2.2. Declaraciones o resoluciones de organizaciones internacionales que consagran la obligación de no devolución..... | 203 |
| 3. EL CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN DE NO DEVOLUCIÓN .....   | 205 |
| 4. LA NO DEVOLUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DOCTRINAL .....  | 213 |
| 5. LA NO DEVOLUCIÓN COMO NORMA GENERALMENTE ACEPTADA POR LA SOCIEDAD INTERNACIONAL EN SU CONJUNTO.....                | 220 |

|   |     |
|---|-----|
| 5.1. El artículo 33 de la Convención de 1951 y el efecto generador resultante de la interacción entre costumbre y tratado ..... | 222 |
| 5.2. La prohibición de devolución y las normas imperativas .....  | 234 |
| 5.3. La no devolución y el efecto <i>erga omnes</i> .....   | 246 |
| 5.4. La inderogabilidad de la no devolución.....  | 249 |
| 5.5. El doble plano convencional y consuetudinario de la prohibición de devolución .....  | 254 |
| 5.6. La consolidación de la no devolución como norma consuetudinaria general aplicable los caso de afluencias masivas.....      | 258 |
| 6. LOS FLUJOS MIGRATORIOS Y LA OBSERVANCIA DE LA NO DEVOLUCIÓN .....  | 268 |

## **PARTE SEGUNDA**

### **LA CONFORMACIÓN DE LA PROTECCIÓN APLICABLE EN CASOS DE FLUJOS MASIVOS**

#### **CAPÍTULO I**

##### **DEL REFUGIO PROVISIONAL A LA PROTECCIÓN TEMPORAL**

|  |     |
|--|-----|
| PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.....  | 273 |
| 1. LA RENOVACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS EN EL MARCO DE LOS REFUGIADOS ANTE EL FENÓMENO DE LOS FLUJOS MASIVOS .....   | 276 |
| 2. EL REFUGIO PROVISIONAL COMO RESPUESTA A LAS AFLUENCIAS MASIVAS .....  | 279 |
| 2.1. La naturaleza jurídica del refugio provisional.....   | 285 |
| 2.2. El no rechazo en la frontera: admisión, <i>non refoulement</i> y respeto a los derechos humanos en el marco de la solidaridad internacional. .... | 288 |
| 3. EL DESARROLLO DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL COMO NUEVO MÉTODO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS FLUJOS MASIVOS.....   | 291 |
| 3.1. Definición y naturaleza de la protección temporal.....  | 299 |
| 3.2. Los elementos que caracterizan la protección temporal.....  | 306 |
| 3.3. Los objetivos de aplicación de la protección temporal.....  | 309 |
| 3.4. Los beneficiarios de este tipo de protección. ....  | 312 |
| 3.5. El retorno, la repatriación forzosa o la integración local: soluciones duraderas para la protección temporal.....                                 | 316 |
| 4. LAS DIFERENCIAS ENTRE PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA Y TEMPORAL ....   | 318 |
| 5. LA PROTECCIÓN TEMPORAL COMO PROTECCIÓN EN CASO DE DESPLAZAMIENTOS MASIVOS .....   | 325 |

## **CAPÍTULO II**

### **LA PROTECCIÓN TEMPORAL Y LA GESTIÓN DE LOS FLUJOS MASIVOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL REGIONAL**

|  |     |
|--|-----|
| PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.....  | 335 |
| 1. LA ACOGIDA TEMPORAL EN LA EUROPA COMUNITARIA .....  | 336 |
| 2. EL RÉGIMEN COMUNITARIO DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL.....   | 346 |
| 2.1. Los beneficiarios de la protección temporal en el ámbito europeo.....   | 356 |
| 2.2. El estatuto de protegido temporalmente .....  | 360 |
| 2.3. La duración y la cesación de la protección temporal .....   | 368 |
| 3. LA PROTECCIÓN TEMPORAL Y LAS OBLIGACIONES ESTATALES .....   | 372 |
| 3.1. La protección de flujos masivos en el continente Africano.....  | 373 |
| 3.2. La gestión de los desplazamientos masivos en la Declaración de Cartagena .....  | 375 |
| 4. LOS ESFUERZOS INSTITUCIONALES PARA LA CREACIÓN DE UNA NORMA GENERAL DE ACOGIDA: EFECTO REFLEJO DE LA NO DEVOLUCIÓN..... | 379 |

## **PARTE TERCERA**

### **LA PROTECCIÓN TEMPORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO**

## **CAPÍTULO I**

### **LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS EN EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL Y EN EL RÉGIMEN JURÍDICO VENEZOLANO**

|   |     |
|---|-----|
| PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.....   | 387 |
| 1. LA AUSENCIA DE LA PROTECCIÓN DE REFUGIADOS EN VENEZUELA.....   | 390 |
| 1.1. El asilo como una garantía ciudadana .....   | 391 |
| 1.2. El asilo como derecho político .....   | 394 |
| 1.3. La complejidad del dualismo asilo-refugio.....   | 397 |
| 2. LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS EN LA DINÁMICA PRECEDENTE AL DESARROLLO DE LA LEGISLACIÓN INTERNA.....                   | 403 |
| 2.1. La Declaración de Cartagena y la protección de las afluencias masivas .....  | 405 |
| 2.2. La recepción del Protocolo de 1967 y su orden jerárquico en el ordenamiento jurídico venezolano .....                  | 412 |
| 2.3. La constitucionalización del derecho al refugio en Venezuela.....  | 423 |
| 3. LA DESPROTECCIÓN DE LAS AFLUENCIAS MASIVAS EN VENEZUELA .....  | 426 |
| 3.1. El desplazamiento masivo de colombianos .....  | 426 |
| 3.2. La inobservancia de las obligaciones asumidas en relación a la protección de los refugiados.....                       | 429 |
| 4. LA NECESARIA INCLUSIÓN DE UNA REGULACIÓN JURÍDICA PARA LA GESTIÓN DE AFLUENCIAS MASIVAS EN EL ORDENAMIENTO INTERNO ..... | 434 |

## **CAPÍTULO II**

### **ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO**

|   |     |
|---|-----|
| PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.....   | 443 |
| 1. LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS O REFUGIADAS Y ASILADOS O ASILADAS EN VENEZUELA .....  | 445 |
| 2. LA LEY ORGÁNICA SOBRE REFUGIADOS O REFUGIADAS Y ASILADOS O ASILADAS DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2001. ....  | 452 |
| 2.1. La estructura y los objetivos de la ley. ....  | 453 |
| 2.2. Los principios jurídicos establecidos en la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas: la no devolución como eje central de la protección de los refugiados en Venezuela..... | 456 |
| 3. EL CONCEPTO DE REFUGIADO DESARROLLADO POR LA LEY ORGÁNICA SOBRE REFUGIADOS O REFUGIADAS Y ASILADOS O ASILADAS.....   | 461 |
| 4. LA PROTECCIÓN TEMPORAL EN CASO DE AFLUENCIAS MASIVAS .....   | 466 |
| 4.1. La regulación de la protección en caso de afluencias masivas en la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas. ....  | 467 |
| 4.1.1 La garantía de admisión al territorio.....  | 470 |
| 4.1.2. La asistencia humanitaria.....   | 474 |
| 4.2. La protección temporal en el Reglamento de la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas.....  | 476 |
| 4.2.1. La estructura y los objetivos del reglamento.....  | 476 |
| 4.2.2. El otorgamiento de la protección temporal. ....  | 478 |
| 4.2.3. La duración de la protección temporal.....   | 479 |
| 5. LAS DEFICIENCIAS EN LA PROTECCIÓN DE LAS AFLUENCIAS MASIVAS .....  | 480 |
| 6. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE ORIGEN Y LAS AFLUENCIAS MASIVAS DE POBLACIÓN .....  | 485 |

## **CAPÍTULO III**

### **UNA PROPUESTA DE MEJORAMIENTO DE LA REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA: REGLAMENTO SOBRE EL OTORGAMIENTO DE PROTECCIÓN TEMPORAL EN VENEZUELA**

|  |     |
|--|-----|
| PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.....  | 491 |
| 1. LOS OBJETIVOS DE LA APLICACIÓN DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL.....   | 494 |
| 2. UNA PROPUESTA PARA EL MEJORAMIENTO DE LAS NORMAS QUE CONTEMPLAN LA PROTECCIÓN TEMPORAL EN VENEZUELA: REGLAMENTO SOBRE EL OTORGAMIENTO DE PROTECCIÓN TEMPORAL EN VENEZUELA ..... | 498 |
| 2.1. El objeto del Reglamento. ....  | 502 |
| 2.2. El procedimiento para el otorgamiento de la protección temporal. ....   | 504 |



|                                  |   |     |
|----------------------------------|---|-----|
| 2.2.1                            | La autoridad competente para determinar la afluencia masiva y la concesión de protección temporal. .... | 505 |
| 2.2.2.                           | El contenido de la decisión y la declaración sobre el otorgamiento de protección temporal. ....         | 509 |
| 2.2.3.                           | Los plazos para la toma de decisión respecto al otorgamiento de la afluencia masiva. ....               | 510 |
| 2.2.4.                           | La duración de la protección temporal. ....   | 511 |
| 2.3.                             | La realización del registro de personas que ingresan en afluencia masiva. ....                          | 513 |
| 2.3.1.                           | La competencia para el registro de personas. ....   | 514 |
| 2.3.2.                           | La emisión de la documentación para las personas que serán protegidas temporalmente. ....               | 515 |
| 2.4.                             | La definición del contenido de la protección temporal. ....   | 516 |
| 2.4.1.                           | La regulación de la acogida territorial. ....   | 517 |
| 2.4.2.                           | La autorización de trabajo remunerado. ....   | 518 |
| 2.4.3.                           | La determinación de la asistencia material. ....  | 518 |
| 2.4.4.                           | La reagrupación familiar. ....  | 520 |
| 2.4.5.                           | El acceso a la solicitud de refugio. ....   | 520 |
| 2.5.                             | La adopción de formas complementarias de protección. ....   | 521 |
| 2.6.                             | La posibilidad del reparto de cargas. ....  | 523 |
| 2.7.                             | La finalización de la protección temporal. ....   | 527 |
| 2.7.1.                           | El cese de los beneficios de la protección temporal. ....   | 528 |
| 2.7.2.                           | La pérdida del beneficio de protección temporal. ....   | 529 |
| 3.                               | LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES DURADERAS: ESPECIAL CONSIDERACIÓN RESPECTO A LOS REFUGIADOS COLOMBIANOS. .... | 530 |
| 4.                               | LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN TEMPORAL EN VENEZUELA. ....                   | 535 |
| 4.1.                             | La estructura del Reglamento. ....  | 535 |
| 4.2.                             | El contenido del Reglamento ....  | 537 |
| 4.3.                             | La atribución para dictar el Reglamento. ....   | 539 |
| CONCLUSIONES. ....               |   | 543 |
| EPÍLOGO ....                     |   | 561 |
| BIBLIOGRAFÍA. ....               |   | 569 |
| DIRECTORIO DE PAGINAS WEBS. .... |   | 609 |
| ANEXOS ....                      |   | 611 |

## **PALABRAS PREVIAS**

Es difícil vivir en Colombia. Con esto no me refiero a que el costo de la vida sea elevado o que el buscar un empleo se convierta en una acción imposible, sino que hago referencia a que entender las cosas que allí suceden es un trabajo complicado y también triste. Resulta una tarea fácil sensibilizar a los venezolanos, a los panameños, a los brasileños, a los peruanos y a los ecuatorianos sobre el drama de los refugiados de Irán y Pakistán y es común verlos asombrarse al conocer las consecuencias de los desplazamientos masivos y de las violaciones de derechos que se producen en esos países. No obstante, la mayoría de ellos ni siquiera imagina los terribles atentados que sufren las personas a pocos kilómetros de distancia de sus fronteras como producto del conflicto armado interno, que en Colombia apaga la vida y acrecienta el sufrimiento de muchas más personas de las que el mundo cree.

Colombia es un país de contrastes y contradicciones; posee una población multiétnica y pluricultural dentro de un Estado sumergido en una terrible violencia originada por una lucha que llena páginas de vergüenza, terror y llanto, y que es consecuencia de un enfrentamiento que se libra entre guerrilleros, paramilitares y el Estado. Algo más de cincuenta años es lo que los colombianos han estado cubiertos por la sombra del miedo, el desplazamiento, la desaparición y la muerte de civiles, quienes constituyen blancos de ataques indiscriminados en la lucha de un conflicto que ya no tiene claros fundamentos ideológicos.

La incertidumbre y problemática de estas situaciones ha traspasado la frontera a países vecinos, hacia los cuales muchas personas han huido intentando encontrar la paz y el bienestar que su Estado no les puede proporcionar y que los grupos armados de guerrilleros y paramilitares les han robado. El cruzar la frontera en la mayoría de los casos no conlleva los resultados esperados y la situación en los países vecinos resulta una odisea que se acrecienta si se cruza como parte de un grupo. Estas huidas son el resultado de acontecimientos que interrumpen la vida normal de las personas y que arrancan de raíz la existencia misma de un pueblo, forzando a las comunidades enteras a desplazarse. El Estado venezolano no está preparado jurídica ni operativamente para la gestión de estos flujos masivos; las fronteras venezolanas, a pesar de su permeabilidad y

extensión, no son tan receptivas ni seguras como podrían serlo. Además, las autoridades civiles y militares parecen estar tan alejadas de la realidad que no reconocen ni comprenden las huidas masivas en búsqueda de seguridad física o jurídica que un Estado no puede proporcionar. Ante esta desconsoladora realidad, muchos ciudadanos colombianos continúan sobreviviendo al confinamiento, al encierro y al terror de una amenaza constante a sus vidas. Muchos siguen siendo ultrajados en lo más profundo de sus seres y tal vez nunca conocerán otra realidad.

Desde diciembre de 2002, como oficial de protección del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en la oficina de campo de Machiques, Estado Zulia, Venezuela tuve la oportunidad de ser testigo de la crítica situación de los solicitantes de la condición de refugiado, de los refugiados y de las comunidades receptoras en la frontera venezolana. En esta oficina de campo, en mayo de 2003, se comenzó a apoyar al Estado venezolano en la recepción de solicitudes del estatuto de refugiado y en la asistencia material y jurídica de las personas que ingresan al territorio de la República con temor a la persecución o huyendo de las consecuencias del conflicto colombiano. Pero, sobre todo, uno de los principales objetivos del ACNUR en la zona estuvo enfocado a realizar diagnósticos fronterizos que pretendían demostrar al Estado venezolano y a la sociedad internacional que el ingreso de personas que huyen del conflicto representan una realidad tangible y que su problemática no está siendo abordada por políticas específicas del Estado venezolano ni constituye tema de interés para los funcionarios públicos fronterizos.

La agudización del conflicto armado colombiano en los últimos cinco años ha impulsado el desplazamiento forzado de numerosas personas al territorio venezolano, que se concentran en los Estados Zulia, Táchira y Apure, principalmente en las barriadas y en las zonas rurales cercanas a la frontera, sin poder acceder al procedimiento de determinación como refugiado, permaneciendo en situación de marginalidad y abandono por parte del Estado, y, por ende, tanto los ciudadanos venezolanos como las personas de reciente ingreso sufren la carencia de servicios públicos básicos y condiciones de vida mínimas. Así, la pobreza, las condiciones de vida lamentables y precarias de los refugiados y protegidos temporalmente, la falta de políticas estatales y, sobre todo, la tristeza y la desesperación, caracterizan la vida de tantas personas que acudían al ACNUR en busca de protección sin entender que sólo

podíamos calmar momentáneamente su desesperación con palabras, pues el Estado venezolano se mostraba incapaz de acogerlos dignamente y el ACNUR no podía asumir en solitario la responsabilidad del apoyo material a estas personas.

Las actividades diarias estaban enfocadas a la recepción de las solicitudes, a la entrega de una constancia de solicitud de la condición de refugiado a falta de emisión de documentación oficial y a acompañar a estas personas en la larga espera del procedimiento de concesión del estatuto de refugiado, recibiendo quejas, insultos y lamentos ante el incumplimiento de los 90 días fijados por la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas para la respuesta de la solicitud del estatuto de refugiado. En Venezuela el otorgamiento de la condición de refugiado y de protección temporal no se ha caracterizado por su inmediatez. La inexistencia de un órgano encargado de la toma de decisiones, primero, y la lentitud del funcionamiento y respuesta de la Comisión Nacional de Refugiados, después, han creado largos períodos de espera en los que los solicitantes del estatuto de refugiado y grupos de personas que ingresan en afluencias masivas sobreviven sin acceso al empleo y servicios básicos, agudizando la crítica situación de las ya pobres y marginadas zonas fronterizas, especialmente en Casigua El Cubo en el Estado Zulia, El Nula en el Estado Apure y San Antonio en el Estado Táchira. Todas estas comunidades receptoras se caracterizan por la pobreza, la exclusión de correctas políticas estatales y el aumento demográfico, producto de los desplazamientos provenientes de Colombia.

En este mismo sentido, a pesar de que el número de personas que ingresan al país a consecuencia del conflicto colombiano es elevado, son pocas las que logran ser reconocidas como refugiados por el Estado venezolano; muchas, porque no logran probar sus temores fundados y otras, porque no conocen el procedimiento ni sus derechos a ser protegidos. Entretanto, la suerte de los protegidos temporalmente es desalentadora, pues el Estado venezolano, en el mejor de los casos, les otorga dicha protección olvidando sus subsecuentes obligaciones y responsabilidades, dejándolos a su suerte en el territorio venezolano, sin documentación que les identifique como personas bajo protección especial. En consecuencia, estas circunstancias han tenido y pueden tener graves consecuencias humanitarias y han generado y continúan generando importantes retos e inconvenientes en el ejercicio del mandato del ACNUR en la región.

Como encargada por parte del ACNUR de velar por la protección de estas personas en el Estado Zulia y ante la incapacidad para resolver los problemas de esas personas que demandaban ayuda, principalmente a consecuencia de la emergencia producida por el flujo masivo de los wayúu en mayo de 2004, se generó en mí una gran inquietud, que me llevó a la búsqueda de una solución efectiva para estos seres humanos que, carentes de todo, pedían ayuda humanitaria a un Estado cuya legislación interna está fundamentada en una concepción teórica del significado de protección y que no consagra en la práctica formas de proceder en casos inesperados o de emergencia, dejando de lado la obligatoria protección integral de las personas que huyen de su país e ingresan al territorio venezolano.

Este trabajo es resultado de una inquietud profesional y contiene una propuesta personal para la elaboración de un instrumento jurídico cuya aplicación pretende aliviar la angustia y el dolor de los grupos de personas que huyen y que logran cruzar la frontera en busca de protección. Este proyecto de Reglamento sobre la Regulación de la Protección Temporal, se presenta como una respuesta ante las necesidades de las víctimas de un conflicto complejo y diverso que se agudiza, se expande y se incrementa en violencia y crisis humanitaria. Es difícil salir de Colombia. Por ello, cooperar para solventar estas situaciones que afectan a la población civil que no tiene más opción que la huida representa una acción conjunta de todos los Estados de la región. Empero, como estas respuestas no se evidencian como prioridades en las agendas ni en los discursos políticos, he decidido realizar esta aportación en orden a promover el bienestar de esos grupos de personas que se encuentran en los países vecinos, sufriendo una persecución tan injusta como aquella que les robó la sonrisa en su país de origen.

El reto es impulsar la respuesta del Estado venezolano a través del fortalecimiento de la legislación y la construcción de un régimen de protección temporal, establecido sobre un vértice de obligaciones estatales, garantías y derechos que permitan una adecuada gestión de los flujos masivos y de la protección que se ofrece a hombres, mujeres y niños que enfrentan la realidad dramática de abandonar sus familias, trabajos, tierra, costumbres, seguridad, culturas y otros bienes.

Barcelona, España, diciembre de 2006.

## ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

|                  |  |
|------------------|--|
| ACNUR            | Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados  |
| AFDI             | Annuaire Français de Droit International   |
| AJI              | Anuario Jurídico Interamericano  |
| AYIL             | African Yearbook of International Law  |
| AJIL             | American Journal of International Law  |
| BOE              | Boletín Oficial del Estado (España)  |
| CAN              | Comunidad Andina   |
| CIDH             | Comisión Interamericana de Derechos Humanos  |
| CIREFCA          | Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos  |
| CNR              | Comisión Nacional de Refugiados (Venezuela)  |
| DOCE             | Diario Oficial de las Comunidades Europeas   |
| EXCOM            | United Nations High Commissioner for Refugees Executive Committee                                    |
| GYIL             | German Yearbook of International Law   |
| ICQL             | International and Comparative Law Quarterly  |
| IHLADI           | Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional  |
| IJRL             | International Journal of Refugee Law   |
| JRS              | Journal of Refugees Studies  |
| L.O.R.R.A.<br>A. | Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas (Venezuela) de 3 de Octubre de 2001 |
| NJIL             | Nordic Journal of International Law  |
| OEA              | Organización de Estados Americanos   |
| OUA              | Organización para la Unión Africana  |
| PNUD             | Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo   |
| PROVEA           | Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos  |

|       |   |
|-------|---|
| RCADI | Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de Le Haye |
| RDI   | Revista de Derecho Internacional                                  |
| REDI  | Revista Española de Derecho Internacional                         |
| STR   | Secretarías Técnicas Regionales (Venezuela)                       |
| UNHCR | United Nations High Commissioner for Refugees                     |
| VJIL  | Virginia Journal of International Law                             |

## INTRODUCCIÓN

Los desplazamientos masivos han sido un fenómeno habitual desde los primeros años del siglo pasado. Las consecuencias de la Primera Guerra Mundial (1914-1918) y de la Revolución bolchevique (1917-1920) tuvieron graves repercusiones para la población que, debido a persecuciones de distinto tipo, se vio forzada a huir hacia los países vecinos para salvar sus vidas. Tales movimientos impulsaron la creación de instituciones y la redacción de instrumentos jurídicos tendentes a resolver pragmáticamente los problemas que se iban presentando, pero en esa época no se logró establecer un régimen jurídico unitario que pudiera proteger a los que huían de sus países de origen.

A partir de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) se dio un importante cambio de trayectoria en relación con los efectos jurídicos del fenómeno de la persecución de personas que huían para salvar su vida. Desde entonces el Derecho internacional no sólo inició su preocupación respecto a las raíces de este problema, sino que comenzó a regularlo en sí mismo. Después de los terribles ataques que tuvieron lugar en este conflicto armado, se asumió la necesidad de proteger la dignidad humana como un valor en sí mismo y cualquier circunstancia que pudiera afectarla, por lo que se consideró que la práctica de la persecución, entre otras tantas atrocidades, debía ser castigada. Esta tendencia surge como consecuencia de la internacionalización de los derechos humanos, que ha impulsado una progresiva humanización del Derecho internacional contemporáneo, el cual, a diferencia del clásico, se presenta como un Derecho más humanista y social<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En palabras de PASTOR RIDRUEJO el Derecho internacional contemporáneo, en su carácter humanista y social, se interesa por la protección de los derechos fundamentales del hombre y no sólo de la definición de los mismos; así, se ocupa también de los mecanismos procesales para su defensa. En igual sentido, se preocupa de la suerte de los pueblos, poniendo las bases jurídicas para su autodeterminación y sentando principios y causas para el desarrollo integral de los pueblos e individuos. “Es decir, han aumentado las funciones del Derecho internacional. Éste ya no es meramente competencial y relacional, sino que tiende al desarrollo, y a través de él a la paz, una paz positiva y dinámica que no sólo excluya la guerra, sino que elimine también las injusticias individuales y sociales que son fuente de discordias y tensiones entre los Estados” (PASTOR RIDRUEJO, J.: *Curso de Derecho internacional público y Organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 61).



La realidad social y política de la época y la complejidad del fenómeno de la persecución hacían poco viable una respuesta jurídica singular ante las consecuencias que la misma originaba. Por tanto, el Derecho internacional contemporáneo respondió ante este fenómeno desde la perspectiva del Derecho penal, y desde la perspectiva del Derecho de los refugiados, configurando la persecución como un crimen de Derecho internacional y como fundamento o causa principal para el otorgamiento del estatuto de refugiado, que es precisamente el ámbito que sirve de base para esta investigación.

A partir de entonces el Derecho internacional no sólo se preocupó por la raíz del problema del desplazamiento, sino que el definir un estatuto jurídico y resolver la situación de desprotección de estas personas se convirtió también en una prioridad. Los temores de persecución que motivaron los desplazamientos pusieron en evidencia la necesidad de proteger a las personas que no podían permanecer en sus países de origen. Este reconocimiento de las causas que motivaban las huidas de las personas marcó un punto de inflexión en relación con los acuerdos redactados en la *etapa inicial de protección de los refugiados*, donde se protegía a las personas bajo una dimensión colectiva de refugio, sin considerar individualmente las causas de sus desplazamientos.

La magnitud del desplazamiento forzado generado por la Segunda Guerra Mundial resultó pues un reto sin precedentes que impulsó la redacción de un instrumento jurídico internacional en el cual se estableció la condición jurídica de los refugiados, y se sistematizaron las causas que condicionarían el otorgamiento de dicho estatuto (persona refugiada). La Convención sobre el estatuto de los refugiados fue adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, el 28 de julio de 1951 y entró en vigor el 21 de abril de 1954<sup>2</sup>, institucionalizando la protección internacional<sup>3</sup>. Esta protección al refugiado, que nació limitada espacial y temporalmente, fue redefinida en 1967 por el Protocolo sobre el estatuto de los

---

<sup>2</sup> *Convención sobre el estatuto del refugiado*, de 1951, UN, *Recueil des Traités*, vol. CLXXXIX, núm. 2542.

<sup>3</sup> Para la fecha del 18 de octubre de 2005, 143 países son Parte en la Convención sobre el Estatuto de refugiado de 1951. Vid. ACNUR: *Estados Parte de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y el Protocolo de 1967*, en [www.acnur.org/biblioteca/pdf/0506.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0506.pdf), pág.1. Este instrumento no ha sido ratificado por Venezuela. España lo hizo el 14 de agosto de 1978, a través del *Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967*, publicado en el BOE, núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

refugiados<sup>4</sup>, a través del cual más Estados asumieron el compromiso de aplicar las disposiciones sustantivas desarrolladas en este instrumento, suprimiendo las barreras espaciales y temporales de dicha Convención, universalizando de esta manera el Derecho internacional de los refugiados<sup>5</sup>. Así, a partir de entonces se estableció una definición general de refugiado que describía las razones por las cuales se originaba el desplazamiento involuntario y se producía la desprotección<sup>6</sup>.

Paralelamente al desarrollo sustantivo del Derecho internacional de los refugiados, las Naciones Unidas impulsaban la creación de una institución que pudiera cooperar y encargarse del respeto de los Derechos de los refugiados. Se estableció así el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), cuyo estatuto está contenido en el anexo a la Resolución 428 (V), que fue aprobada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1950, y cuyas funciones se centrarían en proporcionar protección internacional a los refugiados y tratar de encontrar soluciones para ellos.

De esta manera, la creación del ACNUR, como organismo específico encargado de velar por la protección a los refugiados y el desarrollo de un conjunto normativo, que sistematiza las anteriores manifestaciones de protección, permitió la consagración de una rama específica del Derecho internacional tendente a velar por el bienestar de los refugiados, el Derecho internacional de los Refugiados, que regula el régimen jurídico en donde se establecen las obligaciones de los Estados con respecto a esta protección internacional y es en razón de este conjunto normativo protector que todo individuo con

---

<sup>4</sup> *Protocolo sobre el Estatuto de Refugiado*, adoptado el 31 de enero de 1967, en vigor el 4 de octubre. 1967. Protocolo a la Convención sobre el Estatuto del Refugiado, de 1967, UN, *Recueil des Traités*, vol. DCVI, núm.8791.

<sup>5</sup> A fecha actual 143 Estados son Parte en el Protocolo sobre el Estatuto de refugiado de 1967. Al respecto resulta importante señalar que Madagascar, Mónaco y Saint Kitts y Nevis son países signatarios de la Convención, pero no han ratificado el Protocolo. Por otra parte, Cabo Verde, Estados Unidos y Venezuela son los únicos tres países que se han hecho parte del Protocolo sin ratificar la Convención sobre el Estatuto de refugiados de 1951 (ACNUR: *Estados Parte de la Convención de 1951...*, cit., pág. 2). Este instrumento fue ratificado por Venezuela a través de la Ley publicada en la Gaceta Oficial No 33.503, de 2 de julio de 1986.

<sup>6</sup> “The jurisprudential basis of international refugee law was the concept of common humanity and the responsibility of the international community to preserve human life, to promote the well-being of all men, to diminish human suffering as to assist States in providing protection and assistance to refugees” SAXEMA, J.M.: “Problems of Refugees in the Developing Countries and the Need for International Burden-Sharing, en PATHAK, R.S.; DHOKALIA, R.P.: *International Law in Transition*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992, pág. 98.

temor fundado de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado u opinión política es reconocido como refugiado a través del otorgamiento de un estatuto jurídico que abarca un conjunto de derechos y sobre todo determina obligaciones estatales referentes a la protección de los refugiados<sup>7</sup>. No obstante, en este desarrollo normativo no se establecieron obligaciones relativas a la protección de las personas que huyen en flujo masivo, con lo cual esta rama del Derecho se aleja de lo que había sido su inicial “caldo de cultivo”: los desplazamientos masivos a gran escala.

Esta laguna en el ámbito de la protección internacional de los refugiados, aunada a la falta de voluntad estatal de reconocer *prima facie* y colectivamente a los grupos como refugiados, ha dificultado la aplicabilidad de la Convención de 1951 en la mayoría de las situaciones de flujos masivos que se han presentado<sup>8</sup>, lo que ha generado la proliferación de estatutos subsidiarios y restringidos, desarrollados para hacer frente a estas contingencias que comenzaron a surgir poco tiempo después de la redacción del régimen protector de los refugiados. Así, tras la caída del Muro de Berlín, los desplazamientos masivos y súbitos de personas volvieron a desafiar la aplicabilidad del

---

<sup>7</sup> “La réglementation internationale actúele de la protection des réfugiés montre, d’une part, une regrettable fragmentation normative du point de vue des champs matériels d’application: droit de réfugiés, droit international humanitaire, droit international des droits de l’homme; elles est aussi fragmentée d’après les champs d’application spatiale: universal et regional; en plus, des disparités affectent la nature des règles: traités internationaux, résolutions d’organisations internationales, *soft law*. Le foisonnement des organismes de protection, Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, UNRWA pour les réfugiés palestiniens, organisations non gouvernementales, loin d’être le signe d’une protection accrue est plutôt la manifestation d’une activité chancelante. D’autre part, l’élargissement de la protection vers des catégories de personnes toujours plus larges s’est fait au prix d’une diminution du niveau de protection. Le statut juridiquement clair dont jouissent les réfugiés auxquels s’applique la Convention de 1951 devient plus flou dans les cas des personnes dans des `situations analogues` qui se trouvent sous la protection générique du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. D’autres catégories de personnes disposent seulement de la protection indirecte plus précaire qu’offrent les instruments internationaux des droits de l’homme” (CASANOVAS i LA ROSA, O.: “La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés”, en *RCADI*, vol. 306-III, 2003, pág. 47).

<sup>8</sup> En relación a la adopción de la Convención de 1951 se ha expresado que es un instrumento deudor del momento histórico en que surge y como tal “(...) [h]unde sus raíces en la división de bloques propia de la guerra fría y se funda probablemente en la creencia de una supremacía occidental para la que resultaba inconcebible la existencia de flujos migratorios (incontrolados) procedentes de los países africanos o asiáticos que conformaban sus colonias. De ahí que el proceso de descolonización y la inestabilidad política en América Latina en la década de los sesenta y setenta, así como, sobre todo, la masiva afluencia de desplazados como consecuencia de conflictos internos en la década de los ochenta y noventa ha modificado radicalmente el contexto histórico en que surgió el Convenio” (MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *La Inmigración y el Asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Colex, Madrid, 2002, pág.247).

Derecho internacional de los refugiados y la capacidad de respuesta de los Estados receptores.

Por tanto, si bien se considera un paso importante la adopción de los instrumentos de protección de los refugiados, es también preciso apuntar que una de las principales debilidades de este régimen jurídico es la inexistencia de disposiciones concretas para la protección de los flujos masivos, a pesar de la frecuencia y las consecuencias humanitarias de estos acontecimientos<sup>9</sup>. Por esta razón, la protección de los flujos masivos representa un reto en sí misma, pues en un mundo globalizado las barreras para las víctimas de persecución continúan acrecentándose en aras del control migratorio y el terrorismo<sup>10</sup>, así como la percepción del riesgo que los asuntos humanitarios puedan implicar para los intereses nacionales<sup>11</sup>.

El fenómeno de los flujos crecientes de personas que cruzan las fronteras en búsqueda de seguridad requiere especial atención. Principalmente interesa resaltar que

---

<sup>9</sup> La frecuencia y las emergencias humanitarias que generan las afluencias masivas han sido reiteradas por el ACNUR en el marco de las Consultas Globales. Vid. *Informe de la Presidencia de la Mesa Redonda 2 respecto a la cooperación internacional para proteger los éxodos masivos (inter alia, afluencias, participación y responsabilidad de la carga, seguridad e instrumentos adicionales)*, Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967, ACNUR: *Consultas Globales sobre Protección Internacional*, Diciembre 13, 2001, pág.1. En igual sentido, se ha afirmado que “[l]as afluencias masivas seguirán afectando no sólo a los países de acogida y las agrupaciones regionales de Estados, sino a la comunidad internacional como un todo. Es necesario perfeccionar las herramientas para garantizar la protección en situaciones de afluencia masiva, así como maximizar su potencial, al tiempo que se arraigan en el régimen internacional de la protección de los refugiados manteniendo como eje central la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967” (*La protección de los refugiados en situaciones de afluencia masiva: marco global para la protección*, Consultas Globales sobre Protección Internacional, ACNUR Doc. EC/GC/01/4, 19 de febrero de 2001, pág. 1). En el año 2004, los éxodos más numerosos se han producido en Sudán (146.900), la República Democrática del Congo (38.100), Somalia (19.100) e Irak (12.000). Vid. ACNUR: *Refugiados en cifras*, en [www.acnur.org/index.php?id\\_pag=3180](http://www.acnur.org/index.php?id_pag=3180), pág. 2.

<sup>10</sup> Respecto de la incidencia de la lucha contra el terrorismo y sus implicaciones para la protección de solicitantes de asilo y refugiados, puede revisarse el *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el Terrorismo y los Derechos Humanos*, Washington, diciembre de 2003, sección H, págs. 67-86.

<sup>11</sup> Sobre este particular, el ACNUR ha expresado su preocupación señalando que “[e]n un contexto hemisférico donde la protección internacional de refugiados se ve influenciada por crecientes preocupaciones en materia de seguridad nacional, estabilidad regional y la lucha contra el terrorismo, el desafío es preservar el espacio humanitario que permita brindar protección a quien la necesita y la merece, teniendo presentes las situaciones de tensión que genera el desplazamiento forzado en nuestra región y en otras partes del mundo” (*La protección internacional de solicitantes de asilo, refugiados, desplazados internos, apátridas y otras personas del interés del ACNUR en las Américas: La importancia de la Solidaridad internacional y la Responsabilidad Compartida*, Documento presentado por el ACNUR ante el Consejo Permanente de la OEA el 15 de mayo de 2004, pág. 2).

los flujos masivos ocurren con frecuencia en gran parte del planeta, y su relevancia ha ganado un espacio en las reflexiones de los foros internacionales, en los medios de comunicación y en las inquietudes de la sociedad civil, a causa de la creciente violencia y las consecuencias de los conflictos armados<sup>12</sup>.

Dicha situación es ahora más frecuente en América Latina donde, la agudización del conflicto armado colombiano ha generado desplazamientos masivos hacia países en toda la región<sup>13</sup>. Las legislaciones internas de los países vecinos a Colombia no otorgan la importancia debida a la protección en caso de afluencias masivas<sup>14</sup> y su vertiginoso incremento se ha convertido en un grave problema que

---

<sup>12</sup> La protección en casos de flujos masivos está relacionada principalmente, aunque no de forma exclusiva, con la protección de personas que huyen de los conflictos armados y que cruzan la frontera de un país en salvaguardia de sus vidas. En el caso concreto de los grupos de personas que intentan cruzar la frontera hacia territorio Español por el sur del país (Ceuta y Melilla) se debe considerar que, en virtud del artículo 1 y 2 del Reglamento sobre Protección Temporal en caso de afluencias masivas de personas desplazadas, en vigor en España, dichos grupos no pueden considerarse como una afluencia masiva de desplazados, y por tanto no pueden ser beneficiarios de protección temporal, en los términos que se establece en el Estado español. La multitud de personas que ha intentado cruzar la frontera provienen de distintos países, y conforman los llamados “flujos mixtos”, que están integrados por personas de diversas nacionalidades y distintos motivos de desplazamiento, como lo ha expresado el ACNUR. En este sentido, este órgano exaltó que en función de las diversas nacionalidades que conforman el flujo, se debe tener en consideración a las personas que provienen de Costa de Marfil, Mali, Guinea Bissau y Ghana, quienes, en función de la información de país sobre el origen, podrían ser personas con temores de persecución, y por tanto podrían solicitar que se les otorgue el estatuto de refugiado. *Vid.* “ACNUR desarrolla un amplio programa para conocer la situación de los inmigrantes”, [www.eltelegrama.com/noticia.asp?ref=28094](http://www.eltelegrama.com/noticia.asp?ref=28094). Sobre este tema es importante precisar, que si bien estas personas no califican como beneficiarios de protección temporal, porque según la normativa no se manifiestan en afluencia masiva, nada obsta para que alguno de ellos corra riesgo de ser devuelto a su país de origen; por tanto, el Estado español debe, en función de obligaciones internacionales asumidas, asegurar el respeto de la prohibición de devolución: “Aun cuando es legítimo proteger las fronteras del propio territorio, el acto mediante el cual se impide de hecho la entrada a quienes en consecuencia serán expuestos al riesgo cierto de torturas o de privación de la vida o libertad –sean o no refugiados– es violación flagrante del principio de *non refoulement*” (PERAL FERNÁNDEZ, L.: “Límites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: non refoulement, protección en la región de origen y cierre de fronteras europeas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 11, 2006, pág.7, en [www.reei.org](http://www.reei.org)). Respecto a la inobservancia de las obligaciones jurídicas por parte del Estado español con la expulsión de estos grupos de inmigrantes puede revisarse AMNISTÍA INTERNACIONAL: *España: Frontera Sur (El Estado da la espalda a los derechos de los refugiados e inmigrantes)*, Amnistía Internacional, Madrid, 2005.

<sup>13</sup> Es preciso indicar que el incremento del desplazamiento interno es un elemento de riesgo para el incremento de las afluencias masivas. En Colombia, los desplazamientos masivos internos son de gran magnitud y han llevado a este país a convertirse en el país con más desplazados internos del mundo, con un registro de más de 2.000.000 de personas al 1 de julio de 2005 (ACNUR: *Refugiados en cifras...*, cit., pág.4).

<sup>14</sup> Países como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Guatemala, Honduras, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay y Uruguay no poseen en sus normativas internas sobre refugiados disposición alguna relativa a la gestión de afluencias masivas o al otorgamiento de protección temporal o subsidiaria para estos casos. En los demás países de América Latina las legislaciones sobre la protección de refugiados han incorporado normas respecto a esta cuestión, no obstante las mismas se caracterizan por desarrollar en su enunciado la posibilidad de otorgamiento de la protección en caso de afluencia masiva, sin determinar el

podría ser sinónimo de crisis humanitarias y una amenaza para la paz y la seguridad internacionales<sup>15</sup>. Así, dado que las violaciones de los derechos humanos son situaciones habituales dentro del conflicto colombiano, el temor de una crisis humanitaria desbordante contrarrestarse con la asunción de compromisos legales por parte de los Estados, como la protección de las personas que huyen en flujos masivos,

---

alcance, contenido, aplicación o procedimiento para la aplicación de esta protección. Sobre este particular, puede revisarse el artículo 19 del Decreto Ejecutivo N° 14845-G, de 29 de agosto de 1983, que establece el Procedimiento para la calificación de la Condición de Refugiado en Costa Rica; el artículo 53 del Decreto N° 918, de 14 de agosto de 2002, en el que se promulga la Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas en El Salvador; los artículos 35 y 36 de la Ley N° 27892, de 20 de diciembre de 2002, que contiene la legislación sobre refugiados en Perú; el artículo 20 del Decreto N° 2330, de 10 de septiembre de 1984, que contiene el Reglamento de la Comisión Nacional para los Refugiados en República Dominicana; los artículos 32 a 37 de la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas, de 13 de septiembre de 2001, de Venezuela. En este contexto, especial mención merecen los artículos 80 a 88 del Decreto Ejecutivo N° 23, de 10 de febrero de 1998, que contiene la Ley N° 5 de 1977 que aprueba la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados en Panamá, pues en este instrumento legal se crea el estatuto humanitario provisional de protección para los “necesitados de protección temporal”, que si bien puede entenderse como una respuesta ante las emergencias, el mismo se limita a contemplar dos posibles soluciones para los grupos protegidos: el retorno o el reasentamiento en un tercer país. En relación con este instrumento legal, se ha destacado la falta de coherencia con los estándares internacionales establecidos por la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, los cual ha podido evidenciarse con los casos de *refoulement* a Colombia de gran cantidad de personas bajo este estatuto en los primeros meses de 2003. *Vid. Informe Temor por la seguridad / “desaparición” / devolución forzosa / malos tratos en Panamá, de 24 de abril de 2003*, en [www.amnesty.org](http://www.amnesty.org). De forma general, puede afirmarse que, con la redacción de estas normas de protección temporal en las legislaciones sobre refugiados en la región latinoamericana se ha tratado de sustraer a los refugiados de la protección consagrada en el régimen internacional y además se ha pretendido diferenciar la respuesta humanitaria de las situaciones de afluencia masiva, a través de regímenes inferiores de protección. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la finalidad del Derecho internacional de los refugiados y el Derecho internacional de los derechos humanos es la protección de la persona humana, es necesario emprender un esfuerzo para remediar esta situación (SAN JUAN, C.; MANLY, M.: “Informe general de la investigación”, en FRANCO, L.: *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho internacional de los Derechos humanos*, ACNUR, Editorama, San José, 2004, págs. 48-49).

<sup>15</sup> En el marco del compromiso en el mantenimiento de la paz y la seguridad y reafirmando que la seguridad en el Hemisferio tiene como base fundamental el respeto a los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la OEA subraya la importancia de continuar asegurando y promoviendo la protección de los refugiados, los asilados y los solicitantes de asilo en un marco de solidaridad y cooperación efectiva entre todos los Estados, de acuerdo con la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, su Protocolo de 1967 y los principios internacionales de protección de los refugiados. Principalmente en el marco de la nueva concepción de la seguridad multidimensional, incluye los flujos masivos como las nuevas amenazas a la seguridad de los Estados del Hemisferio; por tanto, hace un llamamiento especial “a la cooperación internacional e interamericana en situaciones de flujos masivos de refugiados para facilitar la repatriación voluntaria en condiciones dignas y seguras y, cuando sea apropiado y factible, teniendo presente las posibilidades nacionales, la integración local o reasentamiento de refugiados en un tercer Estado, en cumplimiento de las normas internacionales” (OEA: *Declaración sobre Seguridad en Las Américas*, OEA/Ser.K/XXXVIII CES/dec.1/03rev.1, Tercera sesión plenaria, Ciudad de México, 28 de octubre de 2003, párr. 34).

en orden de mantener la paz y estabilidad internacional<sup>16</sup>.

Por ello, ante este escenario de desprotección internacional de los flujos masivos se ha considerado importante analizar cuáles han sido las respuestas estatales en relación a este fenómeno y cuál es el estado actual de la protección temporal que se brinda a estas personas que se desplazan masivamente. Este análisis se hace necesario debido a que el otorgamiento de la protección internacional, desarrollada para proteger a los refugiados, se caracteriza por su condicionamiento a la determinación individual de los temores fundados de persecución, cuestión que no puede llevarse a cabo por la inminencia y proporción que alcanzan estos flujos de personas que huyen masivamente de sus países de origen o por a la falta de capacidad del Estado receptor.

La presente investigación no tiene por objeto o finalidad estudiar las causas, ni los detalles de todos y cada uno de los escenarios de flujos masivos que han ocurrido a lo largo de la historia, ni tampoco aspira a analizar la protección colectiva a través de la aplicación del concepto de refugiado<sup>17</sup>. En este mismo sentido, este estudio no se ha elaborado para ofrecer un análisis exhaustivo de todos los aspectos relacionados con la protección internacional de los flujos masivos de personas, pues los mismos generan importantes desafíos para distintas parcelas del ordenamiento jurídico. Esta investigación pretende centrarse en el análisis de los retos que, respecto a la acogida y protección, este fenómeno complejo ha planteado para los Estados receptores y en la evolución del Derecho internacional.

Por tanto, este análisis se ha fundamentado en la formación de las obligaciones estatales y en el otorgamiento de la protección temporal, institución que se ha desarrollado para amparar a las personas que forman parte de los flujos masivos, con la finalidad de establecer una visión de conjunto de lo que han sido las respuestas estatales relativas a la acogida y protección de estos colectivos en un determinado momento histórico, que va desde las principales manifestaciones de la protección de los

---

<sup>16</sup> No se puede olvidar que el respeto de los derechos de hombre es una cuestión esencial para que los Estados puedan participar en la Relaciones internacionales. Vid. CASSESE, A.: "La valeur actuelle des Droit de l'Homme", en DUPUY, R.J.: *Humanite et Droit International*, Pedone, París, 1991, pág. 65-76.

<sup>17</sup> Este tema está ampliamente desarrollado en JACKSON, I.: *The Refugee Concept in Group Situation*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/Boston, 1999.

refugiados, en las primeras décadas del siglo pasado, hasta la actualidad. En consecuencia, al fundamentar el análisis en los retos y obstáculos legales y prácticos que han impedido el desarrollo de la protección de las personas que integran los flujos masivos, se ha escogido para el desarrollo de este estudio un enfoque desde la óptica de las obligaciones estatales. Así, la presente investigación parte de la comparación entre los refugiados y las personas que son protegidas bajo la protección temporal, diferenciando la temporalidad de la protección internacional que se otorga a los primeros, de la excepcionalidad<sup>18</sup> de la protección colectiva de estos últimos.

Por lo demás, el fin último de este trabajo es determinar y evaluar, en el marco del ordenamiento jurídico internacional y en el venezolano, el estado actual de las obligaciones estatales relativas a la protección que se otorga a las personas que huyen masivamente de sus países de origen. En igual sentido, para el cumplimiento de este objetivo en el ámbito del ordenamiento jurídico venezolano se ha considerado importante elaborar una aproximación de “*lege ferenda*” que determine las directrices o pautas jurídicas necesarias para el mejoramiento de la protección temporal dispensada en Venezuela, que se encuentra desarrollada en la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas de 3 de Octubre de 2001<sup>19</sup> y el Reglamento de la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas de 4 de julio de 2003<sup>20</sup>, considerando que la necesidad de proteger a las personas que ingresan en flujo masivo se deriva de un sustrato común a la protección de las personas en el marco de la

---

<sup>18</sup> “Underlining that temporary protection is an exceptional, practical measure, limited in time and that it complements the protection regime enshrined in the 1951 Convention and its 1967 Protocol” (COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation N° R (2000) of the Committee of Ministers to member states on temporary protection, adopted by the Committee of Ministers on 3 May 2000 at the 708<sup>th</sup> meeting of the Ministers’ Deputies*, en <http://cm.coe.int/ta/rec/2000/word/2000r9.doc>). En igual sentido, Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR sobre *Refugio Provisional*, Conclusión No. 19 (XXXI) 1980, 31° período de sesiones del Comité Ejecutivo y la Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la *Protección de las Personas que buscan asilo en situaciones de afluencia a gran escala*, Conclusión 22, (XXXII) 1981, 32° período de sesiones.

<sup>19</sup> *Ley Orgánica de Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas de la República Bolivariana de Venezuela*, Gaceta Oficial No 37. 296 de 3 de Octubre de 2001. *Vid.* Anexo I.

<sup>20</sup> El Decreto No 2491 que dicta el *Reglamento de la Ley Orgánica de Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas*, fue publicado en la Gaceta Oficial No 37.740 de 28 de julio de 2003. *Vid.* Anexo II.



progresiva humanización<sup>21</sup> del Derecho internacional como consecuencia de la internacionalización de los derechos humanos<sup>22</sup>.

La elección del tema responde a la circunstancia de que a pesar de las graves dificultades que generan los desplazamientos masivos de personas que huyen de sus países, no se ha desarrollado un análisis sobre las obligaciones de los Estados en relación con estas circunstancias. Por tanto, esta investigación surge como resultado de una inquietud personal respecto a la incertidumbre jurídica y la complejidad formal y material que conlleva el otorgamiento de la protección a las personas que huyen en flujos masivos a nivel general y particularmente la concesión de la protección temporal y la gestión de afluencias masivas en Venezuela, debido al carácter genérico de los nueve artículos que integran las disposiciones relativas a la misma en la legislación nacional.

Prácticamente la mayoría de las cuestiones jurídicas contenidas en el régimen jurídico de protección de los refugiados han sido objeto de una importante cantidad de monografías, trabajos colectivos y artículos de revistas especializadas. Empero, las cuestiones relativas a las posibles obligaciones estatales –en general y, de forma particular, respecto de Venezuela- relativas a la protección de las personas que se desplazan en flujos masivos no ha sido un tema desarrollado de forma amplia por la doctrina iusinternacionalista, a pesar de su vigencia constante en el ámbito internacional<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Sobre el valor de esta humanización y sus manifestaciones, PASTOR RIDRUEJO, J.A.: “Le Droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs”, en *RCADI*, vol.274, 1998, pág. 299 y ss.

<sup>22</sup> Al respecto señalan GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA que “aun estando consagrados en las Constituciones estatales, la incorporación de los derechos y libertades fundamentales al ordenamiento internacional ha sido más tardía. Algunos derechos, ciertamente, ya fueron protegidos internacionalmente desde el siglo XIX (prohibición de la esclavitud, de la trata de blancas, etc.). Y desde 1920 también se potenciaron, en el ámbito de la OIT, los derechos y libertades relativo al trabajo. Pero es tras la Segunda Guerra Mundial, como reacción frente a las violaciones masivas de los derechos humanos realizadas por los regímenes totalitarios, cuando surge un verdadero reconocimiento internacional de los derechos humanos a partir de la Carta de las UN., cuyo Preámbulo constituye el punto de arranque al afirmar “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana (y) en la igualdad de derechos de hombres y mujeres” (GONZÁLEZ CAMPOS, J; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I; y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P: *Curso de Derecho internacional público*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 744).

<sup>23</sup> Los bombardeos del ejército israelí, iniciados el 12 de julio del presente año en el Líbano como respuesta del ataque de Hezbolá a la base militar israelí de Zarit, han generado, además de una alarmante crisis humanitaria, desplazamientos al interior del país y un flujo masivo de más de 800.000 personas

Esta investigación, además, intenta llenar un vacío en la doctrina jurídica venezolana, ofreciendo un estudio sobre la protección de los flujos masivos, su evolución, desarrollo y aplicabilidad, que –en último término– sirve de referencia para la consulta de conceptos, institutos, características, contenido de los derechos, problemas y ventajas que conlleva la utilización de la protección temporal, diferenciando claramente los objetivos y los beneficiarios de ambas instituciones jurídicas.

Como se ha podido constatar personalmente, los flujos masivos en Venezuela, a diferencia de lo que ocurre en gran parte del planeta, han sido esporádicos, silenciosos e intermitentes<sup>24</sup>, y en la mayoría de los casos en ellos se entremezclan personas que pretende mejorar sus condiciones de vida con aquellos que tienen temores individuales de persecución o con personas que huyen por distintos factores, como la violencia generalizada o el conflicto armado que tiene lugar en Colombia, situación que los coloca en condiciones de vulnerabilidad, pues debido a estas confusiones las autoridades estatales no les reconocen *prima facie* y colectivamente como refugiados.

---

hacia países terceros países, principalmente hacia Chipre y Siria. En relación a la protección de aquellos que han huido de sus hogares, el ACNUR ha expresado su preocupación por la dimensión de los desplazamientos masivos y por la seguridad de la población civil. En respuesta a esta situación, esta agencia se encuentra suministrando asistencia material y creando campos para que los desplazados puedan protegerse dentro de ese país. A otros lados de las fronteras libanesas el ACNUR defiende el derecho a solicitar la condición de refugiados para aquellos que son perseguidos y se esfuerza por exigir el respecto de los derechos de todas las personas que han huido del Líbano, principalmente de la escrupulosa observancia del *non refoulement*, establecida en la Conclusión 22 del Comité del ACNUR relativa a la *Protección de las Personas que buscan asilo en situaciones de afluencia a gran escala* los flujos masivos. Es preciso destacar que, en opinión del ACNUR, las personas que han huido en flujo masivo del Líbano son potenciales beneficiarios de protección temporal: “The Office is preparing a paper offering further, more detailed advice on the international protection needs of persons fleeing the conflict in Lebanon and on how best to ensure such protection. Bearing in mind the volatility of the situation, the scale and nature of the displacement and prospects for return to Lebanon in the foreseeable future, the paper will also elaborate on the relevance and potential for granting “temporary protection” (UNHCR: *Considerations on the Protection Needs of Persons Displaced Due to the Conflict in Lebanon and on Potential Responses*, [www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home/openssl.pdf?tbl=RSDLEGAL&id=44d707c44](http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home/openssl.pdf?tbl=RSDLEGAL&id=44d707c44), de 3 de Agosto de 2006, párr. 16). Para ampliar la información puede consultarse [www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/lebanon-crisis](http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/lebanon-crisis). Para un análisis general de la situación OCHA, “Situation Report 10, Lebanon Response”, 1 August 2006, <http://ochaonline.un.org/Doc View.asp?DocID=4772>.

<sup>24</sup> “Durante los años de 1999 y 2000 se supo de varias afluencias de colombianos, especialmente hacia Río de Oro –área del lado venezolano— ocasionada por incursiones de paramilitares a la zona. No obstante, en vista de que las fuerzas paramilitares han tomado La Gabarra recientemente, podrían fomentarse futuras afluencias si la guerrilla lograra retomar el control del área. Tomando en cuenta la presencia tradicional de la guerrilla en las zonas limítrofes venezolanas, es más factible que el desplazamiento causado por un eventual ataque guerrillero sea básicamente interno y dirigido hacia Tibú y Cúcuta. Sin embargo, la posible afluencia hacia el lado venezolano no puede descartarse, aunque es probable que sea moderada” (*Plan de contingencia para una afluencia potencial de refugiados colombianos hacia Venezuela*, Oficina Regional de ACNUR en Venezuela, Documento interno, Caracas, Pág. 3, 2001, párr. 3.5, pág. 18).

La experiencia de actuaciones anteriores, la realidad actual, la incapacidad técnica del Estado para concretar las medidas de ejecución idóneas<sup>25</sup> y la inexistencia de fuentes doctrinales o jurisprudenciales que esclarezcan este régimen jurídico, agravan aun más la aplicabilidad de la protección temporal en Venezuela<sup>26</sup>.

A diferencia de los grandes flujos masivos que han sido recibidos por diversos países europeos (como por ejemplo Alemania, Holanda y Austria en la década de los noventa<sup>27</sup>), los flujos masivos no han sido una situación característica de los desplazamientos forzados en América Latina, razón por la cual el desarrollo de una protección para estos casos de emergencia no ha sido un tema prioritario en esta región<sup>28</sup>. Pero es preciso resaltar que ante la realidad desconsoladora de la promoción de un tipo de protección internacional aplicable a refugiados casi inexistentes, la cada vez menos frecuente determinación grupal y *prima facie* de refugiados y las restricciones

---

<sup>25</sup> “El Estado venezolano no posee un plan de contingencia sobre al manejo de situaciones de emergencia causadas por los flujos masivos de personas. No obstante, antes de la reciente crisis en Haití, la planificación de contingencia para flujos masivos en la región fue apoyada por el ACNUR a través de las Reuniones Regionales para el Caribe en 2002 y 2003, con el apoyo financiero y técnico del gobierno de Estado Unidos de América, aunque tras varias reuniones no se llegó a un acuerdo ni se redactó ningún instrumento al respecto” (*La protección internacional de solicitantes de...*, cit., pág. 5).

<sup>26</sup> En relación con la región latinoamericana: “se observa una tendencia decreciente en el nivel de los estándares de protección internacional de los refugiados en algunas de las legislaciones dictadas más recientemente en los países de la región, siguiendo para ello modelos normativos de tendencia regresiva como los que prevalecen, por ejemplo, en la legislación europea. Tal estado de las cosas bien podría atribuirse a las políticas restrictivas en materia de protección, a las crecientes preocupaciones de seguridad nacional en un contexto en que se privilegian las medidas de control migratorio y que presiona sobre las instituciones para modelarlas a los intereses de los Estados de recepción, pero también puede obedecer al deterioro de la respuesta institucional requerida para enfrentar el recrudecimiento de la realidad” (FRANCO, L.: *El Asilo y protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo “asilo y refugio” a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos*, ACNUR, San José, Costa Rica, 2004, pág. 24, párr.2).

<sup>27</sup> Al respecto, CARRASCOSA FERRANDIS, S.: “Flujo masivo de desplazados: comentarios a la primera Directiva europea”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (ed.): *La Revitalización de la protección de los refugiados*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2002, págs.315- 317.

<sup>28</sup> “En términos generales puede afirmarse que finalizada la crisis centroamericana y sus flujos masivos de personas a finales de la década de los años ochenta, los Estados de la región han venido brindando protección y asistencia fundamentalmente a casos individuales de solicitantes de asilo y refugiados. La recepción, atención y reconocimiento de los casos individuales se mantuvo como tendencia durante la década de los años noventa, particularmente respecto de un número no significativo de refugiados regionales –provenientes principalmente de Haití y Perú así como para un creciente número de refugiados extra-regionales, provenientes de África (Angola, Nigeria, Liberia y Sudán), Europa Oriental (antigua Yugoslavia) y Medio Oriente (Irán e Irak), de paso por Latinoamérica y para quienes su objetivo final era llegar a Estados Unidos de América y Canadá” (ACNUR: *Documento de discusión sobre la situación de los refugiados en América Latina: protección y soluciones bajo el enfoque pragmático de la Declaración de Cartagena sobre los refugiados de 1984*, agosto de 2004, en [www.acnur.org/biblioteca/pdf/2906.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2906.pdf), pág. 2).

que oponen los Estados por motivos de seguridad nacional u orden público, un estudio sobre la protección de los flujos masivos de personas y su relación con estas cuestiones podría ayudar obtener una visión general del estado actual de la protección y de las obligaciones que se han desarrollado para hacer frente a estas contingencias. Y además podría constituirse en un avance positivo respecto a la aceptación de una forma de protección jurídica que podría convertirse en la primera de ámbito regional en América Latina, debido a la inexistencia de un estatuto regional de protección.

Por tanto, como solución a la conjunción de la aceleración y la repetición de los flujos masivos, es evidente la necesidad de complementar la regulación jurídica de la protección temporal a través de un instrumento jurídico acorde en el que se desarrollen las obligaciones del Estado venezolano y se le dé contenido a los derechos de los protegidos temporalmente, pero de una manera efectiva, para que no se convierta en papel mojado y pueda ser realizable en el tiempo y en la realidad. En este orden, se desarrollan los aspectos jurídicos más resaltantes a tener en consideración para la redacción de un Reglamento que regule el régimen de protección temporal como respuesta ante los flujos masivos. No se trata, pues, de elaborar un Reglamento, tarea de los parlamentarios venezolanos, sino de indicar las directrices o pautas que deben presidir el contenido del mismo.

La cuestión de los flujos masivos es de tal relevancia que podría dar lugar al desarrollo de una convención específica en la que se estableciera un régimen jurídico internacional relativo a estas situaciones. Sin embargo, no es éste el propósito de estas páginas y por tanto se ha limitado voluntariamente el análisis a determinados aspectos jurídicos. Por ello, para el cumplimiento del objeto de esta investigación no es necesario desarrollar *in extenso* la protección de los refugiados en el ámbito del Derecho internacional humanitario<sup>29</sup>, ni tampoco realizar un análisis exhaustivo de todos los aspectos de la Convención de 1951 ni del Protocolo de 1967 o del concepto de refugiado, sino tratar de forma selectiva las cuestiones que inciden en el objeto central de la investigación, que es analizar la cuestión relativa a la prohibición de devolución en

---

<sup>29</sup> Para un análisis de la regulación internacional de los refugiados y de las personas desplazadas en el ámbito del Derecho internacional humanitario puede consultarse PONTE IGLESIAS, M.T.: *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el Derecho internacional actual*. Colección Estudios Internacionales, Tórculo Edicións, Santiago, 2000, CASANOVAS i LA ROSA, O.: “La protection internationale des réfugiés...”, cit., págs. 9-176.

tanto que se ha constituido en la base fundamental de la protección de los flujos masivos y ha dado paso a la controvertida protección temporal, que es en la actualidad la estrategia específica utilizada para la protección de flujos masivos.

Esta delimitación voluntaria responde a un criterio sistemático necesario para centrar el objeto de la investigación y así evitar posibles confusiones con los regímenes individuales de protección temporal basados en protección subjetiva existentes en países como Estados Unidos<sup>30</sup> o Australia<sup>31</sup>, o con los aspectos relacionados con la asistencia en casos de emergencias humanitarias<sup>32</sup>, los cuales no son analizados en este estudio, debido a que el objeto de los mismos no está enfocado en la protección ni en la gestión de flujos masivos de manera exclusiva, sino más bien se presentan como estatutos personales o asistencias materiales que se otorgan por parte de estos Estados a determinadas personas, una vez que las mismas se encuentran en su territorio del Estado receptor.

---

<sup>30</sup> El Temporary Protection Status (TPS) fue adoptado en 1990 a través de la Immigration Act 1990, Pub. L. No. 101-649, 302, 104 Stat. 4978, 5030 (codified at 8 254a (1994 Supp. IV 1999)). Respecto a las características de esta institución, es preciso indicar que “[i]n the United States, TPS is clearly not a response to mass influx, but is granted to individuals from specific groups designated for the status, at the discretion of the Attorney General, who come from one of the following situations: 1) ongoing armed conflict, which poses a serious threat to life or safety; 2) earthquake, flood, epidemic or other natural disaster causing disruption to living conditions, and the government of the state officially requests protection of its nationals in the United States on a temporary basis; or 3) extraordinary temporary conditions preventing nationals from returning home in safety, unless the Attorney General finds that such temporary grant of protection is not in the national interest. The United States has designated the following twelve countries for TPS status thus far: El Salvador, Kuwait, Lebanon, Liberia, Somalia, Bosnia, Rwanda, Montserrat, Burundi, Sierra Leone, Sudan, and Kosovo” (AKRAM, S.M.; REMPEL, T: “Temporary Protection as an Instrument for Implementing the Right of Return for Palestinian Refugees”, en *Boston University International Law Journal*, vol. 22, 2004, pág. 21). Al respecto, SELTZER, S.: “Temporary Protected Status: A Good Foundation for Building”, en *Georgetown Immigration Law Journal*, nº 6, 1992, págs. 773-801.

<sup>31</sup> A mediados de 1999, Australia desarrolló las medidas legales relativas a la protección temporal. En este caso, estableció la regulación de los nuevos visados de refugio temporal que tenían el objetivo de aportar mayor flexibilidad para tratar el desplazamiento a gran escala, pero con la particularidad de que es necesario realizar una determinación individual de cada caso y que en esa determinación se reconozcan los temores fundados de persecución. “Australia introduced the temporary protection visa in October 1999 as part of a reform of its asylum system. The reforms divided protection (asylum) visas into two kinds, permanent and temporary. Asylum applicants who enter Australia legally and are found to meet the “well founded fear of persecution” standard are eligible for permanent protection visas. Asylum seekers who arrive in an unauthorized manner, whether by air or sea, can, if found to be refugees, be granted only temporary protection visas (TPV)” (MASON, A.: *Sea Change: Australia’s new approach to asylum seekers*, US Committee for Refugees/Immigration and Refugee Service in America, febrero 2002). Para profundizar, McMASTER, D.: *Asylum Seekers: Australia’s Response to Refugees* Melbourne University Press, Melbourne, 2001. Para un estudio detallado de las medidas relativas a la regulación de las Temporary Protection Visas, puede consultarse [www.immi.gov.au/legislation/refugee/tpv\\_faq.pdf](http://www.immi.gov.au/legislation/refugee/tpv_faq.pdf).

<sup>32</sup> Al respecto, OJINAGA RUIZ, R.: *Emergencias humanitarias y Derecho internacional. La asistencia a las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

En igual sentido, a pesar de que se reconoce la importancia que para la protección de los flujos masivos tiene la seguridad física y el bienestar de las personas, no se tiene como propósito analizar el contenido de los derechos que se otorgan a estos colectivos, ni adentrarse en los ámbitos de la asistencia, cooperación y solidaridad internacional<sup>33</sup>, ya que la incursión en el desarrollo de estos temas dispersaría el objeto de estudio y obligaría a desarrollar un análisis de las obligaciones estatales relativas a las cargas asociadas al otorgamiento de protección internacional, en el marco de la solidaridad internacional<sup>34</sup>.

En este trabajo se han señalado una serie de cuestiones que no han sido analizadas con el detalle o especificidad, pues revisten un carácter incidental en tanto que su desarrollo en esta investigación se ha hecho en la medida en que ha sido necesario recurrir a las mismas para establecer comparaciones. Por ejemplo, para una mayor comprensión, y con el interés centrado en facilitar una mejora de la legislación nacional venezolana en materia de protección temporal, se ha examinado la Directiva Europea 2001/55/CE, que representa el único instrumento que contiene las pautas mínimas para la articulación de la protección temporal en caso de afluencias masivas<sup>35</sup> en el ámbito de la Europa comunitaria. El análisis exhaustivo de este instrumento

---

<sup>33</sup> Para un análisis detallado de estas cuestiones puede consultarse EGGLI, A.: *Mass Refugee Influx And The Limits Of Public International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, New York, 2002.

<sup>34</sup> Al respecto, ARENAS HIDALGO, N.: *El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa Comunitaria*, Universidad de Huelva, Huelva, 2005, págs.325-342; CARRILLO SALCEDO, J. A.: "Refugiados y Solidaridad Internacional", en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coord.): *Refugiados: Derecho y Solidaridad*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994, pág. 179-185.

<sup>35</sup> Sobre la protección temporal en el ámbito europeo puede revisarse ARENAS HIDALGO, N.: "El sistema europeo de protección temporal. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos masivos de población", *REDI*, vol. LV, 2003, pág. 745 y ss.; BLACK, R.; KOSER, K.: "Limits to the Harmonization: The 'Temporary Protection' of Refugees in the European Union", en *International Migration Review*, vol. 37, núm. 3, 1999, págs. 521-543; GIBNEY, M.: "Between control and humanitarianism: temporary protection in contemporary Europe", en *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 14, núm. 3, 2000, págs. 689-707; JOLY, D.: "Temporary protection within the framework of a new European asylum regimen", en *International Journal of Human Rights*, vol. 2, núm. 3, 1998, págs. 49-76; KERBER, K.: "Temporary Protection in the European Union: a chronology", en *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 14, núm. 1, 1999, págs. 35-50. Para un análisis de la Directiva Europea sobre protección temporal puede revisarse KÄLIN, W.: "Temporary Protection in the EC...", cit., págs. 202-236; KERBER, K.: "The Temporary Protection Directive", en *European Journal of Migration and Law*, vol. 4, 2002, págs. 193-214; NOLL, G., van SELM, J.: "Temporarily Protecting Displaced Persons...", cit., págs. 24; VEDSTED-HANSEN, J.: "Temporary Protection and Burden Sharing: Conditionalising Access Suspending Refugee Rights?" en GUILD, E., HARLOW, C. (ed.): *Implementing Amsterdam, Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2001, págs. 195-223.

comunitario no sólo excede con mucho el objeto de esta investigación, sino que además existen al respecto estudios monográficos<sup>36</sup>. No obstante, sus directrices serán utilizadas para –respecto de las mismas- evaluar, aclarar y mejorar el análisis de la protección de los flujos masivos y la protección temporal dentro de la regulación jurídica del estatuto de refugiado en la legislación venezolana. Como puede advertirse, la utilización de este instrumento jurídico, al igual que otros, no son el objeto central de la investigación, sino que sobre la base de la técnica utilizada, son tomados en tanto que elementos de apoyo para desarrollar planteamientos jurídicos ulteriores.

En definitiva, el ámbito de investigación se centra en determinar las obligaciones estatales ante una situación fáctica, que genera un reto para el Derecho internacional de los refugiados y para la sociedad internacional en su conjunto. Así, interesa concretar las obligaciones estatales respecto a la acogida y protección de flujos masivos y en consecuencia efectuar el análisis y una propuesta de mejoramiento de la legislación interna venezolana. Para ello, se ha considerado fundamental el análisis evolutivo de la prohibición de devolución generada en el ámbito del Derecho internacional de los refugiados, concretamente el doble ámbito, convencional y consuetudinario, que ha permitido aplicar dicha prohibición a los flujos masivos, lo cual ha sido esencial para el desarrollo de la protección temporal, que aparece como una respuesta provisional a estas situaciones de emergencia.

Por tanto, el Derecho internacional de los refugiados resulta ser el ámbito que permite vertebrar el análisis jurídico que se esboza en tanto que marco teórico de la investigación. De esta manera, la protección de los flujos masivos y su relación con las obligaciones estatales derivadas de la protección de los Derechos humanos establecen una confluencia que permite tratar y resolver el problema en el marco del ordenamiento jurídico internacional.

El análisis de las obligaciones desarrolladas en el ámbito del Derecho internacional de los refugiados, el intento de ampliar la protección a los nuevos refugiados, la convergencia de la protección del refugiado con la protección de los

---

<sup>36</sup> El más reciente ARENAS HIDALGO, N.: *El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa Comunitaria*, Universidad de Huelva, Huelva, 2005.

derechos humanos y el posterior desarrollo de una protección específica, representa un conjunto de elementos que, tratados sistemáticamente, dotan de coherencia a la investigación y permite además visionar el estado actual de la protección de las personas en caso de flujos masivos.

\*

Una vez delimitado el objeto y el ámbito de la investigación, es preciso señalar la sistemática que ha regido la organización y elaboración de este trabajo. Así, se han seleccionado, entre distintas posibilidades, una serie de elementos cuyas relaciones sugieren cierta coherencia y unidad de propósito, lo cual ha permitido el análisis—desde su consideración individual— en conjunto de determinadas situaciones, circunstancias, instrumentos jurídicos internacionales e internos, conceptos e instituciones relevantes para abordar la investigación propuesta. No se trata, pues, de una elección arbitraria o aleatoria, sino que, atendiendo al objetivo perseguido por la investigación, dicha elección responde a una mayor o menor “cientificidad”, es decir, una vez establecido con carácter previo el objeto a investigar se han elegido los elementos necesarios que permiten tal fin. Y, de ahí, que se haya descartado por ejemplo la asistencia en casos de emergencias humanitarias.

En este contexto, al no existir un régimen jurídico internacional de alcance universal que regule la protección de los flujos masivos, se han analizado las prácticas estatales —especialmente la de Venezuela— sobre la gestión de estos flujos masivos y se ha prestado especial atención a las obligaciones jurídicas que se han ido desarrollando para responder ante estas contingencias en el Derecho internacional, pues hasta ahora las distintas respuestas en relación a estas situaciones han sido abordadas por la doctrina de manera dispersa, sin que se hayan sistematizado los distintos elementos que se han ido incorporando a la protección de los flujos masivos.

A tal fin, se han seleccionado y analizado obras generales, colectivas, monografías y artículos en revistas especializadas sobre temas de protección internacional, a saber: el concepto de refugiado, sus elementos, la protección complementaria, el régimen comunitario de protección en caso de afluencia masiva y la estructura del ordenamiento jurídico internacional contemporáneo. Paralelamente, se han analizado los documentos incluidos en la página *web* del ACNUR que han



constituido una herramienta de consulta de notable valor para el desarrollo de la presente investigación. En consecuencia, se encontrará a lo largo de esta investigación un amplio número de documentos como fuente de apoyo analítico –especialmente de ACNUR-, que ha influido decisivamente en este estudio. Como puede advertirse, la elección de estas cuestiones no es arbitraria, sino que las mismas responden a un hilo conductor encaminado a determinar y evaluar, en el marco del ordenamiento jurídico internacional y en el ordenamiento jurídico venezolano, el estado actual de las obligaciones estatales relativas a la protección que se otorga a las personas que huyen masivamente de sus países de origen.

En consecuencia, la sistemática utilizada ha posibilitado una construcción jurídica acerca de la protección de los flujos masivos en el Derecho internacional y su incidencia en el Derecho venezolano. En este orden de ideas, es preciso indicar que el tema que se ha propuesto analizar es difícil de estructurar, debido a una serie de obstáculos (como por ejemplo las confusiones terminológicas respecto al tipo de la protección que se ha otorgado en el transcurso de los años, las diferentes naturalezas jurídicas otorgadas a las distintas instituciones y las contradicciones mismas en la evolución de la protección de los flujos masivos) que han requerido una atenta y minuciosa clasificación del material utilizado, para lograr cumplir con el objetivo trazado. De igual manera, la abundancia de documentos emanados de la Asamblea General y de los órganos especializados de las Naciones Unidas, en especial del ACNUR, y de las organizaciones no gubernamentales ha implicado un esfuerzo significativo a la hora de examinarlos, analizarlos y utilizarlos como fuentes de apoyo en la investigación. Y, de ahí, la importancia de la sistemática seguida a lo largo de toda la investigación, pues la misma ha permitido sortear –o cuando menos, bordear- la complejidad de la materia tratada. Una sistemática que, por otra parte, ha sido esencial a la hora de estructurar la investigación en orden a su plasmación escrita en la presente Tesis Doctoral.

De forma general, esta investigación podría criticarse por ser reiterativa y por el uso excesivo de la misma información e instrumentos. No obstante, es preciso aclarar que, para la consecución del objetivo planteado, se ha abordado la cuestión desde diversas perspectivas, con el fin de analizar distintos aspectos relacionados con el tema concreto, muchas de las cuales parten de los mismos fundamentos. Por tanto, se ha

hecho necesario repetir ciertos planteamientos e ideas para extraer en cada apartado los elementos necesarios en orden a estructurar un todo coherente. Por esta razón en ocasiones ha sido necesaria tal reiteración y el desarrollo simultáneo de los diversos temas en cada uno de los diferentes apartados. Sin duda, podría haberse evitado esta circunstancia con numerosas y constantes remisiones, pero se ha preferido ir en detrimento de la redacción escrita de la investigación antes que alterar el planteamiento resultante de la sistemática seguida a la hora de abordar la investigación.

Teniendo presente el objeto de la investigación (definido y delimitado), la sistemática indica los elementos a tratar en orden a su consecución pero, en este punto, se hace del todo necesario acudir a las fuentes de conocimiento, es decir, a la doctrina y a la documentación en tanto que faros que iluminarán el camino a seguir en la investigación. Un camino que es iluminado por la doctrina pero que necesariamente debe recorrer personalmente el investigador.

En relación a la bibliografía sobre el tema de la protección de flujos masivos de personas, se debe apuntar que su búsqueda ha resultado una tarea compleja, pues, a pesar de que la misma no es escasa, la mayoría de las monografías y artículos en revistas especializadas no se encontraban disponibles en las bibliotecas de las Universidades de Barcelona y Girona, lo que hizo necesaria la visita a diferentes bibliotecas en distintos lugares de España (Universidad de Huelva, Universidad Complutense, Universidad Carlos III y Universidad Autónoma de Madrid) y del extranjero (Turku University en Turku, Finlandia y el Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law en Lund, Suecia). En las citadas bibliotecas se pudo consultar y reunir el material bibliográfico necesario para afrontar la investigación objeto de la presente Tesis Doctoral.

En cuanto a la documentación utilizada en la investigación, la misma ha sido consultada en la Biblioteca Depositaria de las Naciones Unidas (Universidad Central de Barcelona), la Biblioteca de la Asociación de las Naciones Unidas en España (Barcelona) y en las oficinas del ACNUR (Madrid), sin contar con el numeroso material documental propio resultante de las labores realizadas en calidad de oficial de protección del ACNUR en la Oficina de Campo de Machiques (Venezuela).

Habiendo presentado el objeto y sistemática del presente trabajo, cabe señalar el método utilizado para investigar el tema propuesto. Como ya se ha indicado en páginas precedentes, el marco teórico de la investigación es el jurídico y, en concreto, el Derecho internacional de los refugiados. A partir de esta circunstancia, el método utilizado es el denominado método jurídico que, por otra parte, no difiere en gran medida de los métodos utilizados en otras ramas de la ciencia, si bien reviste un carácter autónomo respecto de éstos.

En atención al método propuesto, la metodología seguida ha requerido, en primer lugar, partir del examen y estudio de las instituciones jurídicas, principios, conceptos e ideas que integran la materia objeto de investigación (método analítico). Así, se han realizado un conjunto de operaciones encaminadas a distinguir y separar diferentes figuras e instituciones jurídicas relativas tales como, por ejemplo, “refugiado”, “prohibición de devolución”, “flujos masivos”, “refugio provisional”, “protección temporal”, etc. Este análisis ha permitido conocer la esencia de dichas figuras, es decir, su naturaleza, elementos, características, etc., y, a partir de ahí, determinar su configuración particular que, a la vez, permite diferenciar las unas de las otras.

Una vez realizado el análisis señalado, en segundo término, se han utilizado de forma alternativa los métodos deductivo e inductivo. Así, se ha utilizado el método deductivo o un procedimiento de raciocinio que se desarrolla partiendo de lo más general para llegar hasta la particularidad del análisis. Por ejemplo, se ha usado el método deductivo para determinar que las legislaciones de asilo y refugio de la mayoría de los Estados Latinoamericanos, concretamente las de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Guatemala, Honduras, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay y Uruguay, no poseen disposición alguna relativa a la gestión de flujos masivos o al otorgamiento de protección temporal. Otro ejemplo que puede ilustrar la utilización del método deductivo, es que sobre la base del concepto de refugiado inscrito en la Convención de 1951 y en los instrumentos regionales de África y América Latina que amplían dicha definición, se ha podido concretar la distinción entre las personas que pueden ser beneficiarios de la protección que suministra el estatuto de refugiado y los beneficiarios de la protección temporal, considerando que la situación subjetiva del primero no incide

en el segundo, debido a que la determinación de los temores de persecución no es necesaria para el otorgamiento de la protección temporal.

No obstante, en cuestiones puntuales se ha utilizado el método inductivo. La inducción ha permitido partir de lo singular o lo particular y ascender a lo general. Así, se ha seguido un procedimiento de raciocinio que se desenvuelve a partir de hechos particulares hasta alcanzar una conclusión de carácter general, mediante la cual se pueda explicar lo que hay de constante o común en los hechos observados o en otros de la misma naturaleza.

El método inductivo ha sido utilizado, a título de ejemplo, en la concreción de que la ampliación del concepto de refugiado llevada a cabo por la Convención de la OUA y la Declaración de Cartagena, en los ámbitos regionales de América Latina y África, no ha implicado el desarrollo de disposiciones concretas relativas a la protección de flujos masivos, aunque ha logrado promover al menos el respeto del principio de no devolución de las personas que se desplazan masivamente. De igual manera, ha servido para constatar que a nivel general la acogida temporal, tal y como es otorgada por los Estados receptores, no representa en sí misma una protección temporal propiamente dicha, sino que se trata de uno de los elementos que la integran.

En otro orden de cosas, considerando que la materia objeto de este trabajo permite adentrarse en cuestiones reguladas tanto por los diferentes sectores del Derecho internacional, otras disciplinas jurídicas y algunas ciencias del conocimiento, es necesario puntualizar la técnica utilizada para el desarrollo de la misma. Así, teniendo en cuenta que la metodología y los métodos utilizados para concretar, analizar y ordenar los elementos y las fuentes de conocimiento concernientes al objeto de esta investigación, se ha utilizado la técnica unidisciplinar, la cual trata la materia desde el punto de vista de una disciplina en concreto.

Por tanto, la investigación es propuesta en sede del ordenamiento jurídico internacional. En efecto, se ha analizado la materia objeto de la investigación desde la perspectiva del Derecho internacional público y, de manera particular, desde el sector denominado *Derecho internacional de los refugiados*. Empero, la utilización de esta técnica no implica que, en orden de apoyar o fundamentar determinadas conceptos,

cuestiones, ideas o planteamientos se haya utilizado aportaciones que provienen de otras disciplinas jurídicas o no jurídicas y de otras ciencias del conocimiento. Así, de manera ocasional y puntual se ha recurrido a otras disciplinas con el objeto de identificar elementos o datos de apoyo para el análisis del tema propuesto, lo cual no significa que esta investigación esté fundamentada sobre la base de una técnica interdisciplinar-que se ejecuta con la colaboración de otras disciplinas- debido a que el objeto de este trabajo se analiza desde la disciplina jurídica.

De hecho, en una parte de la investigación, fue necesario acudir al Derecho interno-concretamente el venezolano-, puesto que, en orden de determinar la protección de los flujos masivos en este ordenamiento, fue necesario precisar la aplicabilidad de las obligaciones internacionales en fuero interno. De igual manera, las referencias a la Teoría General del Derecho, al Derecho Comunitario, al Derecho internacional de los Derechos humanos y a otras ciencias del conocimiento como la Historia, ha permitido a lo largo de toda la investigación, la incorporación de conocimientos útiles para el desarrollo del tema propuesto. Por ejemplo, el análisis de la incorporación de la obligación de no devolución en los instrumentos de derechos humanos permitió conocer su relevancia en el ámbito de protección de las personas y su incidencia positiva en el mejoramiento de los estándares de aplicación de la misma, beneficiando de esta manera la protección en caso de flujos masivos.

Esta circunstancia no quiere decir que se está frente a un estudio pluridisciplinar, pues la cuestión de análisis puede resolverse en la esfera del Derecho internacional. Por tanto, la técnica utilizada es la unidisciplinar, ya que sólo se recurre a conceptos e institutos elaborados en una disciplina ajena para apoyar las afirmaciones realizadas en sede iusnaturalista.

Tal como se ha indicado en párrafos precedentes, la investigación tiene un componente analítico (determinar y evaluar), pero también debe advertirse que en la misma determinadas cuestiones que son tratadas de forma descriptiva. Las cuestiones tratadas de forma descriptiva son las relacionadas con determinadas circunstancias o momentos –por ejemplo, históricas- que sirven para realizar el planteamiento de un tema que seguidamente es desarrollado. A título de ejemplo, en el primer Capítulo de la Primera Parte se describe la situación que desembocó en la elaboración del *Acuerdo*

*relativo a la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos*, de 5 de julio de 1922, y demás instrumentos jurídicos en la materia. Esta descripción permite plantear el marco socio-histórico en que dichos instrumentos fueron adoptados. Como puede apreciarse, dicha situación no es de índole jurídica, pero tienen trascendencia a la hora de entender el por qué de tales instrumentos jurídicos.

Si bien es cierto que por regla general el componente descriptivo está referido a cuestiones no jurídicas, en tanto que regla general contiene excepciones y, de esta forma, se describen algunos instrumentos jurídicos, como por ejemplo los que crean el primer Alto Comisionado o la Oficina Internacional para los Refugiados, que son esenciales para conocer el origen y evolución de las instituciones protectoras de las personas refugiadas, pero que respecto del objeto de la presente investigación revisten un carácter incidental. También, a título de ejemplo, la estructura de la Convención de 1951 es meramente descriptiva en tanto que dicha cuestión tiene por finalidad dar una visión global de dicho instrumento para, posteriormente, analizar los puntos en concreto de la misma que son centrales respecto de la investigación. Por consiguiente, a lo largo de estas páginas, cabe advertir la compaginación de cuestiones descriptivas con analíticas.

\*

La plasmación escrita de la investigación se estructura en tres partes divididas, respectivamente, en tres, dos y tres capítulos. Las referidas partes, si bien autónomas, presentan una intercomunicación que permite ofrecer un análisis de la protección de los flujos masivos a partir del marco de la protección internacional de los refugiados y que posibilita el análisis de la protección temporal, en tanto que instrumento que se desarrolla como protección específica para casos de flujos masivos, hasta llegar a la visión en particular de la protección temporal en el ordenamiento jurídico venezolano. Como puede advertirse, la estructura de la Tesis Doctoral responde a la sistemática seguida durante la investigación.

Como cuestión previa al desarrollo escrito de la investigación, si bien resultado de la misma, se dispone un apartado referido a precisiones terminológicas en el cual, además de concretar definiciones básicas para el estudio que se aborda, se dispone una

toma de postura respecto a cuestiones que han sido debatidas por la doctrina iusinternacionalista y que su imprecisión podría interferir negativamente en las diferentes materias que son objeto de tratamiento, como por ejemplo el debate sobre distinción entre asilo y refugio en la región latinoamericana. Este apartado, en consecuencia, se ha incluido a título preliminar dada la necesidad de precisar cuestiones tanto relevantes para el desarrollo del trabajo como aquellas que, sin estar de forma directa ligadas al tema, inciden en la determinación de las obligaciones del Estado, como por ejemplo la definición de la protección complementaria.

La primera parte, bajo el título de *Los flujos masivos de personas en el Derecho internacional de los refugiados*, comienza con un análisis de la protección otorgada a los grupos de personas desde los inicios del Derecho internacional de los refugiados. Con posterioridad se precisa la importancia que ha tenido la ampliación del concepto de refugiado en los ámbitos regionales en relación con la acogida de estos flujos masivos y se analiza cómo, gracias a la convergencia entre el Derecho internacional de los Derechos humanos y el de los refugiados, la prohibición de devolución resulta aplicable a los flujos masivos.

En el capítulo primero, relativo a *Los flujos masivos de personas y la creación del Derecho internacional de los refugiados*, se comienza con un análisis de la evolución de la protección internacional como respuesta a los flujos masivos de refugiados, y se hace especial énfasis en la creación de instituciones de asistencia e instrumentos de protección para los grupos de refugiados hasta llegar a la Convención de 1951, el instrumento jurídico de protección internacional desarrollado para proteger a los refugiados, que, si bien no fue diseñado para la protección colectiva de personas que huyen en afluencia masiva, establece un conjunto de principios también aplicables a la gestión de flujos masivos.

En el capítulo segundo, bajo el epígrafe *La protección de los nuevos refugiados*, se describe la ampliación del concepto de refugiado en los ámbitos regionales y se determina su importancia en relación con la protección internacional de las personas que huyen y su aplicabilidad a los casos de flujos masivos. A partir de este planteamiento se analizan la Convención de la OUA de 1969 y la Declaración de Cartagena de 1984, como instrumentos de ampliación del concepto de refugiado, en donde se hace especial

énfasis en que, sin ser instrumentos relativos a la protección de flujos masivos, han aparejado un notable avance en lo que a protección colectiva se refiere. Por tanto, se estudia la estructura y objetivos de estos instrumentos, los principios desarrollados en ellos, con especial mención al establecimiento de la acogida temporal como obligación principal y como fundamento del respeto la prohibición de devolución.

El capítulo tercero, titulado *La prohibición de devolución y la protección de los flujos masivos*, comienza con la conformación de la prohibición de devolución en el plano internacional y explica el desarrollo de dicha prohibición en instrumentos de protección de la persona. En este marco, se examina el contenido y la naturaleza jurídica de la no devolución su evolución en el plano consuetudinario en orden a precisar su aplicabilidad a los casos de flujos masivos y su importancia para el ordenamiento jurídico internacional.

Con este marco general, representado por estos tres capítulos, se pretenden resumir los esfuerzos normativos que se han llevado a cabo para crear las obligaciones de protección de las personas que huyen en flujos en el marco del Derecho internacional de los refugiados.

La segunda parte contempla ***La conformación de la protección aplicable en casos de flujos masivos*** que refleja la falta de voluntad política para otorgar un estatuto de refugiados a las personas que huyen en flujos masivos. Así, el punto de partida es que, si bien el respeto de la no devolución representa una garantía de protección para aquellos que se desplazan masivamente, es necesario que la misma sea complementada con otras garantías: Por tanto describe el surgimiento de las herramientas flexibles y la evolución llevada a cabo hasta el nacimiento de la protección temporal como protección otorgada a las personas que huyen en flujos masivos de sus países de origen.

En el capítulo primero, titulado *Del refugio provisional a la protección temporal*, se elabora un análisis exhaustivo de las herramientas flexibles del ACNUR como repuesta a los flujos masivos de personas. En este orden, se describe la trascendencia de estos flujos como promotores de nuevas formas de protección, como el *refugio provisional*, el cual constituye el precedente de la protección temporal que se conoce en la actualidad y que en su momento sirvió como elemento renovador de las



estructuras en el marco del refugio ante el fenómeno de los flujos masivos. Así, se efectúa un análisis de la evolución del *refugio provisional* hasta la protección temporal, y se caracteriza cada uno de ellos a través de su definición, naturaleza, elementos y objetivos, a la vez que se diferencia la protección temporal de la complementaria y se concreta su fundamento jurídico. De manera general, se abordan los compromisos de los Estados ante la acogida temporal de estas personas y la importante práctica del ACNUR en el desarrollo de la protección temporal como herramienta flexible, para solventar situaciones que superaban la normativa establecida por la Convención de 1951.

El capítulo segundo, sobre *La protección temporal y la gestión de los flujos masivos en el Derecho internacional regional*, sistematiza el estado actual de la protección temporal desarrollada en la Europa comunitaria y las respuestas regionales en América y África, describiendo los compromisos asumidos por los Estados en casos de flujos masivos. De esta manera, se presentan una serie de precisiones relativas a la acogida temporal en la práctica de los Estados, concretando su importancia como elemento de la protección de los flujos masivos.

De forma general, en esta parte de la investigación se establece la naturaleza jurídica de la protección que se otorga a los flujos masivos, se determinan los beneficiarios, y se ponen en evidencia los vacíos normativos de que adolece la protección de estos colectivos, resaltando la necesidad de la redacción de un régimen que pueda ser aplicado a la protección de los flujos masivos.

En la tercera parte, relativa al *La protección temporal en el ordenamiento jurídico venezolano*, se analizan las obligaciones del Estado venezolano en el marco de la protección internacional de refugiados y sus obligaciones respecto al otorgamiento de protección temporal, y se propone un mejoramiento para la legislación existente.

El capítulo primero, titulado *La protección de los refugiados en el ordenamiento internacional y en el régimen jurídico venezolano*, profundiza sobre las causas y características de los desplazamientos masivos que se han ingresado en el territorio y analiza las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado venezolano con anterioridad al desarrollo de la L.O.R.R.A.A. y también sus incumplimientos, resaltando

la relevancia de instrumentos regionales como la Convención Americana de 1969 y la Declaración de Cartagena de 1984.

El capítulo segundo, que lleva por nombre *Análisis de la protección temporal en el ordenamiento jurídico venezolano*, estudia la legislación venezolana sobre protección de refugiados desarrollada en el 2001. En este marco, profundiza sobre el concepto de la protección temporal y analiza detalladamente la regulación jurídica contenida en la L.O.R.R.A.A, atendiendo a su contenido, características y ámbito de aplicación. En este capítulo se desarrolla una necesaria precisión acerca de la innecesaria distinción sobre Asilo y Refugio establecida por la ley venezolana.

El capítulo tercero, rotulado *Una propuesta de mejoramiento de la regulación de la protección temporal en la legislación venezolana: Reglamento sobre el otorgamiento de protección temporal en Venezuela*, propone los aspectos jurídicos necesarios para la mejora de la regulación de la protección temporal en la legislación venezolana, cuya actualización se evidencia como una necesidad ante la actual situación del conflicto armado interno que se vive en Colombia. Así, la actualización de la legislación sobre protección temporal se realiza en orden a determinar en qué medida la legislación desarrollada responde a las nuevas necesidades y realidades que plantea la protección de las personas que huyen en afluencia masiva. Este capítulo termina con la propuesta de un reglamento de protección temporal aplicable en caso de afluencia masiva en Venezuela, como respuesta al incremento de dichas situaciones, desde un enfoque de derecho comparado y desde el particular tratamiento que ofrece la Directiva Europea y el Reglamento sobre Protección Temporal español.

En la parte final se presentan unas consideraciones personales, a título de conclusiones, resultantes de la investigación llevada a término. Por último, se elabora un epílogo, en el que se recogen los aspectos más destacables del estudio de *La protección de los flujos masivos en el ordenamiento jurídico internacional y en el Derecho venezolano*



## OBSERVACIONES TERMINOLÓGICAS

Como cuestión previa al desarrollo de la investigación sobre *La Protección de los flujos masivos en el ordenamiento jurídico internacional y en el Derecho venezolano*, se ha considerado necesario precisar ciertos conceptos y aspectos importantes para el desarrollo de la misma.

En el ámbito de la protección internacional, el debate doctrinal sobre las definiciones, conceptos, naturalezas y alcances de las distintas instituciones no han sido aceptados de manera general. Así, más que intentar definir precisa y exhaustivamente todos los términos utilizados, se pretenden establecer asunciones de cuestiones puntuales cuya impresión podría conducir a equívocos e incluso afectar el resultado del estudio que se presenta.

En este orden de ideas, la expresión *flujos masivos* hace referencia a los desplazamientos masivos y forzosos originados por la persecución de las personas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado u opiniones políticas y por otras situaciones de intolerancia que tienen lugar como consecuencia de conflictos políticos, sociales, culturales, religiosos y étnicos que siguen existiendo en gran parte del planeta<sup>37</sup>. Sin embargo, al no poder definir ni jurídica ni cuantitativamente<sup>38</sup> los flujos masivos, habrá que entender que con esta expresión se alude a: “sudden and rapid crossing of international borders by large numbers of uninvited foreigners who are seeking safety from acute danger or other threats to their life and liberty”<sup>39</sup>, y no cualquier grupo de personas que huya de su país de origen en busca de una mejor vida o bienestar, ni los éxodos masivos, que están compuestos por

---

<sup>37</sup> No existe una definición universal de “flujos masivos”, pues ni la Convención de 1951, ni la Convención de la Organización para la Unión Africana de 1969, hacen alusión alguna al respecto. Sólo la Declaración de Asilo Territorial de 1967, hace referencia a ellos en el art. 3(2) pero no proporciona una definición. *Vid.* Declaración de Asilo Territorial, Res. AGNU 2312 (XXII), de 14 de diciembre 1967.

<sup>38</sup> El ACNUR ha señalado que es importante entender que los flujos masivos no pueden determinarse en términos numéricos absolutos, pues su calificación dependerá de los recursos de los Estados receptores (*Mechanisms of International Cooperation to Share Responsibilities and Burdens in Mass Influx Situations*, Global Consultations on International Protection, UNHCR Doc EC/GC/01/7, 19 Feb. 2001, párr. 8).

<sup>39</sup> EGGLI, A.: *Mass Refugee Influx And The Limits Of Public International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, New York, 2002, pág. 23.

personas provenientes de distintos lugares y que huyen por distintas causas a distintos Estados<sup>40</sup>.

A este respecto, es preciso dejar claro que, en el desarrollo de esta investigación, al hablar de *flujos masivos* se hace referencia a aquellos grupos de personas que son potenciales beneficiarios de protección temporal por haber huido masivamente de circunstancias que les impiden permanecer en su país de origen. Se ha utilizado de manera preferente la expresión *flujo masivo*, por ser la noción más reciente con la que se hace referencia a los desplazamientos masivos involuntarios de personas<sup>41</sup>.

Dicha elección no implica que se reconozca que la expresión *flujos masivos* sea sinónima de afluencia a gran escala, afluencia masiva, desplazamientos masivos o flujos de población a gran escala, sino que se ha considerado importante resumir en una expresión única la situación fáctica<sup>42</sup> que impide la determinación individual como refugiado, entendiendo que estas calificaciones representan distintos estadios de la

---

<sup>40</sup> “Mass-influx has to be distinguished from mass-exodus. Often, a mass exodus leads to a mass influx only in a few countries leaving other countries of asylum with relatively low numbers of asylum-seekers from that particular country of origin. There might also be situations where those fleeing en masse disperse to many countries in a way that does not overburden any particular country” (KÁLIN, W.: “Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism”, en *GYL*, vol. 44, 2001, pág. 217).

<sup>41</sup> En el transcurso del tiempo han sido diversos los términos utilizados para hacer referencia a este tipo de desplazamientos. A principio de los años ochenta, era habitual la utilización de la expresión “afluencia a gran escala”. Al respecto pueden consultarse las siguientes conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR: Conclusión No. 15 (XXVIII) sobre *Refugiados sin país de asilo*, de 1979; Conclusión No. 19 (XXXI) relativa al *Refugio Provisional*, de 1980; Conclusión No. 21 (XXXII) sobre *Conclusiones Generales*, de 1981; Conclusión No. 22 (XXXII), relativa a la *Protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia a gran escala*, de 1981; Conclusión No. 23 (XXXII), referida a *Problemas relativos al rescate de personas en busca de asilo encontrándose en peligro en el Mar*, de 1981; Conclusión No. 35 (XXXV), sobre los *Documentos de Identidad para los Refugiados*, de 1984; Conclusión No. 44 (XXXVII) sobre *Conclusiones Generales*, de 1986. Más recientemente, las “afluencias masivas” han sido definidas en el contexto europeo como “la llegada a la Comunidad de un número importante de personas desplazadas, procedentes de un país o de una zona geográfica determinada, independientemente de que su llegada a la Comunidad se haya producido de forma espontánea o con ayuda, por ejemplo, de un programa de evacuación” (Directiva 2001/55/ CE del Consejo de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, art.2. d).

<sup>42</sup> “El desplazamiento masivo de personas tiene siempre su origen en conflictos armados internos que producen violaciones masivas de los derechos humanos cuyas raíces profundas se encuentran en las situaciones de subdesarrollo, marginación económica, intolerancia étnica y religiosa, desigualdades sociales, o exclusión política” (VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2002, pág.587).

misma situación y que han sido utilizados de manera indistinta en los instrumentos que han desarrollado la protección internacional de estos grupos que huyen en busca de protección que no pueden encontrar en sus países de origen<sup>43</sup>.

En otro orden de cosas, resulta importante recordar que el objetivo general de la protección internacional quedó resumido en el Preámbulo a la Convención de 1951, e implica “asegurar a los refugiados el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales” de que todos “los seres humanos deben gozar, sin distinción alguna”. Por tanto, la protección internacional<sup>44</sup> tiene como premisa fundamental el respeto de los derechos humanos de todas las personas<sup>45</sup>. En este contexto, la idea de que la Organización de las Naciones Unidas se haga cargo de la protección internacional directa<sup>46</sup> de los refugiados parece clara, en la medida en que, si los derechos y libertades fundamentales de las personas no pueden ser salvaguardados por

---

<sup>43</sup> Estas situaciones en las que un grupo de personas huye en busca de protección internacional han sido definidas por JACKSON como situaciones “in which large numbers of persons have been obliged to leave their home country due to serious political events, such as a sudden change of regime, civil war, internal armed conflict, upheavals, or situations of violence combined, in many cases, with generalised violations of human rights or of international humanitarian law” (JACKSON, I.: *The Refugee Concept in Group Situation*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/Boston, 1999, pág.4).

<sup>44</sup> “La protection internationale consiste à aider les réfugiés à surmonter les obstacles qu’ils rencontrent du fait même de leur qualité de réfugiés, ainsi qu’à sauvegarder leurs intérêts légitimes. La protection internationale a pour objet de porter remède à la situation découlant du fait que le réfugié ne bénéficie pas de la protection que l’Etat accorde d’ordinaire à ses ressortissants à l’étranger” (SCHNYDER, F.: “Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés”, en *RCADI*, vol. 114-I, 1965, págs. 406).

<sup>45</sup> “[I]nternational protection is applicable to all individuals and groups in whatever part of the world they may be located” RAMCHARAN, B.: “The concept of Protection in the International Law of Human Rights, en DINSTEIN, Y. (ed): *International Law at a Time of Perplexity*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1989, pág. 601.

<sup>46</sup> “The international protection of human rights in the contemporary world may be said to be either direct or indirect. By direct international protection is meant the intercession of an international entity either at the behest of a victim or victims concerned, or by persons on their behalf, or on the volition of the international protecting agency itself. Examples of direct international protection include the activities of the United Nations High Commissioner for Refugees, the International Committee of the Red Cross, and the various petitions or complaint procedures such as the provided under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights. However, many of the protecting activities undertaken in the international community may be classified into the category of indirect protection. Among these may be included: the creation of an international environment which is conducive to the realization of human rights; the elaboration of norms and standards; education, teaching, training, research and the dissemination of information, and the provision of advisory services in the field of human rights” (RAMCHARAN, B.: “The concept of Protection in...”, cit., págs. 600- 601).

su gobierno, le corresponde a los Estados receptores asumir dichas funciones con la ayuda del ACNUR<sup>47</sup>.

En el ámbito del Derecho internacional, el estatuto de refugiado es una condición jurídica de carácter civil que se otorga a las personas que se ven motivadas a huir de sus países de origen debido a los motivos expresados por la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967. Como se deduce de lo antes descrito, es una categoría jurídica que se concede tomando en consideración las causas personales que motivan su desprotección, por tanto es una protección individual, que procede de un concepto general que se encuentra sistematizado en la Convención de 1951.

Pero el refugiado se configura como una categoría jurídica autónoma que no coincide, por ser más estricta, con la de potencial beneficiario de protección internacional. Es esta última, en efecto, una categoría más amplia que incorpora en su núcleo el derecho a no ser devuelto a un país donde la vida o seguridad de aquel corren peligro<sup>48</sup>.

Así que en el marco de este trabajo, cuando se hable de *refugiados*, se hace referencia de manera exclusiva a los refugiados *stricto sensu* o *refugiados convencionales* antes descritos, para evitar crear confusión con aquellas personas que, aun teniendo necesidades de protección o siendo potenciales refugiados, no reúnan los elementos señalados por la Convención de 1951. Esta categoría de personas es conocida como refugiados *de facto* o refugiados en sentido amplio, a los cuales se les ha denominado “nuevos refugiados” precisamente porque sus razones de huida son distintas a las contempladas por la Convención de 1951, pero que están relacionadas con un temor de volver al país de origen<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> En este caso se llama protección internacional a esta protección efectivamente nacional porque se ejerce en función de compromisos internacionales. Vid. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *Derecho comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona, 2006, pág 108.

<sup>48</sup> GORTÁZAR ROTAECHE, C.: “La protección internacional de los solicitantes de asilo y refugiados como supuestos diferenciados del fenómeno general de las migraciones internacionales. Especial referencia al marco legal en la Unión Europea”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (coord.): *Un mundo sin desarraigo: El Derecho internacional de las migraciones*, Catarata, Madrid, 2006, pág. 2000.

<sup>49</sup> “La expresión refugiados *de facto* pretende incluir, tanto a aquellos que son refugiados en el sentido del artículo 1 A de la Convención de Ginebra pero que no han recibido asilo, como a personas que sin reunir del todo los requisitos del artículo 1 A de la Convención, se han visto obligados a desplazarse debido a la

A estos refugiados *de facto* se les denominó en principio *personas desplazadas*<sup>50</sup>. La noción de *personas desplazadas* surgió como un concepto simple y pragmático que pretendía abarcar a aquellas personas que huían en grupo, pero cuyas causas de huida no eran aquellas contempladas por la Convención de 1951. No obstante, es preciso indicar que en este estudio se ha utilizado el término *desplazado* como un concepto relativo que va siempre calificado por la situación que produce la huida, vale decir, desplazamiento masivo, para hacer referencia a los flujos masivos involuntarios o el desplazamiento interno.

Las personas internamente desplazadas son aquellas “[p]ersons of group of persons who have been forced or obligated to flee or leave their homes or placed of habitual residence, in particular as a result of or in order to avoid the effects of armed conflict, situations of generalised violence, violations of human rights, or natural or human-made disasters, and who haven not crossed an internationally recognized state border”<sup>51</sup>.

Como se desprende de esta definición, las personas desplazadas internamente y los refugiados están sujetos a distintos ordenamientos jurídicos. Por tanto, la principal diferenciación está relacionada con los mecanismos que les protegen. Los refugiados están protegidos bajo los principios establecidos por la Convención de 1951, mientras que las personas desplazadas internas continúan bajo la protección del país de nacionalidad o residencia. Así que muy que a pesar de que ambas personas hayan afrontado los mismos temores, o las mismas violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales, su tratamiento jurídico será determinado por la circunstancia

---

violencia generalizada o a las violaciones masivas de los derechos humanos” (GORTÁZAR ROTAECHE, C.: *Derecho de asilo y “No rechazo” del refugiado*, Dyckinson, Madrid, 1997, pág. 150).

<sup>50</sup> “The uncertainties of the internal or external situations of States sometimes give rise, however, to a category of persons who fall outside this strict classification based on precise legal criteria. These are the displaced persons, whose situation in many respects analogous to that refugees uprooted from their homes by events similar to those which create refugees, displaced persons experience the same hardships and suffering; but they retain in principle their national status and do not present, a priori, any special legal problem” (AGA KHAN, S.: “Legal problems relating to refugees and displaced persons”, en *RCADI*, vol. 149-I, 1976, pág. 295).

<sup>51</sup> GUIDING PRINCIPLES ON INTERNAL DISPLACEMENT, UN Doc E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 febrero 1998, párr. 2.



de estar dentro o fuera de la frontera de su país de origen o de residencia. A este respecto, se debe señalar a pesar de que las personas se encuentren en “zonas seguras”<sup>52</sup>, las mismas se considerarán desplazados internos.

Este aspecto no constituye la única diferencia entre los desplazados internos y los refugiados, pues los desplazamientos originados por desastres naturales y otros desastres producidos por el hombre están incluidos en el concepto de *desplazados internos*, mientras que los mismos no constituyen causas que originen un temor fundado de persecución, como lo requiere el concepto del artículo 1 A de la Convención de 1951 sobre refugiados<sup>53</sup>.

En este contexto, es preciso aclarar que el concepto de *desplazado interno en tránsito* no es un concepto reconocido en el ámbito del Derecho internacional de los refugiados, fue un término acuñado por las autoridades venezolanas para intentar explicar una situación que se vivía en la frontera y en cierta manera para limitar sus obligaciones con respecto a los potenciales solicitantes del estatuto de refugiado<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Pueden entenderse como tales aquellos espacios protegidos internacionalmente, dentro del territorio del país en conflicto, que se diseñaron con el propósito de evitar que las víctimas cruzaran la frontera a través del otorgamiento de asistencia y protección en el territorio de su propio Estado. Estas zonas seguras eran creadas como resultado de la imposición por fuerzas multinacionales o de la autoridad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (GILES CARNERO, R.: “Las zonas seguras: ¿oasis o espejismo para los refugiados y desplazados?”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (edit): *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, págs. 249-260). Además puede consultarse LANDGREN, K.: “Safety Zones and International Protection: A Dark Grey Area”, en *IJRL*, vol. 7, núm. 3, 1995, págs. 436-458.

<sup>53</sup> Vid. ARENAS HIDALGO, N: “El fenómeno de los llamados ‘Refugiados Medioambientales’: Un nuevo desafío para el Derecho internacional de los refugiados”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.): *La Revitalización...*, cit., págs. 261-275.

<sup>54</sup> “Los desplazados internos en tránsito no son solicitantes de refugio a pesar de haber atravesado la frontera y ubicarse en el territorio de otro Estado. Siguen siendo desplazados internos en el territorio de otro Estado de conformidad con los acuerdos que establezcan los gobiernos de los Estados involucrados y la voluntad de las personas interesadas, quienes al recibir tal condición son protegidos en el territorio del Estado receptor para regresar a una zona segura del Estado de origen, como se ha podido ver en la práctica reciente, en particular, en el caso de los desplazados internos de Colombia en 1999, cuando los Gobiernos de Venezuela y de Colombia lo aplicaron para lograr la protección adecuada de personas desplazadas ante una situación de violencia”. Al respecto el representante de Venezuela que en el momento de estos acontecimientos presidía el Comité Ejecutivo del ACNUR explicaba la posición oficial del Estado de la siguiente manera: “Conviene recordar que el derecho se elabora en función de las realidades sociales a las cuales se aplica; y, el derecho internacional, en particular, con base en la realidad de la sociedad internacional y de las relaciones internacionales que evolucionan constantemente. La norma jurídica se elabora para atender esas realidades, aunque también, debe subrayarse, para facilitar los cambios que se producen en la sociedad internacional y en las relaciones entre los sujetos que participan en ella. La elaboración de esa norma se funda muchas veces en principios y en criterios válidos que refleja esa realidad en un proceso de formación que traduce la convicción de la comunidad internacional,

Respecto a la determinación o la elegibilidad de los refugiados es preciso indicar que aunque lo más común es que la condición de refugiado debe determinarse normalmente según cada caso particular, se han dado situaciones en las que grupos enteros de personas han sido obligados a desplazarse en circunstancias que ponen en evidencia que los miembros de este grupo podían ser considerados individualmente como refugiados. En situaciones de ese género suele ser extremadamente urgente prestar asistencia y, por razones de orden práctico, puede resultar imposible proceder individualmente a la determinación de la condición de refugiado de cada miembro del grupo. Por eso se ha recurrido a la denominada determinación colectiva de la condición de refugiado, en virtud de la cual se admite, salvo prueba en contrario, que cada miembro del grupo es *prima facie* un refugiado<sup>55</sup>.

En relación a este aspecto de la determinación de los refugiados, OKOTH-OBBO argumenta que es diferente “a legal question (refugee status), a methodology for decision making (*prima facie*), numeric factors (groups) and the imperative to save lives”. Por tanto, no es lo mismo la metodología que los factores numéricos, y en consecuencia afirma que la determinación *prima facie* como metodología es también aplicable a solicitantes individuales. En este sentido “(...) [w]hereas groups can, and are often dealt with under the *prima facie* methodology, group status as such refers to a legal classification and not to a procedure”<sup>56</sup>.

Por tanto, la determinación grupal y *prima facie* necesita una aproximación general: examinar la situación objetiva que exista en el país de origen que pueda generar el desplazamiento masivo, determinar si las personas que son parte de esos grupos pueden incurrir en los temores señalados por la convención en caso de ser devueltos a

---

de su validez. En el caso de los desplazados internos y de los solicitantes de asilo es posible constatar hoy, además de la existencia de normas y principios claramente establecidos, el surgimiento de criterios novedosos y útiles para facilitar el tratamiento del tema, como lo es el de los desplazados internos en tránsito, concebido sin el ánimo, desde luego, de incumplir o disminuir la importancia y la obligatoriedad de los instrumentos jurídicos internacionales en vigor” (RODRÍGUEZ CEDEÑO, V.: “Desplazados internos en tránsito: Un concepto básico para la protección de las personas desplazadas forzosamente”, en [www.analitica.com/bitbliblioteca/victor\\_rodriguez/desplazados.asp](http://www.analitica.com/bitbliblioteca/victor_rodriguez/desplazados.asp), 20 de septiembre de 2000, pág. 2).

<sup>55</sup> ACNUR: *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados*, Ginebra, 1992, pág. 21, párr. 83.

<sup>56</sup> OKOTH-OBBO, G.: “Thirty years on: A legal Review of the 1969 OUA Refugee Convention”, en *AYIL*, vol. 8, 2000, Kluwer Law International, pág. 47.

sus lugares de origen, todo lo cual debe analizarse en el contexto de una situación particular. Esta determinación grupal y *prima facie* ha surgido para hacer frente a la necesidad emergente de solventar situaciones de flujos masivos y simultáneos de personas que pueden estar en peligro en sus lugares de origen. Así, si en algún momento se considera que existen indicios de persecución se debe considerar su aplicación aunque la misma no se pueda individualizar.

Son precisamente estas situaciones las que dan paso a una determinación *prima facie*, lo que quiere decir que no es una suma de solicitudes, sino más bien la consideración de que una situación concreta genera potenciales refugiados. Se mueven como resultado de una situación política en la cual pueden o no haber participado, pero si las circunstancias que han promovido el desplazamiento masivo no parecen justificar una determinación grupal y *prima facie* entonces se debe someter a las personas a un examen individual.

Así, una vez admitidas las personas en el territorio de un Estado como primera respuesta ante los flujos masivos, se debe resaltar que su reconocimiento como refugiados, bajo la determinación *prima facie* aplicada a todo el grupo, ha sido la solución tradicional, cuando los flujos no eran frecuentes ni las dimensiones tan grandes<sup>57</sup>. De esta manera y bajo esta metodología, los Estados han reconocido el estatuto de refugiados a todas las personas que integran el grupo, considerando colectiva y objetivamente las causas que dieron origen a su desplazamiento masivo<sup>58</sup>.

Desde el punto de vista práctico y conceptual, la determinación colectiva y *prima facie* parece haberse convertido en la vía más rápida para hacer frente a los flujos masivos de personas, cuando los Estados no pueden determinar individualmente los temores de quienes integran la afluencia masiva. De hecho, esta práctica ha sido utilizada por los países de *primer asilo*<sup>59</sup>, en orden a reconocer como refugiados a

---

<sup>57</sup> Así fue reconocido en *La protección de los refugiados en situaciones de afluencia masiva: marco global para la protección*, Consultas Globales sobre Protección Internacional, ACNUR Doc. EC/GC/01/4, 19 de febrero de 2001, pág. 3.

<sup>58</sup> Véase UNHCR: *Handbook for Emergencies, Second Editions*, 2000, pág. 13.

<sup>59</sup> “The right of first asylum means that a refugee has a right to set asylum in the first Convention signatory nation he/she passes through, but any subsequent country has the right to send the refugee back

grupos de personas para determinados propósitos, entre los que destaca la captación de la ayuda humanitaria proveniente de la sociedad internacional, que tiene como objetivo apoyar a los Estados receptores en la búsqueda de soluciones duraderas para estos grupos<sup>60</sup>.

Sin embargo, el uso de esta respuesta ante los flujos masivos se ha caracterizado por resultar imprecisa e impredecible, pues los Estados no siempre declaran sus intenciones de tratar a los grupos como refugiados, y generalmente no asumen oficialmente esta decisión, sino que algunas veces la realizan como una manera expedita de limitar sus obligaciones respecto al grupo. No obstante, la respuesta de la determinación colectiva, en muchas ocasiones, suele ser la única manera de responder a los flujos masivos por la inexistencia de un desarrollo normativo interno o por la imposibilidad de aplicación de la legislación interna.

Pero al no estar contemplada en la Convención de 1951 y no existir una sistematización de aplicabilidad de la determinación *prima facie*<sup>61</sup>, la metodología se ha desarrollado a través de procedimientos *ad hoc*<sup>62</sup>, lo que ha producido grandes inconvenientes a la hora de implementar la determinación colectiva, pues esta ausencia de disposiciones de tipo general ha impulsado la proliferación de respuestas ante emergencias, y ha generado la inflación de los mecanismos de determinación en algunos países. Ello ha acarreado la consideración de que los instrumentos existentes para la protección de los refugiados sólo resulten aplicables a los casos individuales, lo que puede llevar a considerar el estatuto de refugiado como un estatuto incompleto o condicionado, que realmente lo aleja de las formulaciones que precedieron a su creación, las cuales, no impiden *stricto sensu* su aplicabilidad en caso de flujos masivos.

---

to that first country of asylum” (BARNETT, L.: “Global Governance and the Evolution of the International Refugee Regime”, en *IJRL*, vol. 14, núm. 2/3, 2002, pág. 247).

<sup>60</sup> Al respecto, COLES, J.G.: “Temporary Refuge and the Large-Scale Influx of Refugees”, paper submitted to the UNHCR *Meeting of the Expert Group on Temporary Refuge in Situations of Large-Scale Influx*, Geneva, Apr. 21-24, 1981, EC/SCP/16/Add.1, July 17, 1981, pág. 4.

<sup>61</sup> Es preciso resaltar que no existe en el Derecho internacional procedimientos para el reconocimiento de grupos de refugiados, ni estándares legales aplicables a las determinaciones *prima facie* ((OKOTH-OBBO, G: “Thirty years on: A legal Review of the 1969 OUA Refugee Convention...”, cit., pág. 46).

<sup>62</sup> Como expresan HYNDMAN y NYLUND, la determinación *prima facie* “has developed as a pragmatic and strategic approach rather than as a legalistic response to mass influx” (HYNDMAN, J.; NYLUND, B.: “UNHCR and the Status of *Prima facie* Refugees in Kenya”, en *IJRL*, vol.2, núm. 10, 1998, pág. 21).

Respecto a la naturaleza de la determinación *prima facie* como respuesta ante flujos masivos de población, se puede afirmar que existen posiciones encontradas. Por un lado, OKOTH-OBBO afirma que la determinación *prima facie* es una consideración provisional de que una persona ha sido elegida como refugiado convencional<sup>63</sup>, y que es necesaria una determinación conclusiva posterior que considere las formalidades de la determinación individual. Considera, además, que la determinación *prima facie* es una medida urgente que no responde a la determinación del estatuto de refugiado como tal, sino a las circunstancias<sup>64</sup>. En contraste con esta opinión, JACKSON afirma que la determinación *prima facie* implica una presunción de que cada una de las personas que integran un grupo son refugiados y, por tanto, son sujetos de todos los derechos, beneficios y asistencia<sup>65</sup>. Desde su punto de vista, el estatuto de refugiado, otorgado bajo una determinación *prima facie*, es definitivo, a menos que el Estado decida llevar a cabo una determinación individual posterior.

Entre las opiniones de OKOTH-OBBO y JACKSON, y teniendo en consideración que la determinación *prima facie* no posee estándares legales, se considera que este último autor se aproxima a la realidad práctica del ACNUR, que ha establecido este procedimiento como una determinación de la condición de refugiado y aplicable a grupos de personas que se desplazan forzosamente. Con ello se puede afirmar que la determinación *prima facie* de refugiado no es un estatuto interino que requiera ser confirmado *a posteriori*, siempre y cuando, claro está, no existan evidencias en contrario, como lo confirma el *Manual de Procedimientos* del ACNUR<sup>66</sup>.

Por tanto, el reconocimiento del estatuto de refugiado, bajo la determinación colectiva y *prima facie*, representa una decisión conclusiva, siempre y cuando no exista una determinación en contrario<sup>67</sup>, y permite resolver de forma expedita el

---

<sup>63</sup> OKOTH-OBBO, G.: "A Legal Review of the 1969 OAU Refugee Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa", *Refugee Survey Quarterly*, vol. 20, núm. 79, 2001, pág. 119.

<sup>64</sup> OKOTH-OBBO, G: "Thirty years on: A legal Review of the 1969 OUA Refugee Convention...", cit., pág. 46.

<sup>65</sup> JACKSON, I.: *The Refugee Concept...*, cit., pág. 4

<sup>66</sup> ACNUR: *Manual de Procedimientos...*, cit., párr. 44.

<sup>67</sup> Por ejemplo, en el caso de los solicitantes de asilo húngaros en 1956, las autoridades austriacas se prepararon para considerarlos como incluidos en el alcance de la Convención y de entregarles un

reconocimiento como refugiados a las personas que componen los flujos masivos. En concreto, se puede concluir que del reconocimiento colectivo y *prima facie* resulta el otorgamiento de un estatuto de refugiado, tal y como lo consagra la Convención de 1951, y, por tanto, sus beneficiarios pueden disfrutar de todos los derechos establecidos en dicho instrumento<sup>68</sup>.

En caso de desplazamientos masivos, el acceso de un grupo de personas al territorio de un país del que no es nacional puede ser entendido como garantía humanitaria que, junto a la prohibición de no devolución, es la respuesta inicial de un Estado ante un flujo masivo. No obstante, esta acogida temporal no puede entenderse como protección temporal. *Acoger* significa recibir, dejar estar en el territorio a una persona por un tiempo determinado, pero la protección temporal va más lejos que esto, porque implicaría un conjunto de obligaciones estatales provisionales. Por tanto, la acogida temporal sí que puede ser el inicio del otorgamiento de la protección temporal, pero la mera recepción y respeto de la prohibición de devolución no la implica. La acogida temporal en el territorio de un Estado es una respuesta inmediata para las personas que no pueden continuar viviendo en sus países. Es, pues, la respuesta a la realidad presentada por la violencia social, la disolución de los Estados y las persecuciones indiscriminadas<sup>69</sup>.

---

certificado de elegibilidad normal mientras fuese técnicamente posible, a menos que la determinación mostrara que algún individuo aplicante no estuviese legitimado para beneficiarse de los derechos de esta Convención. Vid. JACKSON, I.: *The Refugee Concept...*, cit., pág. 117.

<sup>68</sup> Informe de la Presidencia de la Mesa Redonda 2 respecto a La cooperación internacional para proteger los éxodos masivos (inter alia, afluencias, participación y responsabilidad de la carga, seguridad e instrumentos adicionales), Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967, ACNUR: *Consultas Globales*, Diciembre 13, 2001, pág. 2.

<sup>69</sup> ACNUR.: *La situación de los refugiados en el mundo 1995. En busca de soluciones*, Alianza, Madrid, 1995, pág. 23.



## **PARTE PRIMERA**

# **LOS FLUJOS MASIVOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS**

## **CAPÍTULO I**

### **LOS FLUJOS MASIVOS Y LA CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS**

Sumario: Planteamiento de la cuestión.- 1. La protección de los flujos masivos en la etapa inicial de la protección de los refugiados: 1.1. La protección internacional como respuesta a los flujos masivos de población; 1.2. La creación de instituciones de asistencia y protección para los grupos de refugiados.- 2. La Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de refugiado y la individualización de la protección internacional: 2.1. La estructura y los objetivos de la Convención; 2.2. El ámbito de aplicación de la Convención. - 3. El concepto de refugiado establecido en la Convención sobre el estatuto de refugiados de 1951: 3.1. Los elementos del concepto de refugiado; 3.2. La ampliación del concepto de refugiado.- 4. La aplicabilidad de la Convención en caso de flujos masivos a gran escala.

### **PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

El fenómeno de los refugiados y de los desplazados comenzó a principios de 1912 con las guerras balcánicas y se incrementó notablemente con la revolución rusa y el fracaso de la contrarrevolución de 1917. Para esta época, la gestión y asistencia de estos flujos masivos de personas estaba en manos de organismos humanitarios, como la Liga de las Sociedades de la Cruz Roja.

Ya para la época de la Sociedad de Naciones se crearon un conjunto de instituciones y acuerdos de protección que pretendían dar respuestas a cada una de las situaciones de emergencia que los desplazamientos masivos iban generando. En esta etapa inicial de la protección de los refugiados se comienza con la redacción de acuerdos que buscaban proteger a determinados grupos de personas que se veían forzados a escapar de sus países de origen.



La protección otorgada por estos acuerdos estaba fundamentada en situaciones objetivas que impulsaban el desplazamiento masivo, por lo que la consideración individual de las razones por las cuales huían no era condición necesaria para que fuesen acogidos en el territorio de los Estados receptores. De hecho, no existía un concepto universal de refugiado, sino que éste era desarrollado en función de las nacionalidades de aquellos que no encontraban protección en sus lugares de origen.

El tránsito de la Sociedad de Naciones a las Naciones Unidas supuso un avance importante para la protección de los refugiados, pues se pasó de una protección improvisada a la sistematización de un instrumento internacional de protección de refugiados. Así, aunada a la creación del ACNUR, se redactó la Convención de 1951, como instrumento universal que desarrolla un concepto de refugiado y establece obligaciones estatales respecto a ellos.

Los desplazamientos masivos de personas impulsaron el nacimiento del Derecho internacional de los refugiados. No obstante, su protección en la actualidad continúa siendo un reto para la sociedad internacional pues, a pesar de que se cuenta con un régimen jurídico internacional de protección de refugiados, representado por la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967, el mismo no resulta aplicable, al menos formalmente, cuando los temores de persecución no pueden individualizarse, como ocurre en caso de flujos masivos.

Este capítulo, estructurado en cuatro apartados, tiene como objeto ofrecer una visión global de la protección de los flujos masivos en el marco del Derecho internacional de los refugiados. Así se comienza con un análisis de la protección de los flujos masivos de población en la etapa inicial de la protección de los refugiados, se especifican las características de la Convención de 1951 que desarrolla el régimen de protección de los refugiados, se analiza el concepto de refugiado puntualizando que el mismo hace referencia a la protección individual y no a la protección colectiva que generó su evolución y finalmente se elabora una aproximación sobre la posible aplicación de esta Convención a los flujos masivos de población, considerando que no existe una disposición expresa que impida protegerles.

En el análisis que se elabora sobre la protección de los flujos masivos en el marco de la protección de los refugiados, se resalta que son precisamente los flujos masivos, su magnitud y consecuencias los que impulsan el nacimiento de este régimen jurídico y de las instituciones de protección que cooperaron con la acogida y recepción de los mismos en los países receptores.

Así, con fundamento en la Convención de 1951, se elabora una aproximación analítica que pretende ofrecer un marco general del régimen jurídico actual, representado por la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, el cual se realizará tomando en consideración la estructura, objetivos, ámbito de aplicación, principios y conceptos desarrollados en dicha Convención, con el fin de precisar su alcance y contenido.

Finalmente a partir del análisis del alcance y contenido del régimen jurídico de protección de los refugiados, se examina la posibilidad de que el mismo pueda aplicarse para proteger a las personas que huyen masivamente de sus países de origen por motivos de persecución.

Por tanto, se pasa de la descripción de la etapa inicial de la protección de los refugiados, a un estudio jurídico de las obligaciones estatales desarrolladas en Convención de 1951, para obtener una visión general de las obligaciones estatales existentes en el Derecho internacional de los refugiados. De esta manera, es posible construir los fundamentos que permitirán contrastar, a lo largo de todo el estudio, las características de la protección de los flujos masivos con este régimen universal, facilitando la comprensión y definición de la protección temporal, como protección específica que ha surgido para proteger a las personas que se desplazan masivamente.

## **1. LA PROTECCIÓN DE LOS FLUJOS MASIVOS DE POBLACIÓN EN LA ETAPA INICIAL DE LA PROTECCIÓN LOS REFUGIADOS**

A lo largo de la historia, la tiranía del poder político ha impulsado los desplazamientos de población, generando refugiados. Como afirma PASTOR RIDRUEJO, el Estado era en muchas oportunidades “el primer y más importante

violador de los derechos del hombre”<sup>70</sup>, como pudo demostrarse con la experiencia de los regímenes autoritarios entre las dos guerras mundiales. En este contexto y a propósito de estos acontecimientos, puede afirmarse que la preocupación por el desplazamiento forzoso como problema internacional ha sido reciente<sup>71</sup> y ha estado fundamentado en las conmociones provocadas por el desdibujamiento de las antiguas fronteras, los conflictos religiosos y étnicos suscitados en diversos lugares del planeta y, en general, por las tensiones y enfrentamientos entre Estados, incluidos los conflictos armados internos e internacionales, los cuales han sido y son sinónimo de destierro.

Entre los hechos antes mencionados, los conflictos armados internos<sup>72</sup> han representado, desde siempre, la causa principal de los flujos masivos de minorías étnicas,

---

<sup>70</sup> PASTOR RIDRUEJO, J.: *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2003, pág.195.

<sup>71</sup> Los primeros refugiados reconocidos en el mundo moderno fueron los hugonotes o reformados, franceses protestantes que huyeron de Francia entre los siglos XVI y XVII a consecuencia de la revocación del Edicto de Nantes (GOLDEN, R.: “Introduction”, en GOLDEN, R.: *The Huguenot Connection: The Edict of Nantes, its Revocation, and Early French Migration to South Caroline*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1988, pág. 1). La reforma protestante iniciada en Alemania en 1517, se extendió por toda Europa generando enfrentamientos religiosos violentos, sobre todo en Francia, donde culminaron en 1572 con la triste noche de San Bartolomé, que inicio las masacres de reformados en todo el reino. Pero en 1598 el Edicto de Nantes, promulgado por el Rey Enrique IV, protestante convertido al catolicismo, reconoció la existencia de una religión reformada y reglamentó su culto, trayendo la paz religiosa al reino. Sin embargo, el desarrollo y crecimiento de las comunidades de hugonotes promovieron nuevos enfrentamientos. Así, temiendo la desintegración del reino, el 18 de octubre de 1685, el Rey Luis XIV firmó la revocación del Edicto de Nantes, lo que desencadenó una nueva persecución contra los hugonotes y la diseminación en Europa de cerca de doscientos cincuenta mil hugonotes franceses. Vid. VILLALPANDO, W.: “El asilo en la historia”, en ACNUR: *Un instrumento de paz*, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Madrid, 1986, pág. 14; BETTATI, M.: *L’asile politique en question. Un statut pour les réfugiés*, Presses Universitaires de France, 1985, págs. 23-25. Para la época, el refugio “was based on the almost entirely laissez-faire attitude of nations towards the fugitives that crossed their borders. Officials did not distinguish between migrants and refugees, treating all equally and applying few restrictions to entry”. Por tanto, “[i]n these early years, refugees were rarely a cause of strain in international relation and were not considered an issue of government concern” (BARNETT, L.: “Global Governance and the Evolution of the International Refugee Regime”, en *IJRL*, vol. 14, núm. 2/3, 2002, pág. 240). De esta manera, “[t]he forced population movements of the early twentieth century brought the word “refugee” back into popular use by the vast array of international and national relief agencies” (TABORI, P.: *The Anatomy of Exile*, Harrap, London, 1972, pág. 24). Como consecuencia de dichos acontecimientos, se promovió la utilización del término y, a diferencia de otros tiempos, se convirtió en un tema importante en el ámbito internacional (MARRUS, M.: *The Unwanted: European Refugees in the Twentieth Century*, Oxford University Press, New York, 1985, págs. 8-9).

<sup>72</sup> Para un análisis de este tema puede consultarse MANGAS MARTÍN, A.: *Conflictos armados internos y Derecho internacional humanitario*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990; CASANOVAS I LA ROSA, O.: “Derecho de los Conflictos Armados”, en: Díez de Velasco, M (dir.): *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2003; ABI-SAAB, R.: “Humanitarian Law and Internal Conflicts: The Evolution of Legal Concern”, en *Humanitarian Law of Armed Conflicts: Challenges Ahead*, Kluwer, London, 1991; BOTHE, M. PARTSCH, K Y SOLF, W., *New rules for victims of armed conflicts. Commentary on the Two Protocols Additional to the Geneva Conventions*, Martines Nijhoff Publishers, La Haya, 1982.

de colectivos religiosos y de otros grupos marginados, en busca de las condiciones mínimas de supervivencia en conformidad con el principio de dignidad humana<sup>73</sup>. En este sentido, y con el propósito de hacer frente a esta realidad, las iniciativas de redacción de instrumentos e instituciones específicas para la protección de refugiados se iniciaron en el marco de la protección de la población civil, que huía en masa de los conflictos armados, por lo que se afirma que fue precisamente en este marco, y como consecuencia de los conflictos armados ocurridos en Europa a principios del siglo pasado, cuando se dio origen a este sector del ordenamiento jurídico internacional<sup>74</sup>.

El Derecho internacional de los refugiados en su evolución histórica no ha logrado dar una solución efectiva al problema de los flujos masivos de personas, pues en el proceso de su sistematización ha desarrollado una tendencia individualizadora, impropia de las circunstancias que le vieron nacer y caracterizadas por los grupos de personas exiliadas<sup>75</sup>; por lo que, haciendo una aproximación generalizada, se puede aseverar que la respuesta ante los flujos masivos de personas desplazadas forzosamente se ha centrado, principalmente, en lograr la acogida temporal en los territorios de los Estados receptores, y en procurar la asistencia material a los acogidos temporalmente en los países vecinos<sup>76</sup>,

---

<sup>73</sup> PELÁEZ MARÓN, J. M.: “Refugiados y Comunidad Europea”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coord.): *Refugiados: Derecho y Solidaridad*, Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994, pág. 123.

<sup>74</sup> “La génesis del Derecho internacional de los refugiados esta inexorablemente unida a los conflictos armados. Fueron ellos los que dieron origen a este sector del ordenamiento jurídico internacional. Tras la Revolución soviética y la Primera Guerra Mundial con sus epílogos (guerras del Cáucaso 1918-1921; guerra heleno-turca 1919-1922) comenzaron a aparecer personas en situación de refugiado. Se trataba de refugiados alemanes, austriacos, rusos, armenios, sirios, turcos, para los cuales la Sociedad de Naciones dispuso varias iniciativas que se concretaron en la elaboración de una serie de instrumentos jurídicos internacionales, y en la creación de instituciones específicas para su protección” (PONTE IGLESIAS, M.T.: *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el Derecho internacional actual*, Colección Estudios Internacionales, Tórculo Edicións, Santiago, 2000, pág. 45).

<sup>75</sup> ARENAS HIDALGO, N.: “El sistema europeo de protección temporal. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos masivos de población”, *REDI*, vol. LV, 2003, núm. 2, pág. 748.

<sup>76</sup> “Si la acogida siquiera temporal era entonces el fin primario de la protección, la asistencia internacional para lograr o mantener la acogida en terceros Estados constituía la forma primaria de proteger a la población cuyos derechos hubieran sido violados grave y masivamente en el Estado de origen” (PERAL FERNÁNDEZ, L.: *Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pág. 25). En este sentido, “la intervención de humanidad se configura como el instrumento que el Derecho internacional pone al servicio del Derecho de la humanidad y de los derechos derivados de la noción de dignidad humana, para asegurar su respeto en último extremo y en circunstancias de violación grave y continuada” (PETIT DE GABRIEL, E.: *Las exigencias de humanidad en el Derecho internacional tradicional (1789-1939)*, Tecnos, Madrid, 2003 pág. 110).

sin que pueda hablarse de la existencia de un régimen universal que regule las obligaciones de los Estados, en relación a los grandes grupos de personas que no pueden (por la contingencia que significa un flujo masivo) ser considerados individualmente como refugiados. Este pragmatismo ha producido respuestas diversas, que generan un sinnúmero de inconvenientes y regímenes jurídicos diferentes para las personas que entran a un país (como parte de un grupo) y, a las que no se puede reconocer formalmente como refugiados *stricto sensu*<sup>77</sup>.

Desde el punto de vista práctico, los principales inconvenientes para los protagonistas de los flujos masivos están relacionados con la asistencia material y el alojamiento de las personas que forman parte del grupo. En países como Venezuela, no existen infraestructuras desarrolladas para proporcionar acogida de estas personas, pues en la mayoría de los casos ingresan a zonas en situación de extrema pobreza y marginalidad, que no pueden ofrecer unas condiciones de vida dignas. Aunado a lo anterior, las personas que se desplazan masivamente presentan condiciones delicadas de salud, y debido a las grandes distancias existentes entre los centros hospitalarios en las zonas fronterizas no pueden recibir asistencia médica y muchos de ellos mueren en espera de ayuda.

Desde el punto de vista jurídico, la desatención de los Estados, la falta de documentación y de estatuto legal para los que ingresan como parte de un flujo masivo, restringe la libertad de circulación y los obliga a depender económicamente de la asistencia material que pueda proporcionárseles. Por tanto, al conocer estas realidades los Estados prefieren, ante la falta de recursos para asistir a estas personas, cerrar las fronteras y aplicar políticas restrictivas fundamentadas en la seguridad nacional.

---

<sup>77</sup> Países como Alemania, Holanda y Austria han enfrentado problemas serios de gestión de grandes masas de personas. Por tanto, para ellos y para otros países europeos la protección temporal representaba la solución, pues les permitía, por una parte, limitar la estancia de estas personas; y por otra, reducir en su caso las prestaciones sociales y condicionar las autorizaciones a trabajar cuando fuera necesario. De forma general, les permitía poner en marcha toda una serie de recortes que no eran posibles con sus sistemas nacionales vigentes en materia de asilo, y muchos menos con una aplicación ejemplar de la Convención de Ginebra (CARRASCOSA FERRANDIS, S.: “Flujo masivo de desplazados: comentarios a la primera Directiva europea”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (ed.): *La Revitalización de la protección de los refugiados*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2002, pág. 316).

### 1.1. La protección internacional como respuesta a los flujos masivos de población.

Las consecuencias de la Revolución bolchevique (1917-1920)<sup>78</sup> y la Gran Guerra (1914-1918) representaron un reto para el Derecho internacional clásico. Con la firma del Armisticio con Alemania el 11 de noviembre de 1918 se ponía fin a la Primera Guerra Mundial y se abría un nuevo período en la vida de Europa. La guerra había devastado a las partes contendientes y había tenido graves consecuencias para la población. En este sentido, la existencia de grupos minoritarios en los nuevos países de Europa central ocasionó persecuciones que generaron desplazamientos forzados y refugiados, lo que se constituyó en uno de los mayores problemas que tuvo que enfrentar la Sociedad de Naciones<sup>79</sup>.

Las grandes afluencias masivas y súbitas de personas, que intentaban salvar su vida huyendo hacia países vecinos<sup>80</sup>, y la inexistencia de estándares de protección para estos casos concretos desbordaban lo que hasta ese momento consagraba el término “protección”, entendida como una obligación del Estado del que se es nacional. Así, los Estados estaban obligados a brindar protección interna aquellas personas que se

---

<sup>78</sup> La Revolución iniciada en 1914 trajo pérdidas catastróficas y sufrimientos insoportables para los rusos. Las consecuencias más graves de esta lucha fueron los desplazamientos masivos internos y los millones de refugiados que huían de la guerra. Para un análisis de las causas y de las consecuencias de la Revolución, puede consultarse KATKOV, G.: *Russia 1917 the February Revolution*, London Collins, London, 1969; KOENKER, D.; ROSENBERG, W.: *Strikes and revolution in Russia 1917*, Princeton University Press, Princeton, 1989; MAWDSLEY, E.: *The Russian Civil War*, Allen & Unwin, Boston, 1987.

<sup>79</sup> NOURISSIER, F.: *L'homme humilié: sort des réfugiés et "personnes déplacées" 1912- 1950*, Editions Specs, Paris, 1950, págs. 31-32.

<sup>80</sup> “En líneas generales se aprecia el desarrollo de varias series de movimientos. Una primera ola de refugiados fue la de los rusos que huían del cambio político generado por la revolución bolchevique entre 1917 y 1920, y de la terrible hambruna de 1921. A partir de esta fecha, empieza con auge una segunda corriente identificada como la de las minorías de los Balcanes (armenios, asirios, asirios-caldeos, griegos, turcos, búlgaros, húngaros (...)). Desde principios de los años treinta tiene lugar una tercera oleada de refugiados, provocada por la instauración del Tercer Reich en Alemania y las medidas genocidas de Hitler; ello fue la causa directa de huidas de población principalmente de origen judío, desde Alemania, Austria y Checoslovaquia. La Italia fascista traerá consigo corrientes del mismo tipo y, desde 1939, serán los republicanos españoles una nueva categoría a añadir. A esta situación se sumarán los acontecimientos de 1938, con el Anschluss de Austria y Alemania, estando la guerra a punto de estallar” (TORROJA MATEU, H.: *La asistencia humanitaria en la Organización de las Naciones Unidas: Fundamentos y perspectivas actuales*, Atelier, Barcelona, 2004, pág. 59). Estos acontecimientos impulsaron la creación de las instituciones y de los instrumentos de protección de los refugiados, como se verá en adelante.

encontraban bajo su jurisdicción<sup>81</sup>, pues antes de la Primera Guerra Mundial no existían normas relativas a su protección internacional<sup>82</sup>. Hasta el momento, todos los problemas que estaban relacionados con este tema se resolvían a través del procedimiento de extradición y de forma general por el Derecho penal internacional<sup>83</sup>, que es derecho interno.

En este sentido, y con el propósito de solventar las situaciones de emergencia desencadenadas por la huida en masa de personas, la Sociedad de Naciones inició, en el marco de la cooperación internacional y como respuesta humanitaria, la protección de grupos de personas que huían en afluencia masiva de sus países de origen como consecuencia de la intolerancia que frente a las minorías étnicas mostraban los nuevos Estados de Europa central, logrando de esta manera internacionalizar la preocupación por las personas carentes de protección nacional. En palabras de TORROJA MATEU<sup>84</sup>, el problema y su internacionalización vinieron cuando las dimensiones de la afluencia de los refugiados sobrepasaron las capacidades del Estado receptor y de las agencias privadas.

En este orden de cosas, la Sociedad de Naciones elaboró un primer instrumento jurídico llamado *Acuerdo relativo a la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos*, de 5 de julio de 1922<sup>85</sup>, que tuvo como objetivo principal proteger a la corriente de 800.000 rusos que se vieron obligados a huir de su país a causa de la

---

<sup>81</sup> FORTIN A.: “The meaning of protection in the Refugee definition”, en *IJRL*, vol. 12, núm. 4, 2000, pág. 348 y 352.

<sup>82</sup>“(…) [t]he primary obligation to afford protection rest within the home country. But if a State is nonetheless unable or unwilling to afford fundamental protection to particular individuals or groups, it has for long been recognized that ultimate responsibility for the protection of refugees rests with the international community, hence, the related concept of international protection” (EINARSEN, T.: “Mass Flight: The Case for International Asylum”, en *IJRL*, vol. 7, núm. 4, 1995, págs. 557-558).

<sup>83</sup> Sobre el tema GRAHL-MADSEN, A.: “The European tradition of asylum and the development of refugee law”, *Journal of Peace Research*, 1966, págs. 278-289.

<sup>84</sup> TORROJA MATEU, H.: *La asistencia humanitaria...*, cit., pág. 59.

<sup>85</sup> *Arreglo relativo a la concesión de certificados de identidad a los refugiados rusos*, de 1922, SDN: *Recueil de Tráites*, vol. XIII, núm. 355. Este acuerdo, aunque con un alcance jurídico poco definido, proponía a los Estados emitir un certificado de identidad para los refugiados rusos que estuviesen en su territorio, documento que se conoció como Pasaporte Nansen. Al respecto, HOLBORN, L.: *Refugees: A problem of our time: The work of the United Nations High Commissioner for Refugees, 1951-1972*, The Scarecrow Press, Metuchen, New Jersey, vol. I, 1975, pág. 9.

Revolución de 1917. Este instrumento fue seguido del *Acuerdo relativo a la creación de certificados de identidad para los refugiados armenios*<sup>86</sup>, de 31 de mayo de 1924<sup>87</sup>. Ambos acuerdos fueron enmendados y completados por el *Acuerdo sobre la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos y armenios*, de 12 de mayo de 1926<sup>88</sup>, en el cual la protección consistía básicamente en el otorgamiento del certificado de identidad<sup>89</sup>, y estaba sujeta a la aplicabilidad de la definición jurídica del refugiado, que había sido establecida en los siguientes términos:

“En lo relativo a la definición de la cualidad de refugiado, la Conferencia adopta las definiciones siguientes: Ruso: Toda persona de origen ruso que no goza o no goza más de la protección del Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y que no ha adquirido otra nacionalidad. Armenio: Toda persona de origen armenio que no goza o no goza más de la protección del gobierno de la República Turca y que no ha adquirido otra nacionalidad”.

Al respecto, MARIÑO MENÉNDEZ<sup>90</sup> explica que esta definición se construyó sobre la base de tres elementos: el origen nacional o étnico de las personas protegidas (rusos y armenios), la ausencia de protección del país de origen y el hecho de que las personas protegidas no hubieran adquirido otra nacionalidad. Por ello, con fundamento en la definición y en los elementos señalados por el autor, resulta claro que la norma transcrita poseía un objetivo específico y un alcance limitado que impedía su aplicabilidad a circunstancias y personas diferentes de las mencionadas en dicho

---

<sup>86</sup> A partir de 1915, los armenios fueron perseguidos por los otomanos: alrededor de 3 millones de armenios fueron asesinados y la mayoría se encontraban en una difícil situación dentro de la sociedad turca. A partir de 1923, con la caída del Imperio, los armenios se convirtieron en apátridas y comenzaron a abandonar la “nueva Turquía” en busca de protección. Vid. LANG, M.: *Armenia: Cradle of Civilization*, Allen & Unwin, London, 1979, págs. 287-289.

<sup>87</sup> *Arreglo relativo al estatuto legal de los refugiados rusos y armenios*, de 1924, SDN: *Recueil de Traités*, vol. LXXXIX, núm. 2005.

<sup>88</sup> *Arreglo relativo a la concesión de certificados de identidad a los refugiados rusos y armenios*, que completa y modifica los Arreglos de 5 de julio de 1922 y de 31 de mayo de 1924, de 1926, SDN: *Recueil de Traités*, vol. LXXXIX, núm. 2004.

<sup>89</sup> Para un análisis de su contenido, JAEGER, G.: “Les Nations Unies et les réfugiés”, en A.A.V.V.: *La reconnaissance de la qualité de réfugié et l’octroi de l’asile*, Université de Bruxelles, Bruylant, 1990, pág. 29.

<sup>90</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “El concepto de refugiado en un contexto de Derecho internacional general”, en *REDI*, núm. 2, 1983, pág. 339.



instrumento de protección. Por ello, PONTE IGLESIAS<sup>91</sup> sostiene que la definición contenida en este instrumento se caracteriza por ser una definición pragmática de refugiado, en la que no se consideraron las razones por las cuales las persona había abandonado su país de origen, desvinculando de esta manera la cualidad de refugiado de la existencia de tales razones y motivaciones.

Sobre este particular, resulta importante precisar que la consideración de un individuo como persona no protegida por su país de nacionalidad y el hecho de no poseer otra nacionalidad, le hacía sujeto de protección internacional y le convertían en refugiado. Desde el punto de vista funcional y operativo, esta definición, incluida en el *Acuerdo de 1926*, implicó un avance importante para solventar las emergencias, al permitir la identificación de las personas que, por sus orígenes nacionales, debían ser protegidas en caso de flujo masivos de personas, mediante el otorgamiento de un instrumento legal que permitía a los Estados receptores identificar a los beneficiarios, lo que posibilitaba la aplicación de una determinación *prima facie* como refugiados<sup>92</sup>.

Los desplazamientos en masa tras la adopción de estos primeros instrumentos (relativos a los rusos y los armenios) continuaron provocando situaciones complicadas en las cuales el drama humanitario resultaba incontrolable, lo que puso en evidencia la necesidad de adoptar nuevos acuerdos que ampliaran la categoría de personas beneficiadas pues resultaba imposible la aplicabilidad de los ya creados. A tal fin, se convocó una Conferencia en Ginebra en la que, entre otros, se adoptó el *Acuerdo relativo al estatuto legal de los refugiados rusos y armenios*, de 30 de junio de 1928<sup>93</sup>, que amplió las categorías existentes de refugiados y en cierta manera extendió el

---

<sup>91</sup> PONTE IGLESIAS, M. T.: *Conflictos armados...*, cit., pág. 64.

<sup>92</sup> Al respecto, afirma JACKSON que los varios elementos que caracterizaron el éxodo de rusos daban lugar a la determinación *prima facie*, para la cual lo importante no eran las causas de huida, sino el hecho de no poseer la protección del gobierno de las Repúblicas Socialistas Soviéticas y no haber adquirido otra nacionalidad, lo cual estaba planteado en la definición amplia para identificar a los refugiados rusos del Acuerdo sobre la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos y armenios de 12 de mayo de 1926 (JACKSON, I.: *The Refugee Concept in Group Situation*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/Boston, 1999, págs. 12-13).

<sup>93</sup> *Acuerdo relativo a la extensión a otras categorías de ciertas medidas adoptadas en favor de los rusos y armenios*, de 1928. SDN: *Recueil de Traités*, vol. LXXXIX, núm. 2006.

contenido de la protección internacional otorgada por los acuerdos anteriores<sup>94</sup>, incluyendo la prestación de asistencia jurídica a las personas protegidas que, en función de la extensión efectuada, resultaba aplicable a los refugiados asirios, asirio-caldeos, sirios, kurdos y turcos.

Con el transcurso del tiempo, las situaciones que generaban los flujos<sup>95</sup> continuaban y cada vez más países y más grupos de personas resultaban afectados por las diferentes situaciones<sup>96</sup>. Las personas continuaban desplazándose en grupos y en flujos masivos, pero los Acuerdos existentes resultaban inaplicables a las nuevas categorías de personas, poniendo de relieve que la regulación relativa a los refugiados no podía seguir produciéndose de forma simultánea o *a posteriori* al surgimiento de los

---

<sup>94</sup> En este instrumento se recomendó al Alto Comisionado cumplir funciones casi consulares con respecto a estos refugiados (Van HEUVEN GOEDHARD, G.J.: "The Problem of Refugees," en *RCADI*, vol. 82-I, 1953, pág. 286). Con el mecanismo del Sello Nansen sobre el Pasaporte Nansen los refugiados adquirieron cierto estatuto legal permitiendo que las instituciones pudiesen, en función de su falta de protección nacional ejercer funciones consulares frente a ellos, prestándoles protección (HOLBORN, L.: *Refugees: A problem of our time...*, cit., pág. 9). Al respecto, es importante precisar que para la fecha, la técnica jurídica empleada en estos instrumentos fue la de meras recomendaciones. Por tanto eran instrumentos que no generaban obligaciones para los Estados: "The Arrangements of 1922, 1924, 1926 and 1928 concerning the issue of Identity Certificates (so-called 'Nansen Passports') to various groups of refugees were recommendations. So also was the Arrangement of 30 June 1928 relating to the Legal Status of Russian and Armenian Refugees which, was the first international instrument of it's kind. As the last mentioned Arrangement was only a recommendation, a separate Agreement was signed between France and Belgium on the same day concerning the 'quasi-consular' service rendered by the Representatives of the League of Nations High Commission for Refugees. In the Agreement the Contracting States expressly consented to the rendering of these services in their territory, thereby giving the documents and certificates issued by the High Commissioner's Representatives the official value of consular documents" (UNHCR: *Colloquium on the development in the law of refugees with particular reference to the 1951 Convention and the Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees: Background paper submitted by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, Palais des Nations, Geneva, Switzerland, 1965, MHCR/23/65; 67-1809 de 28 April 1965, Villa Serbelloni Bellagio, Italy from 21 - 28 April 1965, párr. 29).

<sup>95</sup> En el período de entreguerras la justificación de los flujos de refugiados estaba principalmente fundamentada en la existencia y proliferación de gobiernos totalitarios que demandaban total obediencia para con sus ciudadanos. Ejemplos de este tipo de gobiernos son el nacional-socialista alemán y el comunista ruso (SIMPSON, Sir. J.H.: *The refugee problem: Report of a Survey*, London, Oxford University Press, 1939, pág.5). Sin embargo, SKRAN considera que una mejor explicación de las causas de los flujos de refugiados estaría más bien vinculada a "(...) [r]evolutionary changes and major political upheavals within a country", pues considera que un alto porcentaje de "country's people" participan en ellos (SKRAN, C.: *Refugee in interwar Europe: The emergence of a Regime*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pág. 17).

<sup>96</sup> El advenimiento del nacional-socialismo en Alemania a principios de los años treinta produjo nuevas categorías de refugiados, en este caso los judíos "no-arios" y los opositores al régimen. De esta manera, y como consecuencia de las medidas genocidas de Hitler, grandes masas de población huyeron desde Alemania, Austria y Checoslovaquia. En igual sentido, la Italia fascista motivó los desplazamientos forzados de personas. En respuesta a esta contingencia muchos países abrieron sus fronteras para recibir y asistir a estas personas de origen judío. Entre estos países destacan Bélgica, Francia, Hungría, Polonia, Países Bajos y Suiza. *Vid.* TORROJA MATEUS, H.: *La asistencia humanitaria...*, cit., págs. 59-64.

problemas que implicaban las afluencias masivas. En este contexto, surgió la necesidad de sistematización de los acuerdos de protección existentes<sup>97</sup> a fin de unificar las diversas categorías de beneficiarios de la protección internacional y crear un único estatuto de refugiado. De esta sistematización, y con el propósito de resolver problemas jurídicos, como aquellos relacionados con los documentos de viaje o con los actos civiles como el matrimonio, surge la *Convención relativa al Estatuto Internacional de los Refugiados*, de 28 de octubre de 1933<sup>98</sup>, aplicable en principio a los refugiados rusos y armenios, y por aplicación extensiva a otras categorías de personas, como por ejemplo a los refugiados españoles en Francia<sup>99</sup>.

Otro de los flujos de población a gran escala a los que tuvo que hacer frente el Derecho internacional de los refugiados de esta época fue la protección de los refugiados provenientes de Alemania, para cuya protección se debió adoptar un nuevo instrumento internacional convencional, que recibió el nombre de *Acuerdo provisional relativo a la condición de los refugiados procedentes de Alemania*, de 4 de julio de 1936, completado posteriormente por la *Convención concerniente a la condición de refugiados procedentes de Alemania*, de 10 de febrero de 1938<sup>100</sup> y el *Protocolo adicional a la Convención de 1938*<sup>101</sup>. Este instrumento, además de hacer referencia a

---

<sup>97</sup> Los acuerdos redactados hasta la fecha eran el *Acuerdo relativo a la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos*, de 5 de julio de 1922; el *Arreglo relativo a la creación de certificados de identidad para los refugiados armenios*, de 31 de mayo de 1924, y el *Acuerdo sobre la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos y armenios*, de 12 de mayo de 1926. Además del Acuerdo por medio del cual se extendían ciertas medidas tomadas a favor de los refugiados rusos y armenios y otras categorías de refugiados, redactado el 30 de junio de 1928.

<sup>98</sup> *Convención relativa al Estatuto Internacional de los Refugiados*, de 28 de octubre de 1933, SDN: *Recueil des Traités*, vol. CLIX, núm. 3663.

<sup>99</sup> Vid. *Ordonnance num. 45-766*, du 15 de mars 1945, citada en FITZPATRICK, F.: "Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime", en *AJIL*, vol. 94, núm. 2, 2000, pág. 282. Desde los inicios de la Guerra Civil muchas personas comenzaron a cruzar la frontera hacia Francia. Desde 1936, y como consecuencia de la conquista de la costa norte de España por las tropas de Franco, más de 2000 personas llegaron a Hendaya en Francia, en agosto de 1936. Sin embargo, fue al final de la contienda, con la victoria de las fuerzas nacionalistas de Franco, apoyadas por Alemania e Italia, cuando se produjo el mayor flujo de refugiados. En este orden, para finales de 1939 la comisión del Ministerio de Relaciones Exteriores Francés estimó en 34.0000 los refugiados españoles en Francia. Para marzo del siguiente año la cifra había aumentado a 44.0000 (SIMPSON, Sir. J.H.: *The refugee problem...*, cit., pág. 57). Para un estudio detallado de la Guerra Civil española, puede consultarse STEIN, L.: *Beyond Death and Exile: The Spanish Republicans in France, 1939-55*, Harvard University Press, Cambridge, 1979.

<sup>100</sup> *Convención relativa al estatuto de los refugiados procedentes de Alemania*, de 1938, SDN: *Recueil des Traités*, vol. CXCI, núm. 4461.

<sup>101</sup> *Protocolo adicional a la Convención de 1938 relativa al estatuto de los refugiados procedentes de Alemania*, de 1939, SDN: *Recueil de Traités*, vol. CXCVIII, núm. 4634. Respecto a la técnica jurídica de

las cláusulas de inclusión, relativas a la nacionalidad y el origen geográfico de los protegidos, contenía una cláusula que permitía excluir a las personas que habían abandonado Alemania por razones de conveniencia personal. Esta disposición trajo como consecuencia la necesidad de establecer un procedimiento de determinación individual de la condición de refugiado<sup>102</sup> que permitiera determinar la razón por la cual habían abandonado Alemania, aun cuando, de forma general, la determinación de una persona como refugiado continuaba relacionada a la protección de grupos de personas que huían de determinados países; en este caso concreto, a los que huían de Alemania<sup>103</sup>.

Al respecto, es necesario precisar que todos los instrumentos de protección de los refugiados que huían en flujos masivos antes señalados poseían un alcance territorial limitado, y proporcionaban una protección referida a actividades en concreto. No obstante, lo que resultaba necesario para la aplicación de estos instrumentos (al igual que lo fuera para aquellos primeros que protegían a los refugiados rusos y armenios) era cumplir con las condiciones de estar fuera de su país, estar privados de la protección de su país de origen o residencia y no haber adquirido otra nacionalidad<sup>104</sup>.

Los instrumentos jurídicos redactados entre 1922 y 1939 contenían normas relativas a la protección de los refugiados, relacionados con la protección de grupos con nacionalidades específicas y por un tiempo determinado. Estos instrumentos se constituyeron en las primeras repuestas normativas ante los flujos masivos de personas y entre ellos se destacan las disposiciones relativas a la definición de refugiado, que podrían parecer al principio simples ejercicios semánticos pero, al estar incluidas en

---

estos instrumentos se debe mencionar que, a diferencia de los primeros acuerdos, “[t]he Convention of 1933, the Arrangement of 1936, the Convention of 1938 and the Additional Protocol of 1939 were of this type and imposed binding legal obligations” (UNHCR: *Colloquium on the development in the law of refugees...*, cit., párr. 29).

<sup>102</sup> AGA KHAN, S.: “Legal problems relating to refugees and displaced persons”, en *RCADI*, vol. 149-I, 1976, pág. 297.

<sup>103</sup> Al respecto, MARRUS, M.: “Introduction”, en BRAMWELL, A. (ed.): *Refugees in the Age of Total War*, Unwin Hyman, London, 1988, págs. 1-3. Para estudiar el tema con más detalle BENTWICH, N.: *The refugees from Germany: April 1933 to December 1935*, Allen & Unwin, London, 1936.

<sup>104</sup> ALLAND, D: “Le dispositif international du Droit de l’asile. Rapport général”, en *SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL: Droit d’asile et des réfugiés*, Colloque du Caen, Pédone, Paris, 1997, pág. 25.

instrumentos jurídicos internacionales, establecieron ciertas obligaciones de los Estados para con los refugiados, concernientes a su reconocimiento y sus derechos relativos al otorgamiento del estatuto<sup>105</sup>. No obstante, a pesar de este importante desarrollo, ninguno de ellos estableció el derecho de los refugiados a ser territorialmente acogidos por un Estado en particular.

De lo anterior se deduce que, en la época de la Sociedad de Naciones, los refugiados y los flujos masivos en los que ellos muchas veces se manifestaban, estuvieron definidos por categorías relacionadas con su país de origen; por lo que su determinación, que dependía únicamente de la voluntad soberana del Estado receptor, consistió en una determinación colectiva y *prima facie* como refugiado, no siendo relevante si las personas que pertenecían al grupo eran víctimas o no de persecución, en el sentido en que se define hoy en día a un refugiado<sup>106</sup>. En este orden de ideas:

“[t]he practice of the League of Nations in dealing with refugees groups also illustrates the problem of the relationship between *prima facie* determination of group refugee character and the refugee status of individual members of the group. An explanation will, therefore, also be given of the manner in which the individual members of these various refugee groups were enabled individually to claim refugee status”<sup>107</sup>.

Por tanto, desde el punto de vista normativo, se ha dicho que, gracias a estos instrumentos jurídicos, los refugiados comenzaron a ser protegidos por el Derecho

---

<sup>105</sup> Las Convenciones de 1933 y 1938 son consideradas como los principales instrumentos concernientes a los refugiados de la época de entreguerras. Los mismos poseen la característica común de definir a los refugiados de acuerdo con el grupo étnico o el país de origen, protegiendo a los rusos y armenios y a los alemanes respectivamente (SKRAN, C.: *Refugee in interwar Europe...*, cit., pág. 179).

<sup>106</sup> “Under the League of Nations, an individual applicant for refugee status did not have to substantiate his claim- as is the case today- by a full and detailed explanation of the reasons wh he had left, or did not wish to return, to his country of origin, since these reasons were, to a large extent, already taken into account in the general determination of the refugee character of the particular group. This general group determination, therefore, created a type of *prima facie* presumption that the individual members of the group were refugees.” (JACKSON, I.: *The Refugee Concept...*, cit., pág. 1).

<sup>107</sup> JACKSON, I.: *The Refugee Concept...*, cit., pág. 11. En relación a la diferencia esencial entre la determinación individual y la determinación grupal *prima facie* SCHNYDER afirma que: “*prima facie* group determination is not purely and simple equivalent to the sun of eligibilities of the members of the group pronounced on an individual basis. In the case of group determination we are confronted with a mass of people who flee the consequences of political events in which they have not necessarily participated. In the case of individual determination a person claims to have been individually the victim of, or threatened personally by, persecution” (SCHNYDER, F.: “Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés”, en *RCADI*, vol. 114-I, 1965, págs. 440).

internacional<sup>108</sup>, a través de la búsqueda del reconocimiento de un estatuto jurídico concreto<sup>109</sup> y como integrantes de grupos que, en gran parte de los casos, se manifestaban en afluencia masiva.

## **1.2. La creación de instituciones de asistencia y protección para los grupos de refugiados.**

En la práctica internacional relativa a la solución de los problemas internacionales humanitarios es una constante el desarrollo paralelo de dos formas de cooperación interrelacionadas: el establecimiento de principios y normas jurídicas humanitarias y la creación de instituciones humanitarias encargados de solucionar tales problemas<sup>110</sup>. Así, luego de analizar el desarrollo de los primeros instrumentos jurídicos relacionados con la protección de los refugiados, es importante señalar que la protección y la asistencia en favor de los refugiados, trajo aparejada la creación de instituciones específicas para la protección de los mismos<sup>111</sup>.

En la etapa inicial de la protección de los refugiados la creación de las instituciones de asistencia comenzó con el Alto Comisionado (1921-1931), que

---

<sup>108</sup> BETTATI, M.: “Le statut juridique du réfugié en Droit International”, en CONSTANTOPOULOS, S.: *The Refugee Problem on Universal, Regional, and National Level*, Thesaurus Acroasium of the IPILIR of Thessaloniki, Thessaloniki, vol. XIII, 1987, pág. 97. En sentido contrario, MIAJA DE LA MUELA calificó estos instrumentos como “simples paliativos a la situación de indocumentación e inmovilidad de sus destinatarios, con leves pinceladas acerca de la regulación de su situación jurídica en el país de residencia” (MIAJA DE LA MUELA, A.: “Notas al Estatuto de los Refugiados”, en *REDI*, vol. V, núm. 1, 1952, pág. 135).

<sup>109</sup> En la etapa inicial de la protección de los refugiados se otorgó especial consideración a la búsqueda de soluciones al problema de los refugiados. En este sentido, los esfuerzos estaban encaminados a tratar de reconocerles un estatuto jurídico internacional, buscando que los Estados de acogida les garantizaran determinados derechos. Esta función se solía denominar protección legal y política de los refugiados (TORROJA MATEU, H.: *La asistencia humanitaria...*, cit., pág. 66).

<sup>110</sup> MACALISTER-SMITH, P.: *International Humanitarian Assistance: Disaster Relief Actions in International Law and Organization*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985, pág. 148.

<sup>111</sup> Esta categoría de instituciones internacionales destinadas a cubrir necesidades materiales humanas fueron las primeras en su naturaleza y surgieron históricamente en relación con la protección territorial de grandes grupos de refugiados. Para PERAL FERNÁNDEZ, la creación de estas instituciones no se trata sólo “(...) [d]e un conjunto de reacciones internacionales ante nuevos desafíos, sino de una evolución del Derecho en la que confluyen diversos procesos históricos”. Por ello considera que la relevancia del Derecho internacional de los refugiados se cifra precisamente en la aparición, bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones, de instituciones internacionales para asistir a los refugiados (PERAL FERNÁNDEZ, L.: *Éxodos masivos...*, cit., pág. 17).

representó la primera institución de protección internacional relativa a los refugiados. Dicha organismo fue sustituida por la Oficina Nansen (1931-1938), la cual trabajó en paralelo con el Alto Comisionado independiente para los refugiados alemanes (1933-1935). Ambas instituciones fueron sustituidas por el Alto Comisionado en 1939, que tuvo el apoyo del Comité Intergubernamental para los refugiados (1938-1946), cuyas actividades fueron luego unificadas en el mandato de la Organización Internacional de los refugiados, creada en 1946, la cual representa el antecedente más próximo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (1949), en lo que a institución específica para la protección de refugiados se refiere.

Estas instituciones de asistencia (al igual que ocurría con los acuerdos de protección) limitaban sus actividades a la protección de los refugiados o grupos de ellos, actuaban de manera aislada y en situaciones particulares. No obstante, poseían como vínculo común con los acuerdos de protección su objeto y función, que estaba dirigido a proteger a las personas que no podían recibir protección de su estado nacional o de residencia<sup>112</sup>.

De esta manera, el surgimiento de estas instituciones comenzó en el marco de la cooperación internacional, cuando el Comité Internacional de la Cruz Roja y las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja se manifestaron ante el Consejo de la Sociedad de Naciones a favor de la creación de un Comisionado General que pudiera coordinar las labores de asistencia a tantas personas<sup>113</sup>. Desde una perspectiva general, relativa a la solución de problemas humanitarios, se crea la primera institución con el propósito de hacer frente a las situaciones desbordantes, pero sólo para el caso de los refugiados rusos<sup>114</sup>, y surge así, en junio de 1921, el primer Alto Comisionado, institución a la cual

---

<sup>112</sup> En este sentido, las actividades de las instituciones internacionales destinadas a la protección de los grandes grupos de refugiados, en su intento de “aliviar la carga del Estado de acogida repercutían así en beneficio de quienes habían abandonado con urgencia, para preservar la vida o la libertad, el Estado en que residían” (PERAL FERNÁNDEZ, L.: *Éxodos masivos...*, cit., pág. 17).

<sup>113</sup> GRAHL-MADSEN, A.: “The Emergent International Law relating to Refugees: Past-Present-Future”, CONSTANTOPOULUS, S. (dir.): *The Refugee Problem...*, cit., pág. 175.

<sup>114</sup> La cooperación internacional fue la respuesta inmediata. Se creó el primer Alto Comisionado para el caso de los refugiados rusos por causa de la Revolución Bolchevique y Fridtjof Nansen fue nombrado Alto Comisionado de la Sociedad de Naciones para los refugiados rusos. Por tanto, más que protección, el mandato del Alto Comisionado se limitaba a solventar las necesidades puntuales de personas. Concretamente la Sociedad de Naciones dispuso una serie de iniciativas con el fin de asistir a ciudadanos alemanes, austriacos, rusos, armenios, sirios, turcos, que huían de sus respectivos países en busca de

se encargó la protección de las personas perseguidas, dando origen al llamado Derecho institucional de los refugiados<sup>115</sup>, que impulsó el Derecho sustantivo que hemos analizado previamente<sup>116</sup>, y cuyo contenido esencial es el actual estatuto de refugiado, desarrollado en la Convención de 1951.

Con un mandato más amplio que el Alto Comisionado de 1921, la Asamblea General de la Sociedad de Naciones creó, el 30 de septiembre de 1931, la Oficina Internacional para los Refugiados, conocida como la *Oficina Nansen*, que funcionó desde el 1 de abril de 1931 hasta el 31 de diciembre de 1938 como principal organismo encargada de la asistencia y protección de los refugiados<sup>117</sup>. En 1933, en respuesta a la crisis de refugiados alemanes, producto de la persecución por gobierno nazi de los disidentes políticos y los judíos se creó un éxodo masivo que hizo necesario que la misma Asamblea nombrara un Alto Comisionado independiente para los refugiados provenientes de Alemania, que se mantuvo en funciones hasta 1935. Estas dos

---

protección a países vecinos. Al respecto, es importante precisar que esta organización dependía directamente de la entonces Sociedad de Naciones, lo que la convierte por tanto, en el primer antecedente de lo que actualmente es el ACNUR. Las funciones del Alto Comisionado estaban referidas a definir el estatus legal de los refugiados, organizar su repatriación o reubicación en países de reasentamiento y, junto con otras organizaciones, proveer la asistencia necesaria, requerida para la obtención de documentos de identidad y otros aspectos de la situación de emergencia de los beneficiarios. En 1924, dicho mandato se extendió a los armenios, cuyo éxodo se había reiniciado en 1921, y luego, en 1926, a los asirios y asirio-caldeos, y a un grupo de ciento cincuenta personas de origen turco a quienes, bajo los términos del Protocolo de Lausanne, de 24 de julio de 1923, se impidió retornar a su país de origen. Al respecto, GOODWIN-GILL, G. S.: *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, págs. 206-207; SCHNYDER, F.: “Les aspects juridiques actuels...”, cit., págs. 339-446.

<sup>115</sup> La división fue propuesta por SCHNYDER, quien analizó el Derecho internacional de los refugiados diferenciando el Derecho sustantivo de los refugiados, que comprende los instrumentos jurídicos relativos al estatuto del refugiado, y el Derecho institucional, integrado por el conjunto de órganos u organismos internacionales creados a favor de los refugiados, además de las funciones propias de los mismos (SCHNYDER, F.: “Les aspects juridiques actuels...”, cit., pág. 346).

<sup>116</sup> Vid. *Acuerdo relativo a la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos*, de 5 de julio de 1922; *el Arreglo relativo a la creación de certificados de identidad para los refugiados armenios*, de 31 de mayo de 1924, *el Acuerdo sobre la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos y armenios*, de 12 de mayo de 1926; *el Acuerdo por medio del cual se extendían ciertas medidas tomadas a favor de los refugiados rusos y armenios y otras categorías de refugiados*, redactado el 30 de junio de 1928; *la Convención relativa al Estatuto Internacional de los Refugiados*, de 28 de octubre de 1933; *el Acuerdo provisional relativo a la condición de los refugiados procedentes de Alemania*, de 4 de julio de 1936; *Convención concerniente a la condición de refugiados procedentes de Alemania*, de 10 de febrero de 1938 y *el Protocolo adicional a la Convención de 1938*.

<sup>117</sup> Esta oficina no estaba dirigida por un Alto Comisionado: su administración y organización dependía de un Cuerpo de Gobierno y un Comité Gerencial. Sobre la organización y funcionamiento de la oficina puede consultarse: *Constitution of the Nansen International Office for Refugees*, Official Journal, Annex 1263, February 1931, págs. 308-311.



instituciones fueron sustituidas por un Alto Comisionado Único en 1939, cuyo mandato fue extendido a los refugiados checoslovacos y austriacos<sup>118</sup>.

El desarrollo institucional para la protección de los refugiados también tuvo importantes aportaciones. En este sentido, y como una iniciativa del presidente estadounidense Franklin Roosevelt, algunos países se reunieron en Evian, en julio de 1938, para crear un organismo que asegurara la emigración de cuantos quisieran abandonar los territorios ocupados por Alemania, dando origen al Comité Intergubernamental para los Refugiados (*Intergovernmental Committee for Refugees*), que contó con la participación de treinta y un Gobiernos y una Secretaría en Londres. Este Comité trabajó en estrecha cooperación con el Alto Comisionado de la Sociedad de Naciones para los Refugiados, creado el 30 de septiembre de 1938<sup>119</sup> y su finalidad principal estaba encaminada a ayudar a los alemanes y austriacos que deseaban abandonar su país de origen por motivos de persecución, fundamentada en el hecho de no ser partidarios del régimen nazi, o por pertenecer a grupos raciales diferentes del ario germano.

En 1943, el mandato de este Comité se amplió para proteger a toda persona, independientemente del lugar donde se encontraba y que, como consecuencia de los acontecimientos ocurridos en Europa, se habían visto obligada a abandonar su país en razón de los peligros que ponían en riesgo su vida o su libertad (a causa de su raza, de su religión o de sus opiniones políticas). De esta manera, se protegió a personas que por circunstancias concretas huían de su país de origen o de residencia<sup>120</sup>. No obstante, a pesar de esta ampliación de su mandato, se ha subrayado que el mismo era muy limitado, puesto que se trataba de una institución creada al margen de la Sociedad de Naciones y sus resoluciones no expresaban una concepción general<sup>121</sup>. Sin embargo,

---

<sup>118</sup> Para detalles de estas instituciones véase, SKRAN, C.: "Profiles of the First Two High Commissioners", en *Journal Refugee Studies*, vol. 1, 1988, págs. 277-296.

<sup>119</sup> Vid. ESTORIK, E.: "The Evian Conference and the Intergovernmental Committee", en *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, núm. 203, May 1939, Washington, págs. 142-154.

<sup>120</sup> Sobre el tema, SJÖBERG, T.: *The Power and the Persecuted: The Refugee Problem and the Intergovernmental Committee on Refugees 1938-1947*, Lund University Press, Lund, 1991.

<sup>121</sup> Vid. GALINSOGA JORDÁ, A.: "El Estatuto de los refugiados en el Derecho internacional contemporáneo", en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coord.): *Refugiados: Derecho y solidaridad*, Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1984, pág. 49.

todas las actividades desarrolladas por este Comité fueron posteriormente asumidas por la Organización Internacional de los Refugiados, creada en julio de 1946<sup>122</sup>.

En este sentido, la creación de estas instituciones y la formulación de los acuerdos de protección en el período de entreguerras, constituyeron una fórmula adecuada para la protección de grupos de personas que huían de sus países de origen o de residencia, pues vinculaba la cooperación de las instituciones humanitarias que trabajaban para hacer más efectiva la protección de los grupos<sup>123</sup>. No obstante, ni la redacción de los instrumentos, ni el trabajo de estas instituciones, ni la interrelación entre los unos y las otras promovieron el desarrollo de un régimen común de protección internacional para los refugiados.

Por tanto, en la época de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945)<sup>124</sup>, cuando nuevamente se tuvo que hacer frente al problema de los desplazamientos masivos, no se contaba con un sistema de protección que estableciera obligaciones estatales respecto a los refugiados o grupos de ellos, ya que el procedimiento de determinación individualizado establecido en la Convención concerniente a la condición de refugiados procedentes de Alemania, de 10 de febrero de 1938, no pudo ser aplicado debido a la magnitud de los flujos de personas que huían de las hostilidades.

En la etapa inicial de la protección de los refugiados se hicieron demasiados esfuerzos en mantener la neutralidad en el otorgamiento de la protección internacional; por esta razón, al intentar abstraer el concepto de refugiado de la política y de las tensiones de poder de la época, se hizo imposible llegar a un acuerdo entre los países

---

<sup>122</sup> Constitución de la Organización Internacional para los Refugiados, de 1946, texto en Resolución AGNU 62 (I), Anexo. Para profundizar sobre esta organización, REUT-NICOLUSSI, E.: "Displaced persons and International Law", en *RCADI*, vol. 73- II, 1948, págs. 1-68.

<sup>123</sup> El Alto Comisionado para los Refugiados Rusos tuvo como principal función proteger a las personas que carecían de la protección jurídica de sus países de origen o primera residencia. En relación a éste último caso, se hacía referencia a aquellos que hubiesen sido privados de su nacionalidad, lo que quiere decir que en la época entreguerras se protegió a los apátridas permitiéndoles acceder a la condición de refugiado por carecer de protección en los países donde habían residido. *Vid.* HOLBORN, L.: *Refugees: A problem of our time...*, cit., pág. 9.

<sup>124</sup> "The Second War and the immediate post-war period produced the largest population displacement in modern history. In May 1945, over 40 million people were estimated to be displaced in Europe, excluding Germans who fled the advancing Soviet armies in the east and foreign forced laborers in Germany itself" (UNHCR: *The State of the World's Refugees 2000: Fifty years of Humanitarian Action*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pág. 13).

respecto a las obligaciones. Entre tanto, las respuestas estuvieron marcadas por los temores de los Estados a la recepción de las afluencias masivas más que por las necesidades de las personas que solicitaban protección.

Por ello, el desarrollo normativo e institucional de esta etapa inicial de la protección de los refugiados, a pesar de proteger a grupos determinados de personas, no logró unificar respuestas de cada una de las situaciones de emergencia producidas por flujos masivos. Por el contrario, este desarrollo se caracterizó por las soluciones coyunturales e improvisadas respecto de cada situación y la proliferación de las instituciones y los acuerdos relacionados con la protección de refugiados de esta época. No obstante, es preciso resaltar que los esfuerzos estuvieron encaminados a lograr, por lo menos, la acogida temporal de los beneficiarios de los acuerdos y el desarrollo de las actividades de las instituciones creadas para la protección de los refugiados.

La normativa internacional comenzó a evolucionar en función de la proliferación de los desplazamientos en este caso, los producidos por la Segunda Guerra Mundial, que se convirtieron en grandes flujos de personas que huyeron de sus países de origen en busca de protección. En este orden de ideas y como respuesta a las problemáticas existentes, se creó la Administración de Naciones Unidas para el Auxilio y la Rehabilitación<sup>125</sup>, cuya contribución fue prestar asistencia a las personas desplazadas a consecuencia de la guerra, con el propósito de garantizar su repatriación o su retorno a lugares seguros: “With a broad mandate to assist in the relief and rehabilitation of devastated areas, UNRRA was not created specifically as a refugee agency. It assisted all who have been displaced by the war and not only refugees who had fled their countries. In 1944-45, UNRRA provided emergency assistance to thousands of refugees and displaced persons in areas under Allied control, although the Soviet Union did not permit UNRAA to operate in the Soviet zone”<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> Acuerdo de Washington sobre la creación de la UNRRA, de 1943, texto en WOODBRIDGE, G.: *The History of the United Nations Relief and Rehabilitation Administration*, Columbia University Press, Nueva York, vol. II, 1950, pág. 23 y ss.

<sup>126</sup> UNHCR: *The State of the World's Refugees 2000...*, cit., pág. 14. Un estudio detallado de las funciones de esta organización puede consultarse en WOODBRIDGE, G.: *The History of the United Nations Relief and Rehabilitation Administration...*, cit., 3 volúmenes.

Pero, incluso tras la creación de este organismo de Naciones Unidas, el problema de la protección internacional, especialmente el tema de los refugiados, continuó siendo un asunto de actualidad que merecía atención y búsqueda de prontas soluciones<sup>127</sup>. En este orden de cosas, la Resolución 62 (1) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1946, crea la Organización Internacional para los Refugiados, con un mandato temporal hasta el año 1951, que, como organismo especializado de carácter no permanente vinculado a las Naciones Unidas<sup>128</sup>, reemplazó a la Administración de Naciones Unidas para el Auxilio y la Rehabilitación. Las funciones de la Organización Internacional para los Refugiados (plasmadas en el artículo 2 de su Constitución)<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> En su primera sesión, la Asamblea General de las Naciones Unidas discutió y subrayó el alcance y el carácter internacional del problema de los refugiados y desplazados, así como la necesidad de crear un organismo que se ocupará de estas personas Resolución A/45 de la AGNU, de 12 de febrero de 1946. En este mismo sentido, el Consejo Económico y Social adoptó una Resolución de 16 de febrero de 1946, creando un Comité Especial de Refugiados y Personas Desalojadas.

<sup>128</sup> GALLAGHER, D.: "The evolution of the International Refugee System", *International Migration Review*, vol. XXIII, núm. 3, 1989, pág. 579.

<sup>129</sup> Art. 2: "1. The functions of the Organization to be carried out in accordance with the purposes and the principles of the Charter of the United Nations, shall be: the repatriation; the identification, registration and classification; the care and assistance; the legal and political protection; the transport; and the re-settlement and re-establishment, in countries able and willing to receive them, of persons who are the concern of the Organization under the provisions of Annex I. Such functions shall be exercised with a view: (a) to encouraging and assisting in every way possible the early return to their country of nationality, or former habitual residence, of those persons who are the concern of the Organization, having regard to the principles laid down in the resolution on refugees and displaced persons adopted by the General Assembly of the United Nations on 12 February 1946 (Annex III) and to the principles set forth in the Preamble, and to promoting this by all possible means, in particular by providing them with material assistance, adequate food for a period of three months from the time of their departure from their present places of residence provided they are returning to a country suffering as a result of enemy occupation during the war, and provided such food shall be distributed under the auspices of the Organization; and the necessary clothing and means of transportation; and (b) with respect to persons for whom repatriation does not take place under paragraph 1 (a) of this Article to facilitating: (i) their re-establishment in countries of temporary residence;(ii) the emigration to, re-settlement and re-establishment in other countries of individuals or family units; and (iii) as may be necessary and practicable, within available resources and subject to the relevant financial regulations, the investigation, promotion or execution of projects of group re-settlement or large-scale re-settlement. (c) with respect to Spanish Republicans to assisting them to establish themselves temporarily until the time when a democratic regime in Spain is established. 2. For the purpose of carrying out its functions, the Organization may engage in all appropriate activities, and to this end, shall have power: (a) to receive and disburse private and public funds; (b) as necessary to acquire land and buildings by lease, gift, or in exceptional circumstances only, by purchase; and to hold such land and buildings or to dispose of them by lease, sale or otherwise; (c) to acquire, hold and convey other necessary property; (d) to enter into contracts, and undertake obligations; including contracts with Governments or with occupation or control authorities, whereby such authorities would continue, or undertake, in part or in whole, the care and maintenance of refugees and displaced persons in territories under their authority, under the supervision of the Organization; (e) to conduct negotiations and conclude agreements with Governments; (f) to consult and co-operate with public and private organizations whenever it is deemed advisable, in so far as such organizations share the purpose of the Organization and observe the principles of the United Nations; (g) to promote the conclusion of bilateral arrangements for mutual assistance in the repatriation of displaced persons, having regard to the principles laid down in paragraph (c) (ii) of the resolution adopted by the General Assembly of the United Nations on 12 February 1946 regarding the problem of

estaban enmarcadas en los fines y principios de la Carta de las Naciones Unidas y se referían a la repatriación, identificación, registro y clasificación, la ayuda y el cuidado, la protección política y jurídica, el transporte, el restablecimiento y la reinstalación en los países que pudieran y quisieran recibir refugiados y personas desplazadas.

Tampoco, la Organización Internacional para los Refugiados<sup>130</sup> pudo hacer frente al problema de la protección internacional, aun cuando sus funciones relativas a la repatriación de las personas desplazadas, fueron cumplidas con relativo éxito: “The IRO was not able to bring the refugee problem to a conclusion. Around 400.000 people remained displaced in Europe at the end of 1951 and the organization officially closed down in February 1952. There was general agreement on the need for continued international cooperation in dealing with the refugee problem, but fundamental disagreement as to the objectives that such cooperation should seek to fulfill. Eastern bloc countries were full of recriminations for the way in which the IRO had, in their view, been used as a tool by Western bloc countries. The United States, for its part, had become increasingly disillusioned with providing nearly two thirds of the founding for an organization which was costing more than the combined operating budget of the rest of the United Nations”<sup>131</sup>.

Por tanto, en función de la dinámica del trabajo, de las emergencias a las que se debía hacer frente, pero sobre todo, dada la preocupación por la escalada del problema de los refugiados, fue tomando fuerza en el seno de las Naciones Unidas la idea de crear una nueva institución capaz de asumir el problema de la protección internacional y buscar soluciones duraderas a los refugiados.

---

refugees (Annex III); (h) to appoint staff, subject to the provisions of Article 9 of this Constitution; (i) to undertake any project appropriate to the accomplishment of the purposes of this Organization; (j) to conclude agreements with countries able and willing to receive refugees and displaced persons for the purpose of ensuring the protection of their legitimate rights and interests in so far as this may be necessary; and (k) in general, to perform any other legal act appropriate to its purposes. (Esta disposición ha sido transcrita en el idioma original en que fue redactada la Constitución de la Organización Internacional para los Refugiados, debido a que no se existe una traducción oficial de la misma).

<sup>130</sup> El mandato de esta organización está desarrollado en su Constitución de la siguiente manera: Art. 1 “The mandate of the Organization shall extend to refugees and displaced persons in accordance with the principles, definitions and conditions set forth in Annex I, which is attached to and made an integral part of this Constitution”. Para un análisis de las características y el mandato de esta organización, HOLBORN, L.: *The International Refugee Organization: A specialized Agency of the United Nations, Its History and Work 1946-1952*, Oxford University Press, Oxford, 1956.

<sup>131</sup> UNHCR: *The State of the World's Refugees 2000...*, cit., págs.17-18.

Así mismo, y en forma paralela a la preocupación institucional, se planteó también en el seno de las Naciones Unidas la necesidad de crear una Convención sobre el estatuto del refugiado, teniendo en consideración que, hasta la fecha, todos los acuerdos redactados en el marco de la Sociedad de Naciones eran aplicables a grupos particulares de refugiados, lo que impedía su aplicación extensiva a categorías nuevas de personas que habían huido como consecuencia de hechos acaecidos en la Segunda Guerra Mundial, entre 1938-1945<sup>132</sup>.

De manera que el 3 de diciembre de 1949 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 319 (IV), a través de la cual decidía crear el Alto Comisionado para los Refugiados<sup>133</sup>, y que le otorgaba funciones concretas contenidas en el Anexo de dicha Resolución, así como cualquier otra función que la Asamblea determinara oportuna<sup>134</sup>. En este orden y por medio de la Resolución 428 (V), de 14 de diciembre de 1950, la Asamblea General procedía a aprobar el proyecto de Convención sobre el estatuto de los refugiados, que sería firmada en Ginebra el 28 de julio de 1951 (en adelante la Convención de 1951). De esta manera, el vigente Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la vigente Convención de 1951 (completada a través de su Protocolo de Nueva York de 1967) representan, hasta ahora, el ámbito institucional y sustantivo del Derecho internacional de los refugiados<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> Resolución 248 (IX) B, de 8 de agosto de 1949, por la cual el Consejo Económico y Social crea un Comité Especial para los Refugiados y los Apátridas con el encargo de elaborar “una convención revisada y global relativa al estatuto internacional de los refugiados y los apátridas”.

<sup>133</sup> Resoluciones, 20 de septiembre-10 de diciembre de 1949, *Documentos Oficiales del Cuarto Período de sesiones de la Asamblea General*, págs. 39-41. El ACNUR se estableció de acuerdo con el artículo 22 de la Carta de las Naciones Unidas, en la que se establece que: “[l]a Asamblea General podrá establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones”. Para un estudio sobre este organismo puede consultarse Van HEUVEN GOEDHART, G.: “The problem...”, cit., pág. 265 y ss.

<sup>134</sup> *Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, de 1950, texto en la Resolución AGNU 428 (V), Anexo, de 14 de diciembre de 1950.

<sup>135</sup> El artículo 1.A.1 de la Convención de 1951 y el 6.A.i del Estatuto del ACNUR, reconocen como refugiados a los previamente reconocidos como tales en los instrumentos anteriores a los mismos. Sin embargo, el artículo 37 de la Convención de 1951 derogaba entre los Estados partes los instrumentos sustantivos vigentes en la época.

En atención a las consideraciones precedentes se puede afirmar que la metodología de trabajo utilizada en el período entre las dos guerras mundiales se fundamentó en el desarrollo de acuerdos e instituciones específicas, que protegían a grupos particulares de refugiados, entre los cuales podemos mencionar a los rusos, armenios, turcos, sirios, kurdos, asirios, asirio-caldeos y alemanes, cuya característica fundamental venía dada por la inclusión y desarrollo de una definición del término refugiado para cada grupo beneficiario del acuerdo, y la entrega de un certificado de identidad, que dejaba constancia de la acogida voluntaria por los terceros Estados.

Entretanto, el cambio más significativo que se produjo bajo los auspicios de las Naciones Unidas, y materializado en la redacción de la Convención de 1951, consistió en abandonar dicha metodología de trabajo y adoptar un régimen universal para la protección de refugiados, en el cual se incluye también una definición de refugiado independientemente de la nacionalidad, el origen étnico o el lugar de procedencia, además de la creación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados (ACNUR) con un mandato específico. De esta manera, la protección vinculada a las personas refugiadas evolucionó y adquirió características que pudieron sistematizarse a fin de permitir su aplicabilidad a futuros refugiados, al hacer abstracción de las causas que generan la huida de las personas, y que generan desprotección nacional, con lo que se otorgaba así al ACNUR la responsabilidad de velar por la protección de los refugiados, y a los Estados la obligación de cooperar con sus actividades.

Como ha podido observarse, los flujos masivos de personas que huían de los conflictos armados internos e internacionales en Europa alrededor de 1920 constituyen los antecedentes del régimen de protección internacional vigente, representado por la Convención sobre el estatuto de refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967, los cuales tuvieron además su fundamento en prevenir problemas relacionados con la seguridad internacional, por cuanto los desplazamientos forzados representaban y representan un grave peligro para la estabilidad internacional<sup>136</sup>. Estos movimientos promovieron la normativización del Derecho internacional de los refugiados y, actualmente, desplazamientos de esa misma naturaleza deben impulsar nuevamente su ampliación.

---

<sup>136</sup>“Broadly speaking, the cause for the forced migration of recent years have been exactly the same as those of the war, and prevention of the recurrence of large refugee movement, therefore, means no more less than prevention of war” (BALOGH, E.: “World Peace and the Refugee Problem”, *RCADI*, Paris, Vol. 75-II, 1949, pág. 466).

Por consiguiente, luego de este análisis de los instrumentos en perspectiva histórica, es importante apuntar que la redacción de la Convención de 1951, el estatuto de refugiado pasa de ser una respuesta humanitaria y de cooperación para el mantenimiento de la paz y la seguridad mundiales<sup>137</sup> a un estatuto legal que desarrolla de forma directa los derechos inherentes de los individuos con temores de persecución y las obligaciones de los Estados respecto a ellos.

## **2. LA CONVENCIÓN DE GINEBRA DE 1951 SOBRE EL ESTATUTO DE REFUGIADO Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL**

Las personas desprovistas de la protección que dispone el Derecho de un Estado, del que se es nacional o residente, y del que han huido en búsqueda de seguridad a otros países, por diferentes razones, en la mayoría de las circunstancias, han sido acogidas de manera temporal, bajo una consideración colectiva como “refugiado”, desvinculada de las razones personales de huida y protectora de grupos determinados de personas<sup>138</sup>.

En atención a las consideraciones precedentes se puede afirmar que la principal preocupación por la protección de los refugiados en estos primeros acuerdos internacionales se fundamentó, más que en la protección de la persona, en la importancia que tenía para la sociedad internacional la búsqueda de soluciones a los problemas producidos por la magnitud de los desplazamientos en masa generados por los conflictos internacionales, primero, y por los internos, después.

El final de la Segunda Guerra Mundial en 1945 reactivó el desplazamiento masivo de personas; no obstante, este fenómeno no representaba una novedad. Ya se conocía el problema del desarraigo y el dilema de la desprotección de los Estados; en

---

<sup>137</sup> Vid. BALOGH, E., “World Peace and the Refugee Problem”, *RCADI*, Paris, Vol. 75-II, 1949, págs. 370-507.

<sup>138</sup> En sus orígenes el Derecho internacional de los refugiados estaba caracterizado por su orientación al exilio (exilic bias), y no se ocupaba de analizar las causas de las huidas en masa, lo que quiere decir que no resolvía el problema del refugio, sino que se fundamentaba en resolver los problemas subyacentes al cruce de las fronteras. Cfr. COLES, J.G.: “Approaching the Refugee Problem today”, en LOESCHER, G., MONAHAN, L. (eds.): *Refugees and International Relations*, Oxford University Press, Oxford, 1989, págs. 390-393.



esta oportunidad, las dificultades estaban relacionadas con las dimensiones de los desplazamientos. Así, la inmensa cantidad de personas, de diferentes nacionalidades y con diversos motivos de huida, que se movilizaban por el continente europeo, planteaba serias dificultades de distinta naturaleza para los Estados receptores, que en medio de la reconstrucción de la guerra, no podían asumir y menos solventar las necesidades de estos grupos de forma unilateral, sin el apoyo de la sociedad internacional<sup>139</sup>.

Así, el reconocimiento de las necesidades de protección fue afianzando la idea de sistematizar y crear un instrumento único que fuese capaz de comprometer muchos Estados al mismo tiempo y que desarrollara un marco de protección para aquellas personas que no tenían la protección de su país de origen o de residencia. A tal fin, la Reunión de Plenipotenciarios de 28 de julio de 1951 adoptó la Convención sobre el estatuto de los refugiados, que habría de convertirse, en adelante, en el instrumento crucial para la determinación *de iure* del estatuto, y en el compendio de los derechos y las obligaciones de los refugiados y de los Estados Parte. Desde entonces, esta Convención ha sido el principal instrumento internacional, relativo a la protección de refugiados, y con ella se culminaban los esfuerzos en el área, iniciados con el *Acuerdo relativo a la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos* (de 5 de julio de 1922)<sup>140</sup>.

De ese modo, la Convención de 1951 –complementada por su Protocolo de 1967– se convirtió en el último de una serie de instrumentos jurídicos desarrollados para proteger a los refugiados que habían evolucionado desde una protección limitada y específica hasta una protección más universal y exhaustiva<sup>141</sup>. En la esfera normativa,

---

<sup>139</sup> UNHCR: *The State of the World's Refugees 2000...*, cit., págs.18-22.

<sup>140</sup> Para un estudio de los trabajos preparatorios de la Convención de 1951, los informes, resoluciones, documentos de trabajo y sumarios desde los inicios hasta la celebración de la Reunión de Plenipotenciarios, puede revisarse TAKKENBERG, A.; TAHBAZ, C.: *The Collected Preparatoires of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugee*, Dutch Refugee Council, Amsterdam, 1990, 3 volúmenes; WEIS, P.: *The Refugee Convention, 1951. The Travaux Préparatoires Analysed*, Cambridge University Press, Oxford, 1995.

<sup>141</sup> “The origins of the 1951 Convention are to be found in the work of the *Ad Hoc* Committee on Statelessness and Related Problems (*‘Ad Hoc* Committee’) appointed by ECOSOC by Resolution 248 (IX) of 8 August 1949 with the mandate to ‘consider the desirability of preparing a revised and consolidated convention relating to the international status of refugees and stateless persons and, if they consider such a course desirable, draft the text of such a convention’. This in turn drew on a Report of the UN Secretary-General prepared at the request of ECOSOC which highlighted various arrangements and initiatives concerning refugees that had operated in the period of the League of Nations. Against the

este desarrollo, podría justificarse en un cambio de la actitud de los Estados con relación a los problemas de los refugiados, y evidenciaría un mayor entendimiento de las cuestiones humanitarias y la necesidad de adoptar una práctica proporcional a las obligaciones internacionales<sup>142</sup>. La Convención de 1951 es, pues, el primer instrumento que desarrolla un régimen universal de protección internacional de refugiados<sup>143</sup>, aunque no estableció el derecho a ser territorialmente acogido por un Estado determinado, como tampoco lo hicieron los instrumentos de la etapa inicial.

Con el avance que representa la redacción de la Convención se deja de lado el pragmatismo que había caracterizado la etapa inicial de la protección de los refugiados<sup>144</sup> y se crea un sistema que permite definir a las personas que pueden ser protegidas a través del estatuto de refugiado, a la vez que se reconoce la importancia de considerar el problema de los refugiados como una situación persistente que requería el desarrollo de un sistema específico de protección.

Con la Convención de 1951 se resumen y sistematizan casi cuarenta años de prácticas estatales, así como medidas aisladas de protección, pero sobre todo se concretan las obligaciones de los Estados a favor de los refugiados. Por tanto, en el marco general de la protección de extranjeros y movimientos de personas, la Convención de 1951 protege los derechos y libertades fundamentales de una categoría

---

background of these earlier arrangements and initiatives, the Secretary-General submitted for the consideration of the Ad Hoc Committee a preliminary draft convention based on the principles contained in the earlier instruments. The subsequent work of the Ad Hoc Committee on the basis of this proposal culminated in a draft Convention Relating to the Status of Refugees which formed the basis of a Conference of Plenipotentiaries convened by the UNGA from 2 – 25 July 1951. The Conference concluded with the adoption of the Convention Relating to the Status of Refugees dated 28 July 1951. The Convention entered into force on 22 April 1954.” (LAUTERPACHT, E.; BETHLEHEM, D.: *The scope and content of the principle of Non-Refoulement*, 20 de junio de 2001, págs. 12, en Resumen de Conclusiones sobre el principio de no devolución, Consultas Globales sobre Protección Internacional, Mesa redonda de expertos en Cambridge (9-10 de julio de 2001), organizada por el ACNUR y el Centro Lauterpacht de Investigaciones sobre Derecho internacional, párrs. 30).

<sup>142</sup> UNHCR, *Colloquium on the development in the law of refugees...*, cit., párr. 29.

<sup>143</sup> Vid. HATHAWAY, J. C: *The Law of Refugee Status*, Butterworths, Vancouver, 1991, pág. 29 y ss. Para un análisis pormenorizado del concepto: STEINBOCK, D.: “The Refugee Definition as Law: Issues of Interpretation”, en NICHOLSON, F.; TWOMEY, P.: *Refugee Rights and Realities. Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pág. 13.

<sup>144</sup> “The legal instruments adopted between the two World Wars were essentially pragmatic in character. They contained no general definition of the term ‘refugee’. They dealt with specifically defined categories of refugees and in part only with specific problems, as and when the need arose” (UNHCR, *Colloquium on the development in the law of refugees...*, cit., párr. 15).

de extranjeros, otorgando el estatuto de refugiado a las personas perseguidas y obligando a los Estados a proteger a aquellas personas que, por razones específicas, no pueden ser protegidos por sus países de origen o de residencia<sup>145</sup>.

La Convención de 1951 se caracteriza por ser un convenio proteccionista, ya que contiene una lista de obligaciones para los Estados, que tienen como contrapartida un cúmulo de derechos en favor de los refugiados<sup>146</sup>. Sin embargo, a pesar de que el desarrollo normativo de la etapa inicial de la protección de los refugiados tuvo sus orígenes en el intento de proteger a grupos de personas en situación de flujos masivos, este instrumento establece manifiestamente una determinación individualizada de los refugiados<sup>147</sup> al ofrecer protección internacional a la persona que, de forma particular, demuestre poseer un temor fundado de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad o pertenencia a un grupo social, sin que, de forma expresa, se consagre en el texto de la Convención de 1951 referencia alguna a la protección de personas, que solicitan protección internacional en caso de flujos masivos.

La observación señalada en el párrafo anterior lleva a la evidente conclusión de que la evolución del Derecho internacional de los refugiados dibujó un cambio de trayectoria, pues eliminó la consideración de la dimensión colectiva de las definiciones de refugiados, tan útil para la gestión de flujos masivos y otorgó en cierta forma a los Estados suficiente argumento legal como para condicionar la protección de aquellas personas a las que no se podía reconocer individualmente la condición de refugiado, lo que ha desencadenado una larga historia de vulnerabilidad y desesperanza para aquellas personas que se han visto obligadas a huir en masa.

---

<sup>145</sup> Para un análisis detallado de la Convención de 1951 puede revisarse ROBINSON, N.: *Convention Relating to the Status of Refugees. It's History, Contents and Interpretation*, A Commentary by Nehemiah Robinson, Institute of Jewish Affairs, New York, 1953.

<sup>146</sup> Por ejemplo, entre los derechos reconocidos a los refugiados en virtud de la Convención están el de no devolución (art. 33), no expulsión (art. 32), no sanción por ingreso ilegal (art. 31), libertad de circulación (art. 26), documentación personal (art. 25), educación (art. 22), acceso a los tribunales (art. 16), asociación (art. 15), propiedad intelectual (art. 14). Para un análisis detallado de los derechos de los refugiados véase, HATHAWAY, J.: *The rights of refugees under International Law*, Cambridge University, Cambridge, 2005.

<sup>147</sup> FITZPATRICK, J.: "Temporary protection...", cit., pág. 282.

Si bien es cierto que, para el tiempo en que la Convención fue redactada, la definición del término “refugiado” estaba limitada temporalmente a los sucesos ocurridos antes del 1 de enero de 1951, la problemática de las personas que huían por motivos de persecución y otros muchos, continuó escribiendo páginas de la historia de muchos lugares del mundo, especialmente en el continente africano, donde la proliferación de los conflictos armados internos y la crueldad que los caracterizaba aumentaron los índices de desplazamientos masivos. Ello puso en evidencia el vacío jurídico que existía para afrontar las realidades extra-europeas y la consecuente necesidad de redacción de un instrumento legal de protección que pudiese ser aplicable en esos casos<sup>148</sup>. Así, en respuesta a la agudización de las crisis humanitarias, se planteó la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación de la Convención de 1951.

A la luz de este planteamiento, es importante puntualizar que en varias oportunidades, amén de la voluntad política de los Estados, la Convención de 1951 pudo aplicarse a realidades sobrevenidas, relacionadas con necesidades de protección no inscritas en la Convención de 1951; ello pudo lograrse gracias al establecimiento de un vínculo causal entre el sufrimiento de las personas, las necesidades de protección y el compromiso de los Estados: “Thus the refugees who came from Hungary as a result of the Revolution in 1956 were generally considered to be refugees covered by the 1951 Convention, and a similar view has recently been adopted by the Swiss Government with regard to refugees from Tibet. The scope of the Statute is therefore wider than that of the Convention in that there is no possibility of imposing a geographical limitation and the definition is not bound to the dateline to be found in the Convention, referring to events occurring before 1 January 1951”<sup>149</sup>.

Sin embargo, en muchas otras situaciones no se pudo reconocer la existencia de los nexos causales necesarios para promover la voluntad política de los Estados, como en el caso de los refugiados argelinos, ruandeses, sudaneses, angoleños, tibetanos,

---

<sup>148</sup> En 1965 había alrededor de 850.000 refugiados en África. Aunque muchos de los que huyeron durante las luchas por la independencia pudieron regresar en un plazo de tiempo relativamente breve, los nuevos conflictos generaron más huidas y, al final de la década, el número de refugiados en África era de aproximadamente un millón. Tanto por su tamaño como por su carácter y sus necesidades, estos sucesivos grupos de refugiados eran muy diferentes de los europeos y exigían un nuevo enfoque de la cuestión de cómo determinar la condición de refugiado. Para una información más detallada, UNHCR: “Descolonization in Africa”, en UNHCR: *The State of the World’s Refugees 2000...*, cit., págs. 37-58.

<sup>149</sup> UNHCR: *The State of the World’s Refugees 2000...*, cit., pág. 68.

chinos y cubanos, aun cuando se tenía claro que estas nuevas circunstancias que originaban desprotección nada tenían que ver con lo ocurrido en el continente europeo con anterioridad al 1 de enero de 1951.

De modo que, las circunstancias esbozadas motivaron la redacción del Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados. Este tratado internacional<sup>150</sup> entró en vigor el 4 de octubre de 1967 y fue adoptado para suprimir la limitación temporal establecida en el artículo 1, sección A, párrafo 2 de la Convención de 1951, que circunscribe la aplicación del Convenio a sucesos ocurridos antes del 1 de enero de 1951, disposición que hasta entonces había impedido su aplicación a los acontecimientos ocurridos después de la fecha establecida.

De acuerdo con lo indicado en el párrafo anterior, se puede inferir que la necesidad de responder a situaciones de refugiados surgidas después del 1 de enero de 1951 es la razón de la existencia del Protocolo, como bien se señala en el párrafo 3 de su preámbulo y en el artículo I, párrafo 2). Sin embargo, es preciso añadir que la redacción de este Protocolo, además, pretendía eliminar la limitación opcional en el espacio de aplicación que establece la Convención de 1951 en el artículo I, sección B, párrafo 1, inciso a), que consagra que las disposiciones de la Convención se aplicarán sólo a raíz de acontecimientos ocurridos en Europa. No obstante, el Protocolo de 1967 permitió la facultad de conservar dicha limitación geográfica para aquellos países que ya la poseían bajo la Convención de 1951<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> La palabra Protocolo es “widely used to refer to a treaty supplementing an already existing treaty” (International Committee of the Red Cross: *Commentary on the Additional Protocols of 8 of June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987, pág. 20). Así que en virtud de lo dispuesto en el artículo 2, párrafo (a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se considera que este Protocolo es un Tratado internacional. En efecto “[i]t is well-known that there is no precise terminology to designate international treaties, and that terms such as: treaty, convention, agreement, protocol can be used interchangeably” (REUTER, P.: *Introduction au droit des traités*, Presses Universitaires de France, Paris, 1972, pág. 69, párr. 62). Esta obra puede también consultarse en su versión en español REUTER, P: *Introducción al Derecho de los Tratados*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1999.

<sup>151</sup> Así se encuentra establecido en el artículo I, párrafo 3 del Protocolo de 1967: “El presente Protocolo será aplicado por los Estados Partes en el mismo sin ninguna limitación geográfica; no obstante, serán aplicables también en virtud del presente Protocolo las declaraciones vigentes hechas por Estados que ya sean Partes en la Convención de conformidad con el inciso a del párrafo 1 de la sección B del artículo 1 de la Convención, salvo que se hayan ampliado conforme al párrafo 2 de la sección B del artículo 1”.

De esta manera, y con la inclusión de las normas contempladas en la Convención de 1951, y la supresión de los límites temporales, el Protocolo se constituye en un instrumento de protección independiente, que contiene disposiciones básicas de protección a refugiados en los países de acogida, y mantiene, al igual que la Convención de 1951, un régimen condicionado a la determinación individual de los temores fundados que caracterizan el estatuto de refugiado. La naturaleza independiente de dicho instrumento hace que su adhesión o ratificación no esté limitada a los Estados parte en la Convención, ni condicionada a la adhesión o ratificación de la misma<sup>152</sup>.

## **2.1. La estructura y los objetivos de la Convención.**

La Convención de 1951 esta compuesta por un preámbulo, 46 artículos, un anexo y un apéndice. En atención a esta estructura cabe señalar:

- El preámbulo, compuesto de seis párrafos, desarrolla los principios, los objetivos y la determinación del contenido de la Convención. Concretamente, en él se afirma el disfrute de los derechos y libertades fundamentales por parte de todas las personas, sin distinción alguna, se expresa la profunda preocupación por la situación de los refugiados, se afirma la necesidad de revisión y codificación de los acuerdos internacionales existentes, se resalta la importancia de la solidaridad internacional para la solución de los problemas, se reconoce el carácter social y humanitario del problema de los refugiados, y se conviene en que la coordinación de las medidas para resolver el problema corresponde al ACNUR.

- El capítulo primero, bajo el título *Disposiciones Generales* (artículos 1 a 11), establece las obligaciones generales, principios rectores y mecanismos de aplicación. Puntualmente, se desarrolla la definición del término *refugiado*, el ámbito de aplicación material y temporal, las llamadas *cláusulas de inclusión, exclusión y cesación* de la condición de refugiado y el principio de no discriminación, consagrando en conjunto las

---

<sup>152</sup> FORGET, J.C.: “Régimen jurídico internacional del asilo y del refugio”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. (ed.): *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios Sociales, Madrid, 1995, pág. 533.

disposiciones sustantivas que constituyen el núcleo del sistema de protección, sin mención expresa a la protección de flujos masivos de personas.

- El capítulo segundo, titulado *Condición Jurídica* (artículos 12 a 16) determina los derechos dependientes del estatuto personal de refugiado, tales como la adquisición de bienes inmuebles, los derechos de propiedad intelectual, el derecho de asociación y el acceso a los tribunales.

- El capítulo tercero, sobre *Actividades Lucrativas* (artículos 17 a 19) establece las normas relativas al empleo remunerado, al trabajo por cuenta propia y las profesiones liberales.

- El capítulo cuarto, bajo el título de *Bienestar* (artículos 20 a 24) desarrolla las normas concernientes a la igualdad de trato respecto a los nacionales o el trato más favorable posible respecto a los extranjeros, en lo relativo a la vivienda, la educación, la asistencia pública, la seguridad social y el trabajo.

- El capítulo quinto, referido a *Medidas Administrativa* (artículos 25 a 34) contiene las medidas concernientes a ayudas económicas, libertad de circulación, documentación, gravámenes fiscales, transferencia de haberes, y principios protectores como la no sanción por entrada ilegal al país de recepción, la prohibición de expulsión y no devolución y la facilitación de la asimilación y la naturalización.

- El capítulo sexto, que comprende las *Diposiciones Transitorias y de Ejecución* (artículos 35 a 37) destaca la cooperación debida de las autoridades nacionales con las Naciones Unidas, especialmente con las labores de vigilancia del ACNUR, la información sobre leyes y reglamentos nacionales, y el reemplazo de los instrumentos anteriores con la entrada en vigor de esta Convención.

- El capítulo séptimo, titulado *Cláusulas Finales* (artículos 38 a 46) contempla la solución de controversias, los aspectos relativos a la firma, ratificación y adhesión, la cláusula de aplicación territorial, la cláusula federal, las reservas a la Convención, la entrada en vigor, la denuncia y la revisión.

- Finalmente, se incluyen un *Anexo* (con 16 párrafos) y un *Apéndice* sobre el modelo de documento de viaje y las disposiciones relativas al mismo.

A nivel práctico, el ACNUR considera que el contenido jurídico de la Convención comprende tres tipos de disposiciones: a) aquellas disposiciones que contienen la definición básica de refugiado, diferenciando quién es, quién no es y quién habiendo sido refugiado ha dejado de serlo; b) las disposiciones que definen el estatuto jurídico de los refugiados y sus derechos y obligaciones en el país de acogida; c) otras disposiciones que versan sobre la aplicación de los instrumentos desde los puntos de vista administrativos y diplomático<sup>153</sup>. La importancia de esta clasificación radica en que precisamente sobre ella fundamenta el ACNUR su mandato de protección internacional.

La Convención de 1951 pretendía codificar, en un instrumento único, todos acuerdos anteriores referentes al estatuto de los refugiados en orden de ampliar la aplicación de tales instrumentos y procurar la protección de los refugiados. Así, en el marco del reconocimiento de que los seres humanos, sin distinción alguna deben gozar de los derechos y libertades fundamentales, este instrumento tiene como objetivo principal asegurar a los refugiados el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales. De esta manera, dejaba claro que todos los Estados debían reconocer el carácter social y humanitario del problema de los refugiados y que además tendrían que hacer todo lo posible para evitar que este problema se convierta en causa de tirantez entre Estados.

La Convención define lo que significa el término refugiado y describe los derechos de los refugiados, incluyendo conceptos como la libertad de religión y de movimiento, el derecho a la educación y a disponer de documentos de viaje, el derecho a no ser devuelto a un país donde teme ser perseguido, así como la posibilidad de trabajar. En igual sentido subraya las obligaciones de los refugiados para con el gobierno de acogida y deja claro qué tipo de personas o grupos de personas no están comprendidas en los alcances de la Convención.

---

<sup>153</sup> Vid. ACNUR. *Manual de procedimientos...*, cit., 1992, párr.12.



Además, la Convención resalta en su preámbulo que la concesión de asilo puede resultar excesivamente onerosa para ciertos países y por tanto es importante tener en consideración el principio de solidaridad internacional. De esta manera, con la codificación de la definición del término refugiado y el establecimiento de las normas mínimas relativas al trato debido a las personas reconocidas como refugiadas, se reconoce el alcance internacional del problema de los refugiados, y sobre todo la necesidad de la cooperación internacional para su solución, destacando la importancia de compartir la responsabilidad entre los Estados.

Es preciso resaltar que aunque la Convención de 1951 pretendía definir al beneficiario del estatuto de refugiado, es importante precisar que la misma no fue redactada para combatir las causas que generan el temor fundado de persecución, por el contrario, este instrumento jurídico pretende aliviar las consecuencias que genera el desplazamiento forzado, comprometiendo a los Estados receptores a brindar protección a aquellos que sean reconocidos como refugiados<sup>154</sup>.

Esta protección que suministran los Estados en observancia de las obligaciones asumidas por la Convención de 1951, no es automática ni permanente, sino está más bien enfocada en la búsqueda de soluciones duraderas. Por tanto, el contenido dispuesto por la Convención está en consonancia con los objetivos perseguidos por la misma; los cuales están dirigidos a asegurar la protección de las personas que huyen por motivos de persecución, pues limita la potestad de los Estados Partes en lo relacionado con el contenido de los artículos antes mencionados; vale decir, en lo relativo a la definición de refugiado, a la no discriminación por motivos de raza, religión o país de origen, al respeto a la práctica religiosa, al acceso a los tribunales, a la no devolución y a los aspectos relativos a las disposiciones transitorias y de ejecución, con el propósito de proporcionar protección material y jurídica a las personas cuando la protección nacional, del país del cual se es originario o residente, no puede ser proporcionada<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> ROBINSON, N.: *Convention Relating to the Status of Refugees...*, cit., pág.13.

<sup>155</sup> HATHAWAY, J.C.: "Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection", *JRS*, vol. 4, núm. 2, 1991, págs. 113-131.

## 2.2. El ámbito de aplicación temporal y geográfico de la Convención.

La Convención de 1951, al haber sido elaborada tras la Segunda Guerra Mundial, contiene una definición centrada en las personas que son refugiados como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 en Europa o en otro lugar<sup>156</sup>. Así, puede decirse que la redacción de la Convención de 1951 pone en evidencia la necesidad de solventar un problema concreto y por tanto su ámbito de aplicación temporal y geográfica se encuentra limitado.

El párrafo B del artículo 1 establece que<sup>157</sup>:

“A los fines de la presente Convención, las palabras ‘acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951’, que figuran en el artículo 1 de la sección A, podrán entenderse como: Acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951, en Europa o como Acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951, en Europa o en otro lugar, y cada Estado contratante formulará en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, una declaración en que precise el alcance que desea dar a esa expresión con respecto a las obligaciones asumidas por él en virtud de la presente Convención”.

El ámbito geográfico de la Convención de 1951 viene delimitado por el hecho de haber surgido como una respuesta sustantiva a un problema regional, así la

---

<sup>156</sup> Respecto a la delimitación del ámbito de aplicación temporal de la Convención, es preciso añadir que las discusiones acerca del mismo estuvieron centradas en incluir los sucesos ocurridos después del 3 septiembre de 1939 y antes del 1 de enero de 1951: “The expression was ‘intended to apply to happenings of major importance involving territorial or profound political changes as well as systematic programs of persecution in this period which are the after-effects of earlier changes. The second date, 1 January 1951, excludes events, which happen after that date, but does not exclude persons who might become refugees later as a result of events before then, or as a result of after-effects which occurred at a later date. The date 1 January 1951 was chosen because it is the date of the assumption of Office by the United Nations High Commissioner for Refugees’ (*Report of the Ad Hoc Committee on Statelessness and related Problems*, First Session, 17 February 1950, E/1618, pág. 39).

<sup>157</sup> Este instrumento fue objeto de fuertes críticas por su parcialidad, pero, según la opinión de GOODWIN-GILL, no parecía haber otra posibilidad: “The Convention is frequently criticized for its ‘European bias’, but another view was apparent in 1951: Mr. Rochefort, the French representative, remarked that although more than 80 invitations had been sent out, the Conference gave the appearance of nothing more than a ‘slightly enlarged’ meeting of the Council of Europe. He observed that only a small fraction of the 41 governments that had voted for art. 1 in the General Assembly had been willing to come to Geneva to sign the Convention and nearly all were European. In his view, those who argued for deletion of the geographical limitation ‘had done so without any feeling of definite responsibility’. The system of generalized protection had failed; because the non-European countries were absent and because of the attitudes of the immigration countries (they claimed to have no protection problems), there was no practical possibility of ‘giving refugees in general, and European refugees in particular, a truly international status’ (GOODWIN GILL, G.S.: *The Refugee...*, cit., pág. 19).

Convención posee un ámbito de aplicación restrictivo: su aplicabilidad está circunscrita a acontecimientos producidos solamente en Europa.

El ámbito temporal está referido a que la materia regulada por el instrumento resulta aplicable a los acontecimientos que hubieran tenido lugar antes del 1 de enero de 1951, por lo que la Convención de 1951 establece que la condición de refugiado, en principio, sólo podrá ser otorgada a aquéllos que sean refugiados como consecuencia de acontecimientos ocurridos con anterioridad al 1º de enero de 1951.

Al respecto, el análisis histórico de la definición del término refugiado, en la Convención de 1951, muestra que esta fecha límite, establecida en enero de 1951, y la posibilidad opcional de limitar la aplicabilidad a Europa, fueron introducidas, a propuesta de ciertos Estados, con el propósito de protegerse frente a las posibles obligaciones futuras imprevistas<sup>158</sup>. Pues aunque las causas que generaban desprotección parecían ser una situación pasajera, muchos Estados no quisieron asumir compromisos no predecibles y sin limitaciones, a la vista de las situaciones de emergencia que generan los refugiados. Así pues, la técnica legal que todos consideraron conveniente para asumir sus compromisos, sin sacrificar su libertad de acción en los casos de refugiados, fue esta restricción dentro de los límites que los mismos Estados consideraron aceptables<sup>159</sup>.

Sin embargo, dadas las nuevas situaciones de refugiados que se produjeron a fines de los años cincuenta y comienzos de los sesenta, fue necesario ampliar el ámbito temporal y geográfico de la Convención. Por tanto, se redactó un instrumento posterior que es el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967, el cual pretendía subsanar las limitaciones establecidas por la Convención de 1951.

---

<sup>158</sup> Cuando se elaboró la Convención de 1951, varios Estados no deseaban contraer obligaciones de un alcance imprevisible. Por lo tanto, dicha actitud provocó la inclusión de la fecha límite de 1951. Además, para atender al deseo de algunos Estados, también se les concedió la posibilidad de limitar sus obligaciones a las personas que hubiesen llegado a ser refugiados como resultado de acontecimientos ocurridos en Europa (ACNUR: *Manual de procedimientos...*, cit., párr. 108).

<sup>159</sup> UNHCR: *Colloquium on the development in the law of refugees...*, cit., párr. 36.

De esta manera, el Protocolo de 1967 surge como un instrumento independiente de la Convención de 1951, aunque está íntegramente relacionado con la misma<sup>160</sup> ya que completa el estatuto de refugiado previsto en dicha Convención<sup>161</sup>. Su propósito principal estaba relacionado con la supresión de la limitación geográfica y temporal contenida en la definición de refugiado establecida en la Convención de 1951. Así, al adherirse al Protocolo los Estados aceptan aplicar la mayoría de los artículos de la Convención de 1951 (artículos 2 al 34) a todas las personas que puedan ser comprendidas en la definición de refugiado<sup>162</sup>.

Por tanto, la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 en conjunto desarrollan las normas protección internacional de los refugiados aplicable a cualquier refugiado en cualquier Estado parte en dichos instrumentos. Concretamente desarrollan la definición, las condiciones de cesación y exclusión del refugiado, concretan el contenido del Estatuto que se otorga a esta personas, incluido el derecho a ser protegido contra la expulsión o devolución, las obligaciones de los Estados, entre las que incluye cooperar con el ACNUR en el ejercicio de su mandato.

Así, desaparecida la limitación temporal gracias al Protocolo de 1967, subsiste la posibilidad de mantener la reserva geográfica, la cual representa la segunda limitación que aparece en el texto convencional. Esta limitación a diferencia de la primera antes

---

<sup>160</sup> Este protocolo explica en su preámbulo que los Estados Partes en el presente Protocolo han asumido compromisos: “Considerando que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 (denominada en lo sucesivo la Convención), sólo se aplica a los refugiados que han pasado a tener tal condición como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951; Considerando que han surgido nuevas situaciones de refugiados desde que la Convención fue adoptada y que hay la posibilidad, por consiguiente, de que los refugiados interesados no queden comprendidos en el ámbito de la Convención; Considerando conveniente que gocen de igual estatuto todos los refugiados comprendidos en la definición de la Convención, independientemente de la fecha límite del 1 de enero de 1951.

<sup>161</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, J; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I; y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P: *Curso de Derecho internacional público*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 432.

<sup>162</sup> Art. I “1. Los Estados Partes en el presente Protocolo se obligan a aplicar los artículos 2 a 34 inclusive de la Convención a los refugiados que por el presente se definen; 2. A los efectos del presente Protocolo y salvo en lo que respecta a la aplicación del párrafo 3 de este artículo, el término .refugiado. denotará toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras .como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 y a consecuencia de tales acontecimientos que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1; 3. El presente Protocolo será aplicado por los Estados Partes en el mismo sin ninguna limitación geográfica; no obstante, serán aplicables también en virtud del presente Protocolo las declaraciones vigentes hechas por Estados que ya sean Partes en la Convención de conformidad con el inciso a) del párrafo 1 de la sección B del artículo 1 de la Convención, salvo que se hayan ampliado conforme al párrafo 2 de la sección B del artículo 1”.

descrita, aparece como optativa para los Estados<sup>163</sup>. Sobre este particular, es importante destacar que, considerando que el Protocolo no suprimió dicha opción, una de las principales tareas del ACNUR, a través de las recomendaciones del Comité Ejecutivo, es convencer a los Estados, además de que se adhieran a la Convención y al Protocolo de 1967, que lo hagan sin establecer la limitación o reserva geográfica y en caso de que lo hayan hecho, de que la supriman.

En relación con los mecanismos de aplicación, respecto a obligaciones que deben ser desarrolladas *a posteriori* por los Estados Partes, la Convención no estipula cómo las mismas deben ser cumplidas, y sólo obliga a los Estados a cooperar con el ACNUR en el ejercicio de su mandato<sup>164</sup>, mientras que éste ofrece su colaboración para la consecución de los objetivos fijados por la Convención. Al respecto, el artículo 35 de la Convención estipula que:

“1. Los Estados Contratantes se comprometen a cooperar en el ejercicio de sus funciones con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, o con cualquier otro organismo de las Naciones Unidas que le sucediere; y en especial le ayudarán en su tarea de vigilar la aplicación de las disposiciones de esta Convención. 2. A fin de permitir a la Oficina del Alto Comisionado, o a cualquier otro organismo de las Naciones Unidas que le sucediere, presentar informes a los órganos competentes de las Naciones Unidas, los Estados Contratantes se comprometen a suministrarles en forma adecuada las informaciones y los datos estadísticos que soliciten acerca de: a) La condición de los refugiados; b) La ejecución de esta Convención; y c) Las leyes, reglamentos y decretos, que estén o entraren en vigor, concernientes a los refugiados”.

### **2.3. Las reservas a la Convención**

El consentimiento para obligarse por un tratado internacional abarca la totalidad de su contenido; sin embargo, cabe la posibilidad de que el sujeto emisor del consentimiento

---

<sup>163</sup> RUIZ DE SANTIAGO, J: “El Derecho internacional de los refugiados en su relación con los Derechos humanos y en su evolución histórica”, en NAMIHAS, S. (coord.): *Derecho...*, cit., págs. 30-31.

<sup>164</sup> Así lo dispone el artículo 1 del Estatuto del ACNUR donde se expresa que “[e]l Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, actuando bajo la autoridad de la Asamblea General, asumirá la función de proporcionar protección internacional, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, a los refugiados que reúnan las condiciones previstas en el presente Estatuto, y de buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados, ayudando a los gobiernos y, con sujeción a la aprobación de los Gobiernos interesados, a las organizaciones privadas, a facilitar la repatriación voluntaria de tales refugiados o su asimilación en nuevas comunidades nacionales(...)”.

no quiera vincularse a la totalidad del texto; es decir, los sujetos pueden manifestar un consentimiento parcial, limitando de esta manera el alcance y sentido del texto. Esta posibilidad puede darse a través de las denominadas reservas<sup>165</sup>. Como indica REMIRO BROTONS, "la reserva supone el ejercicio por el Estado de un derecho que responde al propósito de facilitar su participación en un tratado y que le permite marginar o suavizar obligaciones que le parecen particularmente gravosas"<sup>166</sup>. En todo caso, los efectos jurídicos que se deducen de la aceptación y objeción de una reserva se verifican siempre y sólo en las relaciones entre el reservante y cada uno de los demás aceptantes y objetantes.

En palabras de SÁNCHEZ RODRÍGUEZ<sup>167</sup>, las reservas son una técnica peculiar del Derecho de los tratados por medio de las cuales se puede alterar el contenido obligacional del convenio en cuestión y, de esta forma, tienen por finalidad la exclusión o modificación de los efectos jurídicos de determinadas disposiciones del tratado en relación con el sujeto que la formula; es decir, el objetivo perseguido es alterar el contenido y alcance de los derechos y obligaciones resultantes de las disposiciones contenidas en el texto del tratado. En atención a su finalidad, las reservas pueden ser de exclusión o modificación. Las primeras tienen por objetivo excluir la aplicación de disposiciones determinadas de un tratado y, por ende, sus efectos jurídicos. Las reservas de modificación aspiran a limitar o reducir los efectos jurídicos de cláusulas determinadas de un tratado.

Especial relevancia adquiere la técnica de la reserva en el ámbito de los tratados en materia de derechos humanos porque los mismos están caracterizados por las obligaciones jurídicas que de los mismos se derivan, esto es, obligaciones que tienen por finalidad la protección de derechos y libertades fundamentales<sup>168</sup>. Y, de ahí, como advierte VILLÁN

---

<sup>165</sup> La reserva es definida por el artículo 2.1, letra d, de la Convención de Viena de 1969 como una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado [o una organización internacional] al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado [u organización internacional].

<sup>166</sup> REMIRO BROTONS, A: *Derecho internacional público. Derecho de los tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 211.

<sup>167</sup> SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L: *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (teoría y práctica)*, International Law Association, Madrid, 1984, pág. 59.

<sup>168</sup> COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la requête 788/60, R.F. Autriche c. R. Italienne, du 11 janvier 1961, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, IV, 1961, pág. 139.

DURAN, “resulta difícil trasladar automáticamente estas reglas generales –en materia de reservas- del Derecho internacional al campo del Derecho internacional de los derechos humanos, pues la premisa básica de la permisividad en la formulación de reservas, con el objeto de facilitar la incorporación al tratado del mayor número posible de Estados Partes, se acomoda mal con la finalidad humanitaria de los tratados de derechos humanos”<sup>169</sup>. Empero, si bien esta afirmación es reflejo de la realidad, no debe obviarse que “la especificidad de este tipo de tratados internacionales se refleja, sin duda, en el régimen jurídico de las reservas que, en virtud del objetivo final perseguido, establece unos límites más estrictos a la libertad de formular reservas de los que en general determina el Derecho internacional público”<sup>170</sup>. En consecuencia, la permisividad en la formulación de reservas va acompañada –como se advertirá, por ejemplo, al tratar del artículo 42 de la Convención de 1951- de unos límites más estrictos a la hora de realizar tal formulación.

Pues bien, en este contexto de los tratados de derechos humanos cabe ubicar la Convención de 1951 en tanto que se trata de un instrumento relativo a la protección de ciertas categorías de personas<sup>171</sup>. A mayor abundamiento, cabe advertir, siguiendo lo señalado por BONET PÉREZ<sup>172</sup> para los tratados en materia de derechos humanos, que la Convención es participe de los rasgos propios de dichos tratados, pues a través de la misma a) se pretende establecer obligaciones jurídicas que no van dirigidas a un mero intercambio recíproco de intereses entre los Estados sino precisamente a crear un orden legal donde los Estados asumen ciertos compromisos hacia los individuos bajo su jurisdicción y b) la reciprocidad no constituye una característica esencial de la misma porque los Estados asumen obligaciones que benefician a los particulares, por lo que tales obligaciones se sustraen en gran medida a la lógica de la reciprocidad<sup>173</sup>.

---

<sup>169</sup> Al respecto, VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2002, pág. 242.

<sup>170</sup> BONET PÉREZ, J.: *Las reservas a los tratados internacionales*, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 140.

<sup>171</sup> VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2002, pág. 216. En igual sentido, HATHAWAY afirma que “[t]he Refugee Convention and its Protocol are conceived here not as accords about immigration, or even migration, but as part or parcel of international human rights law” (HATHAWAY, J.: *The rights of refugees...*, cit., pág. 4).

<sup>172</sup> BONET PÉREZ, J.: *Las reservas a los...*, cit., pág. 140.

<sup>173</sup> CHUECA SANCHO, A.: *Las reservas a los tratados de derechos humanos*, Documentación Jurídica, 1992, XIX/74, pág. 323.

Sin ánimo exhaustivo, señalar que el artículo 42 de la Convención<sup>174</sup> está referido a las reservas, expresándose en los siguientes términos:

- “1. En el momento de la firma de la ratificación o de la adhesión, todo Estado podrá formular reservas con respecto a artículos de la Convención que no sean los artículos 1, 3, 4, 16 (1), 33 y 36 a 46 inclusive.
2. Todo Estado que haya formulado alguna reserva con arreglo al párrafo 1 del presente artículo podrá, en cualquier momento, retirarla mediante comunicación al efecto dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas”.

Como puede advertirse, la Convención no admite formulación de reservas a los artículos 1, 3, 4, 16 (1), 33 y 36 a 46 inclusive<sup>175</sup>. Esta prohibición de reservas a los artículos citados se convierte en la clave del sistema de tutela a los refugiados, pues su respeto asegura la protección de las personas que huyen por motivos de persecución, pues limita la potestad de los Estados Partes en lo relacionado con el contenido de los artículos antes mencionados (se excluye la posibilidad de que los Estados mediante la reserva preserven su legislación interna contraria a las referidas disposiciones contenidas en la Convención); vale decir, en lo relativo a la definición de refugiado, a la no discriminación por motivos de raza, religión o país de origen, al respeto a la práctica religiosa, al acceso a los tribunales, a la no devolución y a los aspectos relativos a las disposiciones transitorias y de ejecución, con el propósito de proporcionar protección

---

<sup>174</sup> Por su parte, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados contempla las reservas y declaraciones en el artículo 7: “1. Al tiempo de su adhesión, todo Estado podrá formular reservas con respecto al artículo IV del presente Protocolo y en lo que respecta a la aplicación, conforme al artículo I del presente Protocolo, de cualesquiera disposiciones de la Convención que no sean las contenidas en los artículos 1, 3, 4, 16 (1) y 33; no obstante, en el caso de un Estado Parte en la Convención, las reservas formuladas al amparo de este artículo no se harán extensivas a los refugiados respecto a los cuales se aplica la Convención; 2. Las reservas formuladas por los Estados Partes en la Convención conforme al artículo 42 de la misma serán aplicables, a menos que sean retiradas, en relación con las obligaciones contraídas en virtud del presente Protocolo; 3. Todo Estado que haya formulado una reserva con arreglo al párrafo 1 del presente artículo podrá retirarla en cualquier momento, mediante comunicación al efecto dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas; 4. La declaración hecha conforme a los párrafos 1 y 2 del artículo 40 de la Convención por un Estado Parte en la misma que se adhiera al presente Protocolo se considerará aplicable con respecto al presente Protocolo, a menos que, al efectuarse la adhesión, se dirija una notificación en contrario por el Estado Parte interesado al Secretario General de las Naciones Unidas. Las disposiciones de los párrafos 2 y 3 del artículo 40 y del párrafo 3 del artículo 44 de la Convención se considerarán aplicables *mutatis mutandis* al presente Protocolo”.

<sup>175</sup> Relativos a: definición del término refugiado, prohibición de la discriminación religión, igualdad de trato con los nacionales respecto al acceso a los tribunales, prohibición de expulsión y devolución, información sobre leyes y reglamentos nacionales, relación con las convenciones anteriores, solución de controversias, firma, ratificación y adhesión; cláusula de aplicación territorial, cláusula federal, reservas, entrada en vigor, denuncia, revisión, notificación al Secretario General de Naciones Unidas, respectivamente.



material y jurídica a las personas cuando la protección nacional, del país del cual se es originario o residente, no puede ser efectiva<sup>176</sup>.

### 3. EL CONCEPTO DE REFUGIADO ESTABLECIDO EN LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE 1951

Las formulaciones legales referentes al estatuto del refugiado son producto de la reciente historia de Occidente. Sin embargo, la búsqueda de protección de una persona en un país diverso del suyo es tan antigua como la humanidad<sup>177</sup>. Por ello a lo largo de la historia de la humanidad, muchas personas han abandonado sus casas y han buscado seguridad en otros lugares, escapando de persecuciones por motivos de religión, opiniones políticas, nacionalidad, grupo social, raza, conflictos armados y violencia generalizada. En función de estas circunstancias, varios ordenamientos jurídicos y religiones han adoptado conceptos como los de “asilo”<sup>178</sup>, “santuarios”<sup>179</sup> y

---

<sup>176</sup> “[r]efugee law is a remedial o palliative branch of human right law. Its specific purpose is to ensure that those whose basic rights are not protected (for a Convention reason) in their own country are, if able to reach an asylum state, entitled to invoke rights or substitute protection in any state party of the Refugee Convention” (HATHAWAY, J.: *The rights of refugees...*, cit., pág. 5).

<sup>177</sup> FISCHER ANDRADE, H.; ORAÁ, J.: “Derecho y protección de las víctimas”, en *Derecho internacional y ayuda humanitaria*, Instituto de Derechos Humanos, Deusto, 2000, pág. 50.

<sup>178</sup> El derecho de asilo fue conocido y practicado ya en los pueblos de Oriente, especialmente entre los hebreos y los egipcios, cuyos templos fueron considerados lugares de refugio. Según reseña la historia, en Grecia también se practicó con el nombre de *assylia*, cuyo significado es “sin captura”, “sin violencia”. En este orden, el asilo surge como consecuencia de un privilegio otorgado a favor de los templos, en virtud del cual quedaba prohibido castigar con penas corporales a los delincuentes que se refugiaban en ellas. Los romanos no conocieron el derecho de asilo propiamente dicho, pero respetaron este derecho en los templos griegos reglamentándolo. La tradición del derecho de asilo se conservó en las iglesias cristianas, aceptado por reyes y emperadores, con algunas restricciones, y continuó en vigor durante toda la Edad Media. Pero no fue hasta la época feudal en que la institución adquiere la máxima relevancia. Los lugares sagrados como el obispado, la abadía, la iglesia, se constituyeron en verdaderos reductos que protegen a las personas de los poderes civiles. De manera general, a lo largo de la historia de la humanidad se pueden encontrar innumerables pueblos y minorías perseguidas, gente obligada a abandonar sus hogares por diferentes razones. *Vid.* ALONSO PEREZ, F.: “Refugiados y desplazados: el derecho de asilo”, en CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DE LA CRUZ ROJA ESPAÑOLA: *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 381-399).

<sup>179</sup> Existían en la antigüedad zonas de asilo consideradas sacras cuyo territorio era inviolable y donde no podía ejercerse la persecución. En este orden de ideas, en la civilización azteca, todo esclavo cuya condición se debiera a deudas o delito podía recuperar su libertad si alcanzaba a refugiarse en el Techan, el palacio real. Sólo su amo o los hijos del amo podían oponérsele y ningún otro tenía derecho a impedir la acción de refugio del esclavo bajo pena de ser considerado él mismo esclavo. En el Antiguo Testamento, se relata que Jehová ordena a Moisés que una vez que el pueblo israelita se instale en la Tierra Prometida, se funden seis ciudades destinadas al refugio de los extranjeros inocentes perseguidos

“hospitalidad”<sup>180</sup> para referirse a la acogida de las personas que son víctimas de estas situaciones.

En tal sentido, se relaciona el concepto de refugiado con tiempos pasados, pero no es hasta el siglo XX cuando, en el marco del establecimiento de estándares para la asistencia y la protección de personas que huyen de su país de origen o residencia, se desarrolla un concepto de validez universal, que da origen a un estatuto jurídico, producto de las exigencias humanitarias<sup>181</sup>.

Sin embargo, en relación con esta institución jurídica, se puede afirmar que hay distintos conceptos de refugiados en el Derecho internacional, los cuales dependerán del instrumento jurídico convencional al que se haga referencia. Sobre este particular, se podría decir que algunos de estos conceptos “relativos”<sup>182</sup> son lógicamente más amplios que otros; por tanto, los mismos “son establecidos por convenios de ámbito subjetivo potencialmente universal, son expresados dentro de límites especiales y temporales muy reducidos e inexistentes y, en consecuencia, tienen una mayor significación para el Derecho internacional general”<sup>183</sup>.

---

(VILLALPANDO, W.: “El asilo en la historia”, ACNUR: *Un instrumento de paz*, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Madrid, 1986, pág. 10).

<sup>180</sup> El asilo parece nacer de las costumbres nómadas. Estos pueblos obligados o acostumbrados a transitar lo aluden con asiduidad a través de la práctica de la hospitalidad, la acogida de los “hombres de la tienda”. Así, el poeta pre-islámico Urwa Ibn Al Ward decía, refiriéndose a su propia hospitalidad: “Mi lecho es el lecho del huésped, mi casa es su casa, ni siquiera una bella velada me induce a distraerme de él. Lo entretengo conversando porque incluso esto forma parte de la hospitalidad, aun sabiendo que terminará cediendo al sueño. Dos grandes pueblos, precisamente en su origen nómadas, el musulmán y el judío, contienen remarcables ejemplos de hospitalidad, práctica que es incorporada a sus leyes” (VILLALPANDO, W.: “El asilo en la historia...”, cit., pág.10).

<sup>181</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Curso de Derecho internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1994, pág. 266.

<sup>182</sup> Entre los conceptos relativos de refugiado se pueden señalar el concepto de refugiado inscrito en el *Acuerdo sobre la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos y armenios de 1926*, el *Acuerdo relativo a la ampliación a otras categorías de refugiados de ciertas medidas tomadas a favor de los refugiados rusos y armenios de 1928*, o el *Acuerdo provisional relativo al estatuto de los refugiados provenientes de Alemania de 1936*. Un ejemplo concreto de estos “conceptos relativos” podría ser el concepto de refugiado asirio, asirio-caldeo y asimilado inscrito en *Acuerdo provisional relativo al estatuto de los refugiados provenientes de Alemania de 1936*: “Toda persona de origen asirio o asirio-caldeo, así como, por asimilación, toda persona de origen sirio o kurdo, que no gocen o no gocen más de la protección del Estado al cual ella pertenece y que no ha adquirido o no posee otra nacionalidad”.

<sup>183</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “El concepto de refugiado en el Derecho internacional general”, en *REDI*, 1983, vol. II, pág. 338.

Por tanto, debido a la relatividad otorgada por los diversos instrumentos jurídicos, por las distintas naturalezas de los mismos y por las interpretaciones que los Estados y la doctrina han dado al concepto<sup>184</sup>, definirlo se ha convertido en un reto importante para el Derecho internacional. Esta circunstancia ha suscitado ciertos inconvenientes, pues este concepto es fundamental para el establecimiento del sistema de protección y para la determinación de los elementos del estatuto refugiado, ya que es precisamente en la definición de esta institución jurídica donde reside el alcance de la protección internacional. Así pues, era necesaria una norma jurídica de carácter general que impusiera obligaciones de protección y definiera una persona como refugiado. En este sentido, definir los límites y contenido del concepto de refugiado en el ámbito del Derecho internacional no fue una tarea sencilla; y aun en la actualidad, su desarrollo se presenta como un desafío para la sociedad internacional.

Paralelamente a las conversaciones sobre la importancia de la elaboración de un instrumento que sistematizara el concepto de refugiado y su protección, se creó el ACNUR, en cuyo estatuto<sup>185</sup>, aprobado el 14 de diciembre de 1950, se reconocía como refugiado no sólo a las personas a quienes esa cualidad correspondiera, según preveían los instrumentos jurídicos internacionales anteriores, ni a los que reclamaran con fundamento estar sometidas a persecución, a consecuencia de acontecimientos acaecidos antes del 1 de enero de 1951, sino que, además, establecía que se consideraría refugiado a:

“Toda persona que se halle fuera del país cuya nacionalidad ostente o, si carece de nacionalidad, fuera del país en el que tenía su residencia habitual, debido a que tuviera o haya tenido un miedo bien fundado a ser perseguido por razón de su raza, su religión, su nacionalidad o sus opiniones políticas y que no pueda o, a causa de tal temor, no quiera prevalerse de la protección del gobierno del país de su previa residencia habitual”.

A pesar de la importancia que tiene esta definición, parece oportuno centrarse en el análisis del concepto contenido en la Convención de 1951, modificada luego por su

---

<sup>184</sup> Al respecto puntualiza FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, que “como toda institución ha sido objeto a lo largo de su historia de modificaciones sustanciales” (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “Hacia un concepto jurídico amplio de refugiado”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coord): *Refugiados...*, cit., pág. 19).

<sup>185</sup> Para un estudio sobre su historia: HOLBORN, L.: *Refugees: A Problem of Our Time...*, cit., pág. 9 y ss.

Protocolo del 31 de enero de 1967, por tratarse de una definición universal<sup>186</sup> en el marco de una convención multilateral ratificado por un gran número de Estados. De esta manera, el artículo 1, sección A, de la Convención de 1951 establece que será reconocida como refugiado la persona<sup>187</sup>:

“1. Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los arreglos del 12 de mayo de 1926 y de 30 de junio de 1928 o de las Convenciones de 28 de octubre de 1933 y de 10 de febrero de 1938, del Protocolo de 14 de septiembre de 1939 o de la constitución de la Organización Internacional de Refugiados. Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.

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 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 él”.

Si se comparan la definición desarrollada en el Estatuto del ACNUR, y la incluida en la Convención de 1951, puede observarse que el ACNUR, como órgano encargado de la protección internacional, abordó la redacción del concepto de refugiado, con vistas a ampliar la determinación de los mismos, desarrollando dos

---

<sup>186</sup> “Today this Convention refugee definition is one of the most widely accepted international norms and remains the sole legally binding international instrument that provides specific protection to refugees” (STEINBOCK, D.: “The Refugee Definition as Law...”, cit., pág. 13). De igual manera, CREPEAU, F.: “Droit comparé de l’asile et du refuge. L’application diversifiée de la Convención de Ginebra de 1951 en Europe et ailleurs”, en SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL: *Droit d’asile et des réfugiés...*, cit., pág. 76.

<sup>187</sup> Para un análisis teórico del concepto, puede consultarse: SZTUCKI, J.: “Who is refugee? The Convention definition: Universal or obsolete”, en NICHOLSON, F. y TWOMEY, P. (eds.): *Refugee. Rights and Realities. Evolving international concepts and regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, págs. 22-24; WIERZBICKI, B.: “The notion of a refugee in international law: progressive development or stabilization”, *International Institute of Humanitarian Law Yearbook*, 1988, págs. 69-78; HATHAWAY, J.C.: “The development of the refugee definition in international law, the law of refugee status”, en MUSALO, K., MOORE, J. and BOSWELL, R.A.: *Refugee law and policy: a comparative and international approach*, Carolina Academic Press, Durham, N. C., 2002, pág. 67 y ss; GALINSOGA JORDÁ, A.: “El Estatuto de los refugiados ...”, cit., pág. 35, y la obra general de CARLIER, J., VANHEULE, D.; HULLMAN, R. Y. y GALIANO, P.: *Who is a refugee? A comparative case law study*, Kluwer Law International, Cambridge, 1997. Sobre el carácter civil del refugiado puede verse: FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: “El carácter civil del refugiado”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (ed.): *La Revitalización...*, cit., pág. 45.

definiciones diferenciadas de refugiado. La primera es muy similar a la de la Convención (párrafo 6, A)<sup>188</sup>, mientras que en la segunda, muy propia de su mandato, no se establecen limitaciones de aplicación ni en el tiempo ni en el espacio (párrafo 6, B)<sup>189</sup>.

El concepto de refugiado de la Convención de 1951 es semejante al primer concepto recogido en el Estatuto del ACNUR, salvo por la inclusión en la Convención del elemento de “pertenencia a determinado grupo social”, como un motivo que puede generar persecución. No obstante, la definición transcrita incluye las limitaciones de tiempo y lugar respecto a las personas protegidas, al referirse a acontecimientos producidos antes del 1 de enero de 1951, y que estos acontecimientos hayan sido producidos en Europa, requisitos que, posteriormente, fueron suprimidos por el Protocolo de 1967.

En este sentido, de lo expresado en esta definición puede deducirse que el simple hecho de que una persona se vea forzada a abandonar su país por motivo de persecución da lugar a que se planteen problemas legales y humanitarios de orden internacional. Esta persona no solamente carece o rechaza con fundadas razones la protección consular y diplomática de los representantes del país de su nacionalidad, sino que plantea una situación a las autoridades del país de acogida que remite a normas de Derecho internacional concretamente al Derecho internacional de los refugiados<sup>190</sup>. Estas personas que huyen por un temor fundado buscan la protección que no pueden recibir,

---

<sup>188</sup> “Cualquier persona que haya sido considerada como refugiado 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 Refugiados”.

<sup>189</sup> “Cualquier persona 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 u opinión política, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera acogerse a la protección de ese país, o que, por carecer de nacionalidad y estar fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera regresar a él”.

<sup>190</sup> SANTIESTEVEAN, J.: “La Protección internacional a los refugiados en México, Centro-América y Panamá: problemas jurídicos y humanitarios”, en ACNUR: *La protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas jurídicos y humanitarios*, Memorias del Coloquio en Cartagena de Indias de 1984, Centro de Estudios del Tercer Mundo, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1986, pág. 40.

por diferentes razones, en su país de origen o de residencia habitual. En este sentido, la protección internacional<sup>191</sup> que refiere esta definición implica tutelar a ciudadanos extranjeros que ingresan a un Estado con necesidades de protección<sup>192</sup>, y su otorgamiento depende de que el Estado receptor califique a esas personas como refugiados<sup>193</sup>, mediante una determinación individual de las causas que motivan la persecución, sin que se haga mención expresa a la protección de grupos de personas<sup>194</sup>. En este sentido, en palabras de FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “(...) es curioso señalar cómo el concepto de refugiado aparece en el orden internacional ligado tanto a los desplazamientos masivos de personas como a la persecución concreta”.

La evolución del concepto de refugiado se ha desarrollado en paralelo a los cambios sociales y el fenómeno sociológico de los desplazamientos forzados. En este sentido, se puede afirmar, con fundamento en la opinión de MARÍÑO MENÉNDEZ, que el concepto de refugiado ha evolucionado en tres líneas de desarrollo: en primer lugar, los conceptos fueron ampliando su ámbito *ratione personae*, hasta considerar en

---

<sup>191</sup> La Asamblea General de las Naciones Unidas, en Resolución 319 (IV) de 3 de diciembre de 1949, explícitamente reconoció: “que la protección internacional a los refugiados incumbe a Naciones Unidas”.

<sup>192</sup> Michael Moussalli, quien en aquel momento era Director de protección internacional del ACNUR en Ginebra, tras precisar que el mandato del ACNUR consistía en otorgar protección internacional y en buscar soluciones duraderas, aclaró que: “(...) [i]n extending international protection to refugees, UNHCR seeks primarily to ensure that refugees are treated in accordance with recognized international standards established for their benefit, notable those contained in the 1951 United Nations Refugee Convention and 1967 Protocol or other legal instruments or UN Resolutions or Declarations. Although the provision of physical protection to refugees is not a function specifically envisaged by the Statute of the Office, the question of the physical safety of refugees is one which has become of increasing concern to the Office in recent years. It is however clear that UNHCR cannot extend direct physical protection to refugees as this must remain the primary responsibility of governments of the countries where refugees may find themselves. In seeking to obtain that the physical safety of refugees is adequately ensured by the countries concerned, the Office has recourse to the full range of actions at its disposal, including legal, diplomatic, often material assistance, or to increased staff presence in the field, so as to ensure that the countries concerned or the relevant political organs of the United Nations assume their respective responsibilities in this field”. Tal aclaración pretendía, frenar la tendencia de ciertos funcionarios y oficiales del ACNUR a hablar sobre protección, omitiendo el término correcto de protección internacional, lo que había causado en varias oportunidades malos entendidos con respecto a la vinculación directa de la agencia con la responsabilidad de la protección física de los refugiados y de las personas de interés (*Meaning and use of the term International Protection*, Branch Office Memorandum No 22/83, UNHCR Doc. 600, GEN. 11, Internal Distribution, March 1983, párrs. 2-3).

<sup>193</sup> “El concepto de refugio, que es propiamente internacional, remite, por tanto, a la legitimidad del abandono del Estado de origen, limitándose a ofrecer un régimen mínimo de permanencia a quienes resulten ser acogidos por cualquier Estado distinto a aquél en que el beneficiario es perseguido” (PERAL FERNÁNDEZ, L.: *Éxodos masivos...*, cit., pág. 28).

<sup>194</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., “Hacia un concepto jurídico amplio de refugiado...”, cit., págs. 23-24.

la actualidad que el refugiado no es definido de acuerdo a su origen geográfico o dentro de algunos términos temporales; en segundo lugar, los conceptos han ido expresando de manera progresiva el “motivo” por el cual es otorgada la protección, hasta el punto de que en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 el elemento del “miedo bien fundado de persecución” en el Estado de origen se ha convertido en el núcleo del concepto y estatuto de refugiado; en tercer y último lugar, que el concepto de refugiado, como resultado de la práctica internacional, posee un alcance muy general que, en el marco de diversos instrumentos jurídicos internacionales, tiende a ser de uso general entre los Estados<sup>195</sup>. No obstante, las respuestas ante los flujos masivos no han sido incluidas en esta evolución aun cuando desde 1951 se reconocía la importancia de la consideración de los flujos masivos en este régimen.

### **3.1. Los elementos del concepto de refugiado.**

En la actualidad, los instrumentos internacionales que integran el régimen de protección de los refugiados son la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 y, en este marco jurídico, el concepto de refugiado viene determinado por la concurrencia de cuatro elementos<sup>196</sup>: a) estar fuera de su país de origen (ser extranjero o apátrida); b) que la persona no quiera o no pueda acogerse a la protección del Estado del que es nacional o volver a él (ausencia de protección estatal); c) que esta incapacidad o falta de voluntad sea debida a fundados temores de ser perseguida y d) que la persecución esté basada en motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas<sup>197</sup>. Tales elementos deben ser concurrentes, por lo que para ser considerado refugiados no basta con estar fuera del país de origen sino que deben converger estos cuatro elementos.

---

<sup>195</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “El concepto de refugiado...”, cit., págs. 342-343.

<sup>196</sup> HATHAWAY, J.C.: “The Evolution of Refugee Status in International Law”, en *ICLQ*, vol. 33, 1984, págs. 19-20.

<sup>197</sup> Para un análisis de cada uno de estos elementos, puede consultarse MARTÍN ARRIBAS, J.J.: Los estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo, Dykinson S.L, Burgos-Madrid, 2000, págs. 52-58; VALDEZ ARROYO, F: *Ampliación del concepto de refugiado en el Derecho internacional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales, Lima, 2004, págs. 30-75; ACNUR: *Manual de Procedimientos...*, cit., párrs. 66-86.

Como se puede apreciar, los elementos del concepto se desprenden del contenido del mismo artículo 1.A.2 de la Convención de 1951, y se les denomina, *cláusulas de inclusión*, por ser aquellas que en el proceso de determinación individual caracterizan al refugiado o al solicitante de dicha condición. Son, pues, elementos que deben concurrir para que una persona pueda solicitar protección en el Estado receptor, lo cual no necesariamente indica ser reconocida como refugiado. Así, en palabras del ACNUR, “[l]as cláusulas de inclusión establecen los criterios a que debe responder una persona para ser considerada refugiado. Constituyen la base positiva sobre la que se apoya la determinación de la condición de refugiado”<sup>198</sup>.

Dado que el análisis de estos elementos resultaría complejo y extenso, nos limitaremos brevemente a definirlos en la medida necesaria para establecer sus características.

Con vista a obtener la protección internacional, que es lo que solicita un refugiado, el primer elemento “de estar fuera de su país de origen” es condición *sine qua non*<sup>199</sup>, pues para poder ser reconocido como refugiado la persona debe estar fuera del país de nacionalidad o residencia habitual<sup>200</sup>, ya que la presencia de la persona en su país de origen o residencia, supone la protección estatal ejercida en su jurisdicción.

Por consiguiente, una persona que tenga la protección de su Estado no necesita la protección internacional que vincula la condición de refugiado. Esta característica es lo que diferencia a los refugiados de los desplazados internos<sup>201</sup>, donde la protección sigue siendo otorgada por el Estado del cual es residente o nacional.

---

<sup>198</sup> ACNUR: *Manual de Procedimientos...*, cit., párr. 31.

<sup>199</sup> PONTE, M. T: *Conflictos armados...*, cit., pág.77.

<sup>200</sup> Existe un caso especial, que es el caso de los apátridas. Éstos al no ser ciudadanos de ningún país no se les aplica el requisito de encontrarse fuera de su país de origen. Sin embargo, se hace una aplicación extensiva en el inciso 2 de la parte A del artículo 1 de la Convención de 1951, adecuando los términos al caso: “país donde antes tuviera su residencia habitual”. Vid. ACNUR: *Manual de Procedimientos...*, cit., párrs. 89-105.

<sup>201</sup> Para un análisis de la diferenciación de los conceptos puede consultarse BARUTCISKI, M.: “Tensions between the refugee concept and the IDP debate”, *Forced Migration Review*, núm. 3, 1998, págs. 12-13; LEE, L.: “Internally displacement persons and refugees: Toward a legal síntesis?”, en *IJRL*, vol. 9, núm. 1, 1996, págs. 27-42. Para ampliar el tema BEYANI, CH.: *Human rights Standard and the free movement of people within status*, Oxford University Press, Oxford, 2000; HAMPTON, J. (ed.): *Internally displaced people- a global survey*, Earthscan Publications Limited, London, 1998; GEISSLER, N.: “The



El segundo elemento está relacionado con la “imposibilidad de recibir protección del Estado del que es nacional o residente”, que lo obligue a buscarla fuera de las fronteras. En este sentido, es preciso tener en cuenta que la desprotección puede surgir por dos razones diferentes: en primer lugar, por causa ajena a la voluntad de la persona que se trate, o sea a causa del propio Estado, que por diversos motivos no puede otorgarla de manera eficaz<sup>202</sup>; así puede ocurrir que el país, por motivos de conflicto armado, disturbios o tensiones internas, no logre brindar la protección debida a sus ciudadanos. Pero también puede ocurrir, que el Estado niegue la protección al solicitante de refugio<sup>203</sup>, lo cual puede confirmar o reforzar los temores de la persona y convertirse en un elemento de persecución<sup>204</sup>. Por otra parte, puede que la persona con temor de persecución no quiera, por causas propias, aceptar la protección de su país de origen o residencia y, de esta manera y en función de los mismos temores que le obligaron a huir, la persona rehúse acogerse a la protección de este Estado<sup>205</sup>.

---

international protection of internally displaced person”, en *IJRL*, vol. 11, núm.3, 1999, págs.451-478; KORN, D.: *Exodus within borders- an introduction to the crisis of internal displacement*, Brooking Institution Press, Washington, 1999; KÄLIN, W.: *Guiding principles on internal Displacement-Annotations*, American Society of International Law and Brookings Institution, Washington, 2000; PHUONG, C.: *The international protection of internally displaced persons*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

<sup>202</sup> Este sería el caso de agentes no-estatales, cuya persecución puede causar temor fundado ya que “the wording of the 1951 Convention does not require any direct responsibility of the State”. Al respecto puede verse, KÄLIN W.: “Non-State Agents of persecution and the inability of the State to Protect”, *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 15, 2001, pág. 418. La Convención de 1951, no consideró el tema de los agentes de persecución, por tanto los defensores de la visión proteccionista afirman “the purpose of the CSR51 is to help victims of persecution in need of internacional protection. That need not only exist in cases where the state is unwilling to protect them from non-state persecution, but also where the State is unable to do so” (VERMEULEN, B.: “Persecution by Third Parties”, University of Nijmegen, Centre for Migration Law, may 1998, en [www.ecre.org/research/nsagents.html](http://www.ecre.org/research/nsagents.html), pág.5).

<sup>203</sup> “La determinación de lo que constituye denegación de la protección debe efectuarse a la luz de las circunstancias del caso. Si parece que se deniegan al solicitante servicios (por ejemplo, negativa de conceder un pasaporte nacional o de prorrogar su validez o denegación de admisión en el territorio nacional) que normalmente se proporcionan a sus conciudadanos, este hecho puede constituir una denegación de la protección en el sentido de la definición” (ACNUR: *Manual de Procedimientos...*, cit., párr. 99).

<sup>204</sup> ACNUR: *Manual de Procedimientos...*, cit., párr. 98.

<sup>205</sup> ACNUR: *Manual de Procedimientos...*,cit., párr. 100.

Respecto al tercer elemento de “la existencia de un temor fundado de persecución”<sup>206</sup>, resulta importante resaltar que constituye la parte esencial de la definición y que el mismo, a su vez, fundamenta su existencia en dos elementos<sup>207</sup>: uno de carácter subjetivo, relacionado con la existencia del temor como sentimiento de una persona, y otro de carácter objetivo, que implica que sea fundado, lo que quiere decir que el temor debe estar fundado en una situación objetiva que pueda comprobarse.

Este tercer elemento hace referencia a la determinación de la persecución contra la persona que solicita se le conceda el estatuto de refugiado, lo cual en muchas ocasiones, constituye el elemento más difícil de concretar, debido a que el concepto de persecución no ha sido definido en ninguno de los instrumentos del Derecho internacional de los refugiados<sup>208</sup>. A efectos prácticos y con vistas a facilitar la determinación de personas como refugiados, el ACNUR interpreta la persecución como “toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, incluyendo las violaciones de derechos humanos por los mismos motivos”<sup>209</sup>.

---

<sup>206</sup> Los esfuerzos para definir la persecución no han tenido éxito, de manera que no existe una definición universalmente aceptada de la noción de persecución, por lo que resulta necesario analizar los elementos en cada caso concreto. *Vid.* ACNUR: *Manual de Procedimientos...*, cit., párr. 51.

<sup>207</sup> Al ser definido el temor “como un estado de ánimo y una condición subjetiva” es necesario que no sólo el estado de ánimo de la persona interesada sea lo que determine su temor sino la condición objetiva, teniendo en consideración que “las reacciones psicológicas de los distintos individuos pueden no ser las mismas en condiciones idénticas” (ACNUR: *Manual de Procedimientos...*, cit., párrs. 38 y 40). También, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., “Hacia un concepto jurídico amplio de refugiado...”, cit., págs. 23-24. El ACNUR considera que es importante evaluar las declaraciones del solicitante, examinando en el contexto de la situación pertinente. Por ello, considera que el conocimiento de la situación en el país de origen del solicitante, aunque no sea un objetivo primordial, es un elemento importante para evaluar el grado de credibilidad de la persona. En general, los temores pueden considerarse fundados si pueden demostrar, en medida razonable, que la permanencia en su país de origen se les ha hecho insoportable por las razones indicadas en la definición o que, basándose en las mismas razones, les resultaría intolerable regresar a él. El Manual ofrece un argumento importante: el hecho de entender que las consideraciones del temor no tienen por qué estar basadas necesariamente en la experiencia personal directa del solicitante, ya que lo que le haya ocurrido a sus amigos o parientes, y a otros miembros del grupo racial o social pueden ser un indicio suficiente para que sus temores puedan convertirse en fundados (ACNUR: *Manual de Procedimientos*, cit., párrs. 42-43).

<sup>208</sup> De cara a concretar el tema, HATHAWAY propone una definición general de persecución, en virtud de la cual se constituirá como persecución toda violación continuada de los derechos de la persona resultante de la ausencia de una protección estatal efectiva (HATHAWAY, J.C: *The Law of Refugee Status...*, cit., pág. 101).

<sup>209</sup> ACNUR: *Manual de Procedimientos...*, cit., párr. 51.

En la Europa comunitaria ha establecido que para considerar la existencia de persecución se debe examinar: i) si es lo suficientemente grave, por su naturaleza o su repetición, ii) si consiste en un ataque básico a los derechos humanos, como por ejemplo la vida, la libertad o la integridad física, de tal forma que impida a la persona que lo sufre vivir en su país de origen, y iii) si está basada en los motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas señalados en la Convención de 1951<sup>210</sup>. Mas recientemente, el artículo 9 de la *Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida*, hace referencia a los actos de persecución de la siguiente manera:

“Los actos de persecución en el sentido de la sección A del artículo 1 de la Convención de Ginebra deberán: a) ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales, en particular los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del apartado 2 del artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o bien b) ser una acumulación de varias medidas, incluidas las violaciones de los derechos humanos, que sea lo suficientemente grave como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a). 2. Los actos de persecución definidos en el apartado 1 podrán revestir, entre otras, las siguientes formas: a) actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual; b) medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o se apliquen de manera discriminatoria; c) procesamiento o penas que sean desproporcionados o discriminatorios; d) denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias; e) procesamiento o penas por la negativa a cumplir el servicio militar en un conflicto en el que el cumplimiento del servicio militar conllevaría delitos o actos comprendidos en las cláusulas de exclusión establecidas en el apartado 2 del artículo 12; f) actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o a niños. 3. De conformidad con lo previsto en la letra c) del artículo 2, los motivos mencionados en el artículo 10 y los actos de persecución definidos en el apartado 1 del presente artículo deberán estar relacionados”.

Dicha disposición pone de manifiesto que en el ámbito europeo, a diferencia de lo establecido en el *Manual de Procedimientos* del ACNUR, se definen con más precisión los actos de persecución. En todo caso, lo que es común a los dos instrumentos es que los temores deben guardar relación con la persecución<sup>211</sup>.

---

<sup>210</sup> Vid. Posición Común 96/196/JAI, de 4 de marzo de 1996, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término “refugiado” conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de refugiado, D.O.C.E., L 63, de 13.3.1996, págs. 02-03.

<sup>211</sup> Al respecto, el artículo 10 de la *Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004* establece la raza, la religión, la nacionalidad y la pertenencia a un grupo social determinado u opiniones políticas, como motivos de persecución en igual sentido que la Convención de 1951.

Por último, el cuarto elemento, que se refiere a que el fundamento de esos temores estén basados en motivos de raza<sup>212</sup>, religión<sup>213</sup>, nacionalidad<sup>214</sup>, pertenencia a determinado grupo social<sup>215</sup> u opiniones políticas<sup>216</sup>, es un elemento que limita el

---

<sup>212</sup> El ACNUR considera que la raza debe entenderse en un sentido amplio que abarca todos los grupos étnicos. Puede que con frecuencia implique la pertenencia a un grupo social determinado de ascendencia común, pero el mero hecho de pertenecer a un grupo racial determinado no será suficiente para justificar la reclamación de la condición de refugiado. Al respecto apunta que la discriminación por motivos de raza equivaldrá a persecución siempre que se vulnere la dignidad humana de una persona hasta un punto incompatible con los derechos humanos más elementales e inalienables, o cuando no hacer caso a barreras raciales lleve aparejadas graves consecuencias (ACNUR: *Manual de Procedimientos...*, cit., párrs. 68-70). De forma general, se habla de la existencia de diferentes grupos humanos y el término "raza" es utilizado para resumir la apariencia general (color de piel, textura de pelo, forma del ojo, caracteres biológicos como los genes y la identificación propia). De hecho, en la Europa comunitaria, la *Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida* establece en su artículo 10 que "el concepto de raza comprenderá, en particular, consideraciones de color, origen o pertenencia a un determinado grupo étnico". Desde el punto de vista científico la raza no parece tener justificación, por tanto, muchos autores evolucionistas señalan que la definición común de raza no tiene validez debido a su imprecisión y arbitrariedad. En el ámbito de la antropología, se parte de la premisa fundamental de que la especie humana está compuesta por una única raza, que se encuentra dividida en diferentes orígenes étnicos que a su vez se encuentran divididos en pueblos. Por ello, a partir de 1960 se ha reconocido la "raza" como una categoría cultural o construcción social, o sea como un término particular que se tiene para hablar de un determinado grupo social. Al respecto, MARKS, J.: *Human biodiversity: genes, race, and history*, Aldine de Gruyter, New York, 1995, págs. 67-73; SARICH, V.; MIELE, F.: *Race: The Reality of Human Differences*, Westview Press, New York, 2004, págs. 34-45. En la Convención para la prevención de todas las formas de discriminación racial de 1965, "la expresión «discriminación racial» denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública". El Tribunal de Ruanda en el asunto *Akayesu* adoptó una interpretación más restrictiva del término grupo racial, estableciendo que "the conventional definition of racial group is based on the hereditary physical traits often identified with a geographical region, irrespective of linguistic, cultural, national or religious factors". El Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia reconoció que el intento de los redactores de la Convención de Genocidio fue valorar los grupos *on an objective rather than a subjective basis* (Prosecutor v. Jelusic, Trial Judgement, Case No. IT-95-10-T, 14 December 1999 (Jelusic Judgement), paras. 69-72). Por tanto, se puede deducir que el término "raza" no posee una definición en el ámbito del Derecho internacional.

<sup>213</sup> La persecución por motivos de religión puede adoptar diversas formas, por ejemplo, la prohibición de pertenecer a una comunidad religiosa, la práctica del culto en privado o en público, la instrucción religiosa o bien medidas llevadas a cabo en la práctica de su religión o por pertenecer a una determinada comunidad religiosa. "Al igual que ocurre en relación a la raza, el hecho de pertenecer a una determinada comunidad religiosa no es motivo para ser considerado como refugiado" (ACNUR. *Manual de Procedimientos...*, cit., párr. 73).

<sup>214</sup> Esta debe entenderse como pertenencia a un grupo étnico o lingüístico y, a veces puede coincidir con el concepto de raza. La persecución por motivos de nacionalidad, puede consistir en medidas y comportamientos contrarios a una minoría nacional y, en determinadas circunstancias, el hecho de pertenecer a esa minoría puede de por sí suscitar fundados temores de persecución (ACNUR: *Manual de Procedimientos...*, cit., párr. 74).

<sup>215</sup> Comprende personas de antecedentes, costumbres o condición social similares. La pertenencia a este grupo social, puede ser la causa de la persecución porque no se confía en la lealtad del grupo a los poderes públicos o porque se considera que las opiniones políticas, los antecedentes o la actividad económica de sus miembros, o la existencia misma del grupo social como tal, son un obstáculo a la

concepto y protege a una categoría de personas, a las cuales se le vulneran los derechos humanos más fundamentales<sup>217</sup>. Por lo general, estos motivos suelen combinarse, pero basta que la persona demuestre su temor fundado sobre uno cualquiera de ellos.

---

política gubernamental. Vid. ACNUR: *Manual de Procedimientos...*, cit., párrs. 77-78. Para analizar con más detalle este motivo puede revisarse, ALEINIKOFF, T.A.: "Protected characteristics and social perceptions: An analysis of the meaning of membership of a particular social group", en FELLER, E., TÜRK, V. and NICHOLSON, F. (eds.): *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, págs. 263-280; FULLERTON, M.: "A comparative look at refugee status based on persecution due to membership of a particular social group", en *Cornell International Law Journal*, núm. 26, 1993, pág. 505. Para analizar el tema de género y mujer, BINDER, A.: "Gender and the 'membership in a particular social group' category of the 1951 Refugee Convention", en *Columbia Journal of Gender and Law*, núm. 10, 2001, págs. 35-49; CONNORS, J.: "Legal aspects of women as a particular social group", *IJRL Special Issue*, núm. 9, 1997, págs. 114-120.

<sup>216</sup> El solicitante debe mostrar que es perseguido por sus opiniones políticas, ya que el hecho de sostenerlas no justifica la reclamación de la condición de refugiado. La persecución por este aspecto, supone mantener opiniones no toleradas por las autoridades, y presupone además un conocimiento por parte de esas autoridades de esas opiniones o que se las atribuyan al solicitante. Por tanto, la persecución por motivos políticos implica que el solicitante sostiene una opinión que ha sido expresada o que ha llegado a conocimiento de las autoridades, aunque para solicitar refugio no es necesario que demuestre que las autoridades de su país la conocían. Vid. VALDEZ ARROYO, F: *Ampliación...*, cit., págs. 35.

<sup>217</sup> La Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, establece que: "1. Al valorar los motivos de persecución, los Estados miembros tendrán en cuenta los siguientes elementos: a) el concepto de raza comprenderá, en particular, consideraciones de color, origen o pertenencia a un determinado grupo étnico; b) el concepto de religión comprenderá, en particular, la profesión de creencias teístas, no teístas y ateas, la participación o la abstención de participar en cultos formales en privado o en público, ya sea individualmente o en comunidad, así como otros actos o expresiones de opinión de carácter religioso, o formas de conducta personal o comunitaria basadas en cualquier creencia religiosa u ordenadas por ésta; c) el concepto de nacionalidad no se limitará a la ciudadanía o a su falta, sino que comprenderá, en particular, la pertenencia a un grupo determinado por su identidad cultural, étnica o lingüística, sus orígenes geográficos o políticos comunes o su relación con la población de otro Estado; d) se considerará que un grupo constituye un determinado grupo social si, en particular:- los miembros de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella, y - dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea. En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual. No podrá entenderse la orientación sexual en un sentido que comporte actos considerados delictivos por la legislación nacional de los Estados miembros. Podrían tenerse en cuenta aspectos relacionados con el sexo de la persona, sin que ellos por sí solos puedan dar lugar a la presunción de aplicabilidad del presente artículo; e) el concepto de opiniones políticas comprenderá, en particular, la profesión de una opinión, idea o creencia sobre un asunto relacionado con los agentes potenciales de persecución mencionados en el artículo 6 y con sus políticas o métodos, independientemente de que el solicitante haya o no obrado de acuerdo con tal opinión, idea o creencia. 2. En la valoración de si un solicitante tiene fundados temores a ser perseguido será indiferente el hecho de que posea realmente la característica racial, religiosa, nacional, social o política que suscita la acción persecutoria, a condición de que el agente de persecución atribuya al solicitante tal característica".

En virtud de lo dispuesto en la Convención de 1951, se es refugiado desde el momento en que se reúnen los cuatro elementos arriba mencionados, y no desde que un acto de una autoridad pública así lo establezca. Al respecto, es importante señalar que la condición de refugiado se reconoce y no se otorga<sup>218</sup>.

A modo de resumen puede decirse que las categorías de personas a las que el Derecho internacional les otorga un estatuto especial se conocen como refugiados, cuya definición se caracteriza principalmente por su elemento subjetivo. De esta manera, toda persona con temor fundado de persecución que cruce la frontera de su país de origen se constituye como refugiado, convirtiéndose en sujeto activo de protección internacional<sup>219</sup>.

### **3.2. La ampliación del concepto de refugiado.**

El artículo 1 A, párrafo segundo de la Convención de 1951 estableció, por vez primera, un concepto universal de refugiado, donde se precisaban los elementos y se establecían las circunstancias concretas que podían causar temor fundado de persecución a una persona, como se reseñó anteriormente. La redacción de esta definición jurídica aparejó el desarrollo de un sistema de determinación, en el cual los elementos de la definición debían ser comprobados de forma individual, aun cuando la realidad de los acontecimientos parecieran plantear la necesidad del establecimiento de un sistema operativo capaz de hacer frente a los flujos masivos de población que huían hacia diferentes países y que también necesitan protección internacional.

El desarrollo de este concepto legal individualizó la determinación y constituyó un notable avance en la fijación de las causas y de las personas que necesitaban protección internacional por el hecho de sufrir persecución. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, el concepto convencional de refugiado previsto en la Convención de 1951 parecía no abarcar las necesidades de protección que surgían con la proliferación de conflictos armados internos e internacionales, la violencia generalizada

---

<sup>218</sup> PONTE, M: *Conflictos armados...*cit., pág. 70, nota 94.

<sup>219</sup> EGUIGUREN, F: “Los desplazados internos: situación jurídica y propuestas de acción”, en IRIGOIN, J (comp.): *Derecho de los refugiados en el sur de América Latina: armonización legislativa y de procedimiento*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1995, pág. 30.

y la violación de los derechos humanos. En efecto, el cambio constante del escenario internacional, aunado a las restricciones de aplicabilidad del concepto por parte de los Estados, quienes alegaban en muchas circunstancias la inexistencia de nexos entre los hechos de persecución y los temores fundados de las personas que solicitaban la concesión del estatuto de refugiado, puso de relieve la necesidad de considerar más ampliamente el concepto de refugiado<sup>220</sup>.

Bajo una óptica de análisis extensivo, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ examina el tema de la ampliación del concepto de refugiado, y considera que “para poder precisar quiénes son sujetos con derecho a la protección internacional como refugiados, no basta con analizar todos y cada uno de los datos que nos aporta la definición de la Convención de 1951, requiere identificarlos primeramente y ante todo como víctimas de una situación que les lleva a la solicitud de refugio”<sup>221</sup>. Así, con esta premisa que considera al refugiado como víctima, el autor introduce un elemento novedoso para lograr una determinación menos restrictiva del estatuto de refugiado previsto en la Convención de 1951, porque el concepto de víctima es un concepto amplio que incluye las víctimas efectivas, directas y potenciales, las cuales tendrían también que incluirse en la consideración como sujetos de protección internacional<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> Resaltando la importancia de la universalización llevada a cabo a través del Protocolo de 1967 se ha afirmado, en relación con el ámbito de aplicación que posee la Convención de 1951, que sí su aplicación se limita sólo a proteger a los refugiados en Europa, dicho instrumento no sería suficiente para afrontar las nuevas situaciones de refugiados. *Vid.* HEIN, A., NAPOLITANO, A., RUIZ, M.: “Derecho comparado europeo sobre asilo y refugio”, en *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, págs. 649 y 663. En el mismo sentido ARENAS HIDALGO explica que “el concepto de refugio que recoge la Convención de 1951 resulta hoy demasiado restringido dadas las circunstancias en las que se debe ejercer la protección internacional de aquellos colectivos cuyas vidas o libertad se encuentran amenazadas” (ARENAS HIDALGO, N.: “La Desprotección del refugiado o de la Europa insolidaria”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.): *La Desprotección internacional de los Derechos Humanos*, Universidad de Huelva publicaciones, Huelva, 1998, pág. 139).

<sup>221</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “Hacia un concepto jurídico amplio de refugiado...”, cit., pág. 24.

<sup>222</sup> “(...) Una persona que haya sufrido una persecución contra su vida o su libertad u otras violaciones graves de sus derechos fundamentales por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, tiene derecho al estatuto de refugiado por ser una víctima efectiva. De esta misma manera, una persona que se encuentre amenazada (aunque no haya sido perseguida) por los mismos motivos es una víctima directa y, por tanto, tiene derecho igualmente a recibir la protección internacional como refugiado. Por otro lado, una persona que tenga fundados temores de ser perseguida, aunque no lo sea ni efectiva ni directamente, tiene derecho a la protección nacional”. En relación con esta última categoría de víctimas, el autor fundamenta su afirmación en el párrafo 43 del Manual de Procedimientos del ACNUR, en el cual se establece que las consideraciones para otorgar el estatuto de refugiado “no tienen que estar basadas necesariamente en la experiencia personal del solicitante. Lo ocurrido, por ejemplo, a sus amigos o parientes y a otros miembros del grupo racial o social puede ser indicio suficiente de que sus temores de convertirse también, más tarde o más temprano,

De esta manera, a pesar de que esta opinión amplía las consideraciones sobre los elementos del “temor fundado”, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ<sup>223</sup> considera que es preciso tomar en cuenta un aspecto importante relativo a las víctimas indirectas, quienes en diversas circunstancias tendrían necesidad de ser protegidas internacionalmente con el estatuto de refugiado. Al respecto, considera dos tipos diferentes de víctimas indirectas: las personas que se ven afectadas por una relación personal con aquellas otras que hayan obtenido o tengan derecho a obtener el estatuto jurídico de refugiado y, por otro, a aquellas personas que sienten amenazadas sus vidas o su libertad como consecuencia de una situación de violencia dada, aunque no se vinculen directamente con las causas de dicha violencia.

En relación a las personas afectadas por una relación personal, se hace referencia por un lado al cónyuge, los hijos menores y los padres de edad avanzada, respecto a los cuales considera que no existen mayores inconvenientes, pues en la mayoría de los casos, se les otorga el estatuto del familiar del que son dependientes o con el que conforman un grupo familiar<sup>224</sup>. Con respecto a los otros familiares, la regla general es que se realice la determinación individual, salvo que en determinados casos, pudiera considerarse como víctima indirecta<sup>225</sup>. En el caso de la segunda categoría de víctimas indirectas, que son aquellas personas que sienten amenazadas sus vidas o su libertad como consecuencia de la violencia generalizada, la situación resulta un tanto diferente que el caso de la primera categoría de víctimas indirectas, de hecho, la interpretación

---

en víctima de persecución (...)” (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “Hacia un concepto jurídico amplio de refugiado...”, cit., pág. 26).

<sup>223</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “Hacia un concepto jurídico amplio de refugiado...”, cit., pág. 26.

<sup>224</sup> Sobre este particular, sería importante tener en consideración que la Convención de 1951 no incluye ninguna disposición sustantiva que otorgue algún tipo de beneficio o que se refiera a la consideración por el hecho de ser familiares directos de la persona que sufre persecución. No obstante, el Acta Final de la Conferencia que aprobó la Convención de 1951, elaboró una recomendación a los gobiernos para que adoptaran una serie de medidas en orden de proteger a la familia del refugiado, en relación con : “1) asegurar que se mantenga la unidad de la familia del refugiado, sobre todo en los casos en que el jefe de familia reúna las condiciones necesarias para ser admitido en un país; 2) asegurar la protección a los refugiados menores de edad y sobre todo a los niños aislados y a las jóvenes, especialmente en cuanto a la tutela y la adopción” (NACIONES UNIDAS: *Serie de Tratados*, vol. 189, pág. 37).

<sup>225</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ opina que, si el sujeto principal que solicita refugio lo hace porque tiene fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión o nacionalidad, sería normal que su entorno familiar pertenezca a esos mismos grupos. Por otro lado, si la persecución se debiera a razones de pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, sus familiares podrían ver afectadas sus vidas o limitadas sus libertades, por el simple hecho de que el solicitante perteneciera a dichos grupos (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: “Hacia un concepto jurídico amplio de refugiado...”, cit., pág. 28).



jurídica no permite su inclusión dentro del concepto de refugiado. Esta dificultad ha impulsado la ampliación del concepto, no sólo bajo los aspectos puntualizados y desarrollados amplia y cuidadosamente por FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, sino porque los problemas de las poblaciones que huyen en masa de los conflictos, que según LÓPEZ GARRIDO<sup>226</sup>, desbordan el estrecho traje de la Convención de 1951 y del Protocolo Adicional de 1967.

Es importante resaltar que en la mayoría de los casos, la violencia generalizada produce desplazamientos masivos de personas ante los que la sociedad internacional ha reaccionado de forma diferente. Respecto a esta inminente realidad, las actuaciones de los Estados han sido distintas, pero es importante señalar que la sociedad internacional ha respondido a través de la asistencia humanitaria, y, a su vez, las Naciones Unidas han fortalecido esta ayuda con la ampliación del mandato del ACNUR<sup>227</sup> para apoyar a las personas que no pueden ser determinadas como refugiadas y resolver de alguna manera las necesidades de protección de estas personas, aunque fuese de forma temporal, debido a la imposibilidad de aplicar la Convención de 1951 y su determinar individualmente a los grupos de personas que huyen de violencias generalizadas.

A partir de 1960, con el comienzo de la descolonización del continente africano, las huidas en masa y la gran cantidad de solicitudes para la concesión del estatuto de refugiado produjeron importantes cambios en el escenario internacional<sup>228</sup>, lo cual, aunado a la violencia generalizada en gran parte del continente, dieron origen a un instrumento jurídico, en el que se logró sistematizar esta problemática, la Convención de la Organización para la Unidad Africana, de 10 de septiembre de 1969, donde se

---

<sup>226</sup> LÓPEZ GARRIDO, D.: *El Derecho de Asilo*, Editorial Trotta, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios Sociales, Madrid, 1991, pág. 125.

<sup>227</sup> “In order to provide some measures of protection to these new and highly diversified categories of protection-seekers, the mandate of the High Commissioner’s Office has, from time to time and in a rather ad hoc manner, been broadened by the resolutions of the United Nations General Assembly, the United Nations Security Council or the Economic and Social Council” (DACYL, J.: “Europe Needs A New Protection System for ‘Non-Conventional’ Refugees”, en *IJRL*, vol. 7, núm. 4, 1995, pág. 583).

<sup>228</sup> CRISP, J., CATER, N.: “The Human Consequences of Conflict in the Horn of Africa: Refugee, Asylum and the politics of Assistance”, Paper presented at Regional Security Conference, Cairo, 27-30 Mayo de 1990, pág. 6; CRISP, J.: “Africa’s Refugee: Partners, Problems and Policy Challenges”, en *Journal of Contemporary African Studies*, vol. 18, núm. 2, 2000, pág. 95.

logró comprometer a los Estados en la aplicabilidad de la protección internacional, en casos diferentes a los señalados por la Convención de 1951.

En este sentido, después de los desplazamientos en los años sesenta en África los movimientos en Asia comenzaron a tomar relevancia, y alrededor de diez millones de paquistaníes huyeron en 1971 hacia la India, como consecuencia de la guerra civil<sup>229</sup>. Seguidamente, los éxodos vietnamitas, camboyanos y laosianos generados debido a la toma del poder por gobiernos comunistas en 1975<sup>230</sup> desataron nuevamente la alarma del ACNUR y de la sociedad internacional<sup>231</sup>.

El impacto de estas situaciones puso de relieve que el desplazamiento forzoso no era un tema únicamente europeo y que las causas de huida eran distintas de las que habían originado los flujos anteriores. Los años ochenta y noventa, caracterizados por los desplazamientos masivos en Centroamérica<sup>232</sup> y Afganistán<sup>233</sup>, confirmaron la gravedad del problema y la precariedad de las disposiciones existentes en el ámbito del Derecho internacional de los refugiados para hacer frente a las necesidades de protección.

---

<sup>229</sup> Para un análisis más detallado KÄLIN, S.: *Conflict, Crisis and War in Pakistan*, MacMillan Press, London, 1972; ZOLBERG, A.: *Escape from Violence: Conflict and the refugee crisis in the Developing World*, Oxford University Press, Oxford, 1989, págs. 43-53.

<sup>230</sup> A causa de los conflictos armados y como consecuencia de las victorias comunistas en las antiguas colonias francesas de Indochina, más de tres millones de personas huyeron de esos países en las siguientes dos décadas. Para una revisión de estos acontecimientos ROBINSON, W.C.: *Terms of Refugee: The Indochinese Exodus an the International Response*, Zed Books, London, 1998; WAIN, B.: *The Refused: The Agony of the Indochina Refugees*, Dow Jones Publishing Co., Hong Kong, 1981.

<sup>231</sup> “UNHCR’s initial reaction was to treat these movements as the aftermath of war rather than as the beginning of a new refugee crisis. In November 1975 funding appeal, High Commissioner Sadruddin Aga Khan emphasized that programmes Vietnamese and Laotians inside or outside their country were “interrelated humanitarian actions, designed to assist those who had been most seriously uprooted by war and its consequences” (UNHCR: *The State of the World’s Refuges 2000 ...*, cit., pág. 82).

<sup>232</sup> Al respecto CENTRO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES: *Crisis de los Ochenta*, Colegio de México D.F, 1980, págs. 25-55.

<sup>233</sup> Para detalles véase RUBIN, B.: *The Fragmentation of Afghanistan: State Formation and Collapse in the International System*, Yale University Press, New Haven, 1995.

Para esta época la realidad internacional presentaba nuevos fenómenos migratorios. Para ZOLBERG<sup>234</sup>, estas novedades tenían tres tipos de origen: a) la debilidad de los estados multinacionales; b) el fuerte componente ideológico que distorsiona la relación entre Estado y la nación que lo conforma; c) el colapso estatal.

Los hechos descritos, además de demostrar la amplitud del problema de los desplazamientos masivos de población, evidencian la falta de realismo de los mecanismos internacionales, que fueron establecidos en el contexto de la Guerra Fría, lo cual, en palabras de CARRILLO SALCEDO<sup>235</sup>, exaltaba el debilitamiento del sistema instituido con la Convención de 1951; por lo que en la actualidad y, en función de las nuevas causas que promovieron el desarrollo de la protección internacional, se ha planteado la necesidad de buscar nuevas fórmulas para poder abordar el problema de los refugiados, que permitan considerar la protección de las personas que huyen en masa de los conflictos, aun cuando muchas veces no tienen temores individuales de ser perseguidos.

Por tanto, en relación con la segunda categoría de víctimas indirectas señaladas por FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (aquellas personas que sienten amenazadas sus vidas o su libertad, como consecuencia de una situación de violencia generalizada) se puede decir que la ampliación del concepto se ha llevado a cabo de dos maneras<sup>236</sup>, a saber: a través de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por medio de las cuales autorizaba al ACNUR para actuar en casos claramente fuera de su competencia inicial, y mediante la ratificación de Convenios regionales, que permiten una mejor y más amplia aplicación del sistema internacional de protección de los refugiados.

---

<sup>234</sup> ZOLBERG, A: "Internacional Factors in the Formation of Refugees Movements", en *International Migration Review*, vol. XX, núm. 2, New York, 1999, pág. 156. Estos supuestos antes mencionados no entraban en las bases de consideración provista en la Convención de 1951 salvo que existiera un temor fundado de persecución.

<sup>235</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: "Refugiados y solidaridad internacional", FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coord): *Refugiados...*, cit., pág. 180.

<sup>236</sup> VALDEZ ARROYO considera que una de las formas en que se amplió el concepto de refugiado fue la promulgación del Protocolo sobre el estatuto de los refugiados de 1967. *Vid.* VALDEZ ARROYO, F: *Ampliación...*, cit., págs. 128-130. Afirmación que no tiene lugar a dudas; sin embargo, se hace necesario considerar las ampliaciones del concepto fundamentadas en aspectos operativos más que en aspectos sustantivos, como aquellos relativos al ámbito de aplicación.

En este sentido y con intención de afrontar los nuevos desplazamientos a pesar de las limitaciones geográficas y temporales, el ACNUR logró proporcionar su asistencia en situaciones surgidas en otros continentes a través de los “buenos oficios”<sup>237</sup>. La Conferencia de Plenipotenciarios que adoptó la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 reconoció, en su recomendación E) del Acta final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, que existen personas distintas a las que la Convención de 1951 considera como refugiados, que requieren igualmente protección. Así, en función de esta afirmación y tomando en consideración en hay regiones donde no existe una definición ampliada de refugiado se han venido otorgando al ACNUR algunas funciones adicionales, además de las expresamente indicadas en su mandato.

Entre estas actividades de tipo puntual se pueden señalar el pedido por parte de la Asamblea General del uso de los “buenos oficios” del ACNUR para resolver problemas vinculados como personas que necesitan asistencia internacional, pero cuyos casos no están directamente bajo los términos de las disposiciones de los instrumentos internacionales, lo que permitió que dicha agencia pudiera prestar asistencia fuera del ámbito europeo<sup>238</sup>; en situaciones que posteriormente pudieron solventarse con la promulgación del Protocolo de 1967<sup>239</sup>.

---

<sup>237</sup> Los “buenos oficios” del ACNUR son conocidos como “an operational device legitimating the provision of legal protection and/or material assistance to specifically denoted groups of non-Convention refugees” (DACYL, J.: “Europe Needs...”, cit., pág. 583). Este procedimiento se ha usado muchas veces en diversas partes del mundo; no obstante, tuvo sus inicios en la Conferencia de Evián, Francia en 1938, donde luego del establecimiento del Comité Intergubernamental Pro Refugiados, se pidió al Director de dicho Comité que emprendiera negociaciones para mejorar las condiciones del éxodo de refugiados alemanes y austriacos y que se remplazara por una estrategia de emigración ordenada (GALINDO VÉLEZ, F.: “Derecho de los refugiados”, en GALINDO VÉLEZ; F.(coord): *Principios y criterios relativos a los refugiados y derechos humanos*, ACNUR/Comisión Nacional de Derechos Humanos, Universidad Iberoamericana, México D.F, 2002, pág. 37).

<sup>238</sup> Al respecto, es importante señalar que, a través de la Resolución 1167 (XII), de 26 de noviembre de 1957 por primera vez y luego a través de la Resolución 1286 (XIII), de 5 de diciembre de 1958, la Asamblea General de Naciones Unidas, solicitó los buenos oficios del ACNUR, primero respecto de los refugiados chinos en Hong Kong, quienes comenzaron a emigrar desde 1945 huyendo del nuevo régimen comunista en China, y después en relación a los refugiados argelinos, que escapaban de la guerra de independencia, autorizándolo a extender su labor en salvaguardia de los derechos de estas personas. *Vid.* ACNUR: La situación de los refugiados en el mundo 2000, Icaria, Barcelona, 2000, pág. 39.

<sup>239</sup> La problemática de la aplicabilidad geográfica y temporal de la Convención de 1951, afrontada poco tiempo después de la creación de este instrumento, obligó al Comité Ejecutivo del ACNUR a analizar de posibles soluciones a los inconvenientes. Así, en 1964, para evitar que los países fuera del continente europeo no quisieran adherirse, y negaran a los refugiados sus derechos, con base en las limitaciones geográficas y temporales, se diseñó, tras 3 años de negociaciones, el Protocolo sobre el Estatuto de los

Respecto a los buenos oficios, GOODWIN-GILL<sup>240</sup> afirma que en 1957 la Asamblea General autorizó al Alto Comisionado a asistir a refugiados que no calificaban bajo la definición de su Estatuto. Esta situación involucraba a grandes números de nacionales chinos en Hong Kong cuya condición de refugiados se veía complicada por la existencia de dos Chinas, cada una de las cuales podía ser llamada a asegurar su protección. Dada la necesidad de asistencia, una solución efectiva y pragmática fue la autorización expresa otorgada al Alto Comisionado para que, a través de sus buenos oficios, promoviera el establecimiento de arreglos para recibir donativos. En los años siguientes se autorizó la asistencia a otros grupos específicos y la Asamblea General desarrolló el concepto de “buenos oficios” del Alto Comisionado, como una forma amplia bajo la cual podía darse asistencia a los refugiados que no calificaban bajo su mandato o que no eran de la competencia inmediata de las Naciones Unidas. En un inicio, el tipo de asistencia que podía brindárseles era limitada, y dependía de las contribuciones financieras.

En relación con los acuerdos y convenios regionales específicos sobre el tema de los refugiados, que representan otro medio a través del cual se ha logrado ampliar el concepto, podemos destacar especialmente, por su naturaleza complementaria a la Convención de 1951, la Convención para la Organización para la Unidad Africana sobre refugiados de 1969<sup>241</sup>, y la Declaración de Cartagena de 1984<sup>242</sup>. Ambos instrumentos, considerados respuestas regionales importantes a las necesidades de protección surgidas en el ámbito africano y latinoamericano<sup>243</sup>, fueron diseñados sobre

---

Refugiados, que se firmó en Nueva York el 31 de enero de 1967, entrando en vigor el 4 de octubre de ese mismo año.

<sup>240</sup> GOODWIN-GILL, G.: *The Refugee...*, cit., pág. 9.

<sup>241</sup> *Convención de la Organización de la Unidad Africana de 1969*, NU.: *Recueil de Traités*, vol. XLV, núm. 1001. Esta Convención fue adoptada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en el Sexto Período Ordinario, en la ciudad de Addis Abeba, y entró en vigor el 20 de junio de 1974.

<sup>242</sup> *Declaración de Cartagena sobre los refugiados de 1984. Coloquio sobre la protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: problemas jurídicos y humanitarios*; texto en Doc. OEA Ser.L/V/II.66 (10, rev.1), pág. 190 y ss.

<sup>243</sup> Por su parte la Europa comunitaria, con la Posición Común 96/196/JAI, de 4 de marzo de 1996, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término “refugiado” conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de refugiado, hace una interpretación restrictiva del concepto de refugiado, al afirmar que no se pueden alegar motivos distintos a los previstos en el artículo 1.A.2 de la Convención de 1951. Para un mejor desarrollo del tema, ARENAS HIDALGO, N.: “La desprotección del refugiado o de la Europa insolidaria...”, cit., págs. 142-190.

la base de los principios desarrollados en la Convención de 1951. Por tanto, ninguno de ellos posee disposiciones antagónicas al régimen universal de protección del refugiado.

La Convención de la OUA de 1969 contiene una definición de refugiado en los siguientes términos:

“1. A los efectos de la presente Convención, 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 estuviera su residencia habitual, no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera regresar a dicho país. 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 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”.

Como se puede apreciar, el apartado 2 introduce una ampliación del concepto contenido en la Convención de 1951. La inclusión de estos nuevos elementos, surgidos de los procesos de descolonización, aparejaba la obligación de los Estados firmantes de proteger a las personas, independientemente de que los solicitantes pudiesen o no probar un temor fundado de persecución.

Por su parte, en el ámbito latinoamericano no existen convenciones respecto al otorgamiento del estatuto de refugiado. Sin embargo, la Declaración de Cartagena sobre refugiados, de 22 de noviembre de 1984, contiene una definición ampliada del concepto de refugiado en la región. Esta Declaración regional expresa, en su tercera conclusión, que:

“(…) De este modo, la definición o 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 armados, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.”

Es evidente que la redacción de este instrumento tiene su fundamento en la crisis centroamericana de la década de 1980, generada por la violencia generalizada en los conflictos internos de El Salvador, Nicaragua y Guatemala<sup>244</sup>. Los flujos masivos de personas evidenciaron la insuficiencia de la normativa convencional regional sobre el asilo existente para la época, además las personas que huían no presentaban las características de la definición de refugiado, y los flujos masivos desbordaban la naturaleza individual del mismo. De esta manera, la redacción de este concepto ampliado de refugiado solventó algunas de las necesidades surgidas de los éxodos masivos y al igual que la Convención Africana de 1969, incorporó los principios desarrollados por la Convención de 1951, con lo que su ampliación se presenta como un complemento al régimen universal.

Por tanto, la redacción y aplicación de estos instrumentos internacionales reviste importancia para el Derecho internacional de los refugiados, ya que no sólo amplían el concepto de refugiado, sino que además implican la evolución misma del sistema internacional de protección de los refugiados en función de las realidades geográficas y de los refugiados *de facto*<sup>245</sup>.

En este contexto, la creación de instrumentos regionales, con el objeto de ampliar el concepto de refugiado, han dado forma a la tendencia general promovida por el ACNUR de concebir la protección desde un punto de vista integral. En este nuevo marco convergen el Derecho internacional de los refugiados, el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario, y se deja de lado el criterio subjetivo, característico de la determinación de la condición de refugiado en

---

<sup>244</sup> “The civil conflicts that engulfed El Salvador, Guatemala and Nicaragua in the 1980s forced more than two million people to flee from their homes. Of those who fled across international borders, fewer than 150,000 were officially recognized as refugees by host governments in the region. The displaced found only relative safety in the countries or places to which they fled. Host governments became increasingly concerned about large refugee population which could not easily be integrated and which they regarded as security threats” (UNHCR: *The State of the World's Refugees 2000*, cit., pág. 136).

<sup>245</sup> GORTÁZAR ROTAECHE, C.: *Derecho de asilo y “No rechazo” del refugiado*, Dyckinson, Madrid, 1997, pág. 150.

función del concepto previsto en la Convención de 1951, para optar por un criterio más bien objetivo, basado en la comprobación de las necesidades de protección de la persona que solicita la protección internacional. Esta tendencia demuestra que la protección de los derechos humanos ha tomado gran relevancia, y ha alcanzado el concepto de refugiado y ha permitido ampliación en pro del efectivo reconocimiento de un mayor número de personas beneficiarias, incluidas las llamadas “víctimas indirectas”.

A modo de conclusión, se puede señalar que la propuesta de ampliación del concepto jurídico de refugiado, adoptada por la Declaración de Sevilla sobre refugiados y solidaridad internacional de 1994, parece subsumir los elementos planteados en los instrumentos que se han analizado. En este sentido, dicha Declaración expresa que<sup>246</sup>:

“En la comunidad internacional contemporánea, son titulares del derecho a buscar protección internacional no sólo las personas que tengan fundados temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, que se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o, a causa de dicho temores, no quieran acogerse a la protección del tal país, sino también todas las personas que debido a conflictos armados o acontecimientos que perturben gravemente el orden público, en todo o en parte de su país de origen, nacionalidad o residencia habitual, se vean obligadas a abandonar dicho lugar para buscar refugio o protección”.

Es importante resaltar que en medio de este avance progresivo de los derechos humanos y la ampliación del concepto de refugiado surge la necesidad de replantear el análisis de los elementos que componen el concepto de refugiado, así como la consideración de nuevos motivos de desplazamiento, que resulten equiparables a la persecución, como lo son los conflictos armados, principalmente los internos, los desastres ambientales y los factores económicos.

En función de estas circunstancias KISS distingue entre seis categorías de personas que pueden ser hoy en día consideradas como refugiados: “a) réfugiés victimes de persécution ou fondés de craindre la persécution; b) réfugiés estimant que le régime

---

<sup>246</sup> *Declaración de Sevilla sobre Refugiados y solidaridad internacional, Jornadas sobre Refugiados y solidaridad internacional*, Sevilla. El texto se puede consultar en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coord.): *Refugiados...*, cit., pág.189 y ss.



de leur pays ne peut pas leur assurer une vie normale dans le respect de leurs droit; c) réfugiés craignant la violence déchainée par des conflits internes; d) réfugiés `écologiques`, victimes de catastrophes naturelles ou de la destruction des ressources naturelles de leur pays; réfugiés `économiques` fuyant la pauvreté; e) réfugiés qui cherchent à échapper aux conditions de vie de leur pays dans l'espoir d'en trouver de meilleures". Además, comenta que "il est bien evident que cette situation est aussi un des aspects de la globalisation du monde actuellement en marche qui n'est pas seulement économique"<sup>247</sup>.

Sin embargo, es preciso aclarar que, a pesar de la aproximación amplia del concepto de refugiado, sea por la vía de interpretación amplia o por el desarrollo de instrumentos regionales, el reconocimiento como refugiado implica la presencia del "temor fundado de persecución"; así, que aquellas personas que huyen a causa de conflictos armados, violencia generalizada o por desastres naturales podrán ser reconocidas como refugiadas, siempre y cuando se compruebe que tienen fundados temores de ser perseguidos en esa circunstancia y no sólo por el mero hecho de ser originarios de Estados que están afectados por conflictos armados o por desastres naturales<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup> KISS, A.: "L'Évolution des regles de Droit international protegeant les réfugiés", en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *La Revitalización...*, cit., 2002, pág. 27). Al respecto, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ afirma que se ha producido un abuso del término "refugiado" que ha incluido a los refugiados ecológicos y a los económicos desvirtuando la propia figura, por lo que se niega a identificar estos elementos como ampliadores del concepto de refugiado, pues considera que desbordaría el sentido de la protección (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: "Los Nuevos desafíos de la protección de los refugiados", en CAMPS MIRABET, N. (ed.): *El Derecho internacional antes las migraciones forzadas: Refugiados, Desplazados y otros migrantes involuntarios*, Edicions de la Universitat de Lleida, Sud-nord, Lleida, 2005, pág. 61).

<sup>248</sup> Una de las causas más importantes de los desplazamientos actuales es la degradación medioambiental. Los distintos procesos de degradación ponen en peligro la supervivencia de la población afectada, que, en consecuencia, abandona su hábitat natural desplazándose ya sea dentro de su país o fuera de él. A estas personas se les ha llamado "refugiados medioambientales". Sin embargo, para el Derecho internacional, el término "refugiado" tiene un significado más concreto, según el cual la degradación ambiental no se considera como un elemento que pueda provocar un temor fundado de persecución, a diferencia de la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado o las opiniones políticas. Por tanto, la doctrina mayoritaria, sustituye la expresión "refugiado medioambiental" por "desplazado ambiental": "La doctrina especializada no se ha mostrado partidaria, en general, de la utilización de la Convención de Ginebra como marco jurídico protector de los desplazados medioambientales, más por las dificultades de interpretación que por las garantías de protección que proporcionaría. Aunque tampoco como solución a largo plazo pues otorgando el estatuto de refugiado no se combatirían las causas de la degradación ambiental, la explotación indiscriminada de los recursos, etc". (ARENAS HIDALGO, N: "El fenómeno de los llamados `Refugiados Medioambientales`: Un nuevo desafío para el Derecho internacional de los refugiados", en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.): *La Revitalización...*, cit., págs. 261-275). En el mismo sentido se ha afirmado que "persons uprooted by natural disasters would not, however, qualify as refugees. They are included in the definition because in some natural disasters governments respond by discrimination against or neglecting certain groups on political or ethnic

En la actualidad se continúan produciendo desplazamientos forzados y muchas veces flujos masivos de personas que huyen fuera de sus fronteras en busca de seguridad y para salvaguardar su vida. Ante estas contingencias, la realidad es que, aun cuando exista un concepto amplio de refugiado, los sistemas de determinación individual resultan insuficientes y su colapso impide la solución de las situaciones de apremiante necesidad.

Por ello, en el marco de la protección integral se ha desarrollado una protección internacional cuyo fundamento es netamente objetivo, que puede, de forma expedita, brindar protección a grupos de personas, es la llamada “protección temporal”, limitada a los casos de flujos masivos. No obstante, parece importante analizar si existen obligaciones de los Estados respecto a la protección de estos colectivos en el marco del Derecho internacional de los refugiados.

#### **4. LA APLICABILIDAD DE LA CONVENCIÓN EN CASO DE FLUJOS MASIVOS A GRAN ESCALA**

La Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 son el régimen aplicable para la protección de los refugiados. Por tanto, son sus normas las que proveen el marco legal que desarrolla las obligaciones de los Estados de proteger y asegurar el respeto de los derechos de los refugiados<sup>249</sup>.

---

grounds, or by violating their human rights in other ways. When drought and famine ravaged Ethiopia in the mid-1980s, its government forcibly relocated hundreds to thousands of Tigreans it regarded as political opponents, under the pretext of responding to a natural disaster”. No obstante es preciso indicar que ACNUR ha participado en la asistencia de ciertos casos de personas afectadas por desastres naturales a petición del Secretario General o de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Al respecto véase UNHCR: *Dynamics of Displacement: A report for the Independent Commission on International Humanitarian Issues*, Zed Books, London, 1986, págs.120-122. Un ejemplo reciente es la participación del ACNUR en la asistencia humanitaria de las personas afectadas por el Tsunami en Indonesia, Sri Lanka y Somalia. Esta información puede consultarse en [www.acnur.org/crisis/tsunami/index.htm](http://www.acnur.org/crisis/tsunami/index.htm). En igual sentido, puede revisarse “Pakistan emergency” en [www.unhcr.ch](http://www.unhcr.ch), en donde se resumen las actividades de apoyo que está desarrollando el ACNUR a las víctimas del terremoto.

<sup>249</sup> Así fue confirmado en la Reunión de los Estados Parte de la Convención reunidos en Ginebra bajo invitación del gobierno Suizo y del ACNUR, en cuya declaración reconocen “[t]he enduring importance of the 1951 Convention, as the primary refugee protection instrument which, as amended by its 1967 Protocol, sets out rights, including human rights, and minimum standards of treatment that apply to persons falling within its scope” y reconociendo “the continuing relevance and resilience of this international regime of rights and principles”. Esta Declaración llevó a los Estados a reafirmar las obligaciones asumidas bajo la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, en función de los propósitos de los mismos. *Vid.* Declaration of States Parties to the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating

Los flujos masivos de personas y las situaciones de emergencia relacionadas con estos acontecimientos constituyen una fuente de preocupación tanto para la sociedad internacional como para el Derecho internacional, pero desafortunadamente los mecanismos o disposiciones para hacer frente a esta realidad no fueron contemplados expresamente en la Convención de 1951<sup>250</sup> ni desarrollados por el Protocolo de 1967, por lo que la necesidad de protección de grandes flujos de personas ha seguido llenando páginas, promoviendo debates y encabezando las preocupaciones de la sociedad internacional.

En relación con la protección de los flujos masivos de personas, es preciso indicar que la Convención de 1951 se caracteriza por ser “esencialmente individualista”<sup>251</sup>. No obstante, efectuando una abstracción del texto dispositivo de la Convención, podemos afirmar, que de modo formal o positivo, no existe una disposición en todo el texto normativo protector de los refugiados que excluya expresamente su aplicabilidad a los casos de flujos masivos. Está claro que, si se tiene en consideración que la protección ofrecida por el instrumento está condicionada a la determinación individual de los fundados temores de persecución, la aplicabilidad de dicho instrumento, cuando no pueden identificarse particularmente tales temores, provoca discusiones y enfrentamientos. Sin embargo, mientras la definición de refugiado del artículo 1. A. 2 pueda ser individualizada, los Estados no podrán oponerse a su aplicación, pues se debe partir de la presunción de que los temores fundados de ser perseguidos pueden ser encontrados entre las personas que conforman un grupo<sup>252</sup>, ya

---

to the Status of Refugees, Geneva 13 Dec. 2001, UNHCR Doc HCR/MMSP/2001/09, 16 Jan. 2002, Preamble and Article 1, en [www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/protect](http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/protect)).

<sup>250</sup> “The international refugee regime was consequently established for the management of problems with individual, or small number of refugees. Thus the international refugee mechanisms where neither judicially nor organizationally prepared to manage a large-scale stream of ‘non-convention refugees’” (DACYL, J.: “International Responses to Refugee Flow from the Former Yugoslavia”, en MALMSTRÖM, S.; NOLL, G. (rels.): *Temporary Protection-Problems and Prospects*, Raoul Wallengren Institute of Human Rights and Humanitarian Law, Report núm. 22, Lund, 9 de mayo de 1996, pág. 16). Al estimar que las disposiciones presentes en la Convención eran inadecuadas para los flujos masivos, muchos estados las consideraron inaplicables a estas circunstancias (HATHAWAY, J.C; NEVE, A.: “Making International Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 10, 1997, págs. 157-169).

<sup>251</sup> Así parece estar establecido en el texto, cuya redacción se diría que requiere una determinación caso por caso de los elementos objetivos y subjetivos. *Vid.* GOODWIN GILL, G.S., *The Refugee...*, cit., pág. 8.

<sup>252</sup> Al respecto, JACKSON, I: *The Refugee Concept...*, cit., págs. 464-65; SPIJKERBOER, T.: “Subsidiarity in Asylum Law: The Personal Scope of International Protection”, en BOUTEILLET-

que una decisión en contrario implicaría negar que los flujos masivos están integrados por individuos: “to assert that the Convention does not apply in cases of mass influx is tantamount to saying that the individual does not exist in a group”<sup>253</sup>.

No obstante, si se toma como punto de partida que la consideración de los temores fundados de las personas en caso de flujos masivos no pueden determinarse individualmente en el momento en que ocurre el desplazamiento masivo, es evidente que la aplicabilidad de la Convención podría cuestionarse. Esta última afirmación lleva a entender que cualquier problema relacionado con la aplicabilidad de la Convención en relación con la gestión de los flujos masivos, es producto de la suspensión de los procesos de determinación individual que los Estados hayan desarrollado en su legislación para otorgar la condición de refugiado<sup>254</sup>; lo cual, sin duda, lleva a plantear que la determinación individual de las personas que forman el grupo no puede realizarse, no exclusivamente porque las personas que son parte de un flujo masivo no posean temores fundados de persecución, sino más bien debido al desbordamiento de los sistemas de determinación de los Estados receptores, como resultado del flujo masivo. A la luz del planteamiento anterior, puede entenderse que la imposibilidad de la aplicación de la Convención de 1951 a los casos de flujos masivos no se deriva necesariamente de la inexistencia en el grupo de los elementos que caracterizan al refugiado, sino que, por el contrario, proviene más bien de la incapacidad del Estado para hacer frente a estas contingencias.

Por tanto, al no existir impedimentos queda por analizar si por el contrario la aplicabilidad de la Convención en caso de flujos masivos de personas, más que considerarse desde un punto de vista meramente formal, como se ha hecho, debería centrarse en determinar si estos estándares, establecidos en el marco legal de la protección de los refugiados, resultan adecuados para proteger a las personas en

---

PAQUET (ed.): *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention*, Bruylant, Brussels, 2002, págs. 48-55.

<sup>253</sup> DURIEX, J.F, Mc ADAM, J.: “Non-refoulement Through Time: The Case for a Derogation Clause to the Refugee Convention in mass influx emergencies”, en *IJRL*, vol. 16, núm. 4, 2004, pág. 17.

<sup>254</sup> Es preciso indicar que este aspecto se planteó pero no fue discutido en las Consultas Globales relativas a los flujos masivos de personas. *Vid. La protección de los refugiados en situaciones de afluencia masiva...*, cit., párr. 17.

situaciones de flujos masivos<sup>255</sup>. Pues, al no contemplarse expresamente las obligaciones respecto a los flujos masivos de población, resulta difícil obligar a los Estados a incluir dichas consideraciones en sus legislaciones internas y, mucho más, a responder positivamente ante estas contingencias, por lo que además de insistir en la aplicabilidad de los instrumentos internacionales, también se tiene que precisar cuál es su alcance y su pertinencia en relación con las situaciones de flujos masivos.

A pesar de las consideraciones precedentes, está claro, desde un punto de vista estricto, que las obligaciones de los Estados en el marco de la Convención de 1951 no fueron diseñadas para responder a los flujos masivos; por tanto, los Estados afrontan estas situaciones con respuestas precarias que no brindan una efectiva protección internacional a los grupos de personas simplemente porque no pueden ser individualmente reconocidos como refugiados, aun cuando se encuentren en países signatarios de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967. Esta consideración permite evidenciar la necesidad de un régimen jurídico que establezca obligaciones concretas para estos casos, pues parece que los estándares y principios desarrollados no parecen resultar aplicables en este tipo de emergencias.

En consecuencia, ante la inexistencia de normas positivas relativas a la protección, en los casos de grandes flujos de personas se ha impulsado la aplicación de la prohibición de *refoulement* como norma protectora, pues su respeto permite evitar que estos grupos de personas sean devueltos a los lugares donde su vida, libertad y seguridad puedan ponerse en peligro. Así que ante situaciones de flujos masivos de personas, se ha comenzado a promover una ampliación en la aplicabilidad de esta norma no devolución, principalmente como única garantía de respeto de los derechos y

---

<sup>255</sup> “Se ha de tomar en consideración que en caso de gran desplazamiento de población, las necesidades “urgentes” de asistencia y protección no están garantizadas a través del Convenio ginebrino, cuya principal garantía, esto es, la concesión del Estatuto de refugiado, requiere de trámites que no casan con la celeridad necesaria a estas emergencias. De igual forma, una acogida orientada hacia la integración- no es otra que la principal razón de ser de la mayor parte de su articulado- quizás no resulte en este caso la mejor opción. Aquí es donde se plantea la dicotomía entre el carácter temporal de la acogida para éxodos masivos versus acogida orientada hacia la integración que preconiza el Convenio de Ginebra. Bien es verdad que el tratado permite la utilización de la cláusula de cesación dispuesta en los artículos 1 C 5 y 6 si los motivos de exilio resultan más perentorios. Sin embargo, nos encontramos con los mismos motivos de inoperancia, en este caso debido a que los Estados europeos cuentan con los procedimientos excesivamente complejos para llevar a cabo la aplicación de dichas cláusulas” (ARENAS HIDALGO, N.: *El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa Comunitaria*, Universidad de Huelva, Huelva, 2005, pág. 51).

libertades de estas personas que forman parte del grupo, lo cual ha motivado la consideración del *non refoulement* como una norma consuetudinaria: “La base por la que se ha generado una costumbre internacional de dar refugio a estas personas que llegan en flujos masivos, aparte de la imposibilidad de identificar una por una a cada una de las personas que llegan, es la aparente realidad y las circunstancias del país de origen”<sup>256</sup>.

En tal sentido y en función de la naturaleza protectora de la Convención de 1951 (sobre la base de lo expuesto en relación con la no devolución, artículo 33, párrafo 1), es evidente que a los Estados receptores de flujos masivos les es inherente la obligación de acoger a las personas o grupos de ellas, aun cuando sea de forma temporal. Al respecto señala ARENAS HIDALGO que: “De entrada y en la medida en que los mecanismos institucionalizados de prevención de los riesgos que se hallan en el origen de los flujos masivos no son siempre y, en términos globales, eficaces consideramos que el ‘acceso’ de las personas necesitadas de protección al territorio de un Estado, aunque se produzca de forma ‘temporal’, sigue resultando el medio más inmediato y privilegiado de ‘amparo o protección’ frente a los acontecimientos que pudieran poner en peligro su vida, su integridad física o moral o, de forma generalizada, sus derechos fundamentales”<sup>257</sup>.

Por tanto, parece que la prohibición de *refoulement* no es discutible, pues la inobservancia de esta obligación fundamental del régimen de protección de los refugiados iría en detrimento de la obligación asumida por los Estados firmantes de permitir que las personas que quieran solicitar que se les reconozca el estatuto de refugiado permanezcan en el territorio hasta que se determine si son refugiados o no, o mientras se les encuentra un destino seguro<sup>258</sup>.

---

<sup>256</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: “El carácter civil del refugiado...”, cit., pág. 48. Existe una posición firme sostenida por el ACNUR instaurando el deber de los Estados de no devolver a los ‘refugiados en masa’. Vid. *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la Protección de las Personas que buscan asilo e situaciones de afluencia a gran escala*, Conclusión 22..., cit., párr. II.A.1.

<sup>257</sup> ARENAS HIDALGO, N.: “El sistema europeo de protección...”, cit., pág. 746..

<sup>258</sup> Con el propósito de cooperar con los Estados en la consecución de este objetivo las Naciones Unidas han confiado progresivamente la protección de las personas que huyen en flujos masivos al ACNUR (TÜRK, V.: “The Role of UNHCR in the Development of International Refugee Law” in NICHOLSON, F.; TWOMEY, P.: *Refugee Rights and Realities. Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, págs. 153-174.

De esta manera aunque no haya una remisión a las normas de la Convención de 1951 relativas a su aplicabilidad en los casos de afluencias masivas, parece que no existe la posibilidad legítima de que un Estado pueda rechazar la entrada de los grupos de personas que en situación de peligro pidan ser protegidos. Así se tiene que, aunque las causas por la cuales una o varias personas que cruzan una frontera no puedan determinarse, la prohibición de *refoulement* se hace extensiva a los casos de flujos masivos, por tanto, “[l]a imputación al Estado de conductas que equivalgan a la devolución se determinará según los principios de derecho sobre responsabilidad estatal. La responsabilidad legal internacional de actuar de conformidad con las obligaciones internacionales, donde quiera que puedan surgir, es una consideración primordial”<sup>259</sup>.

De esta manera, aun cuando el paradigma de la soberanía en relación con el Derecho de los refugiados está dotado de cierta invariabilidad, como indica MARIÑO MENÉNDEZ<sup>260</sup>, el fundamento del Derecho internacional de los refugiados es la protección de los derechos humanos de las personas perseguidas, según lo expresa la Convención. Así, a pesar de que la Convención de 1951 no sea aplicable *stricto sensu* a las flujos masivos, su espíritu está inmerso en las estructuras creadas para proteger, por razones humanitarias, a las personas que huyen en flujo masivo: “Les règles internationales tendant à protéger les réfugiés constituent une saisissante illustration du développement du droit international. On peut estimer qu’il s’agit d’un aspect de la globalisation du monde qui n’a pas commencé avec la liberté des flux financiers et des échanges commerciaux. Le droit des réfugiés a connu des transformations fondamentales. En premier lieu, d’une relation entre réfugié et État d’accueil régie par le droit international coutumier il est devenu une matière réglementée par des traités internationaux et dotée d’institutions internationales. En deuxième lieu, le droit de l’individu de chercher asile est désormais un droit collectif étendu à des groups humains”<sup>261</sup>.

Al respecto, es preciso indicar que, si bien los Estados en gran medida respetan la prohibición de devolución e impiden con su aplicación que las personas que cruzan

---

<sup>259</sup> Vid. LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...*, cit, párrs.6.

<sup>260</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, F: “El concepto de refugiado...”, cit., pág. 347.

<sup>261</sup> KISS, A.: “L’Évolution des règles ...”, cit., pág. 21.

las fronteras con temor de persecución o como parte de un flujo masivo sean devueltas a su lugar de origen, no quiere decir que se les reconozcan sus derechos fundamentales, lo cual ha generado, en estos casos, un limbo jurídico que en muchas ocasiones ha durado largos años<sup>262</sup>. Por consiguiente, puede afirmarse que la restricción de los derechos humanos de las personas que son parte de un flujo masivo es la norma; suele ser habitual que no se le reconozcan ciertos derechos de los que establece la Convención de 1951, principalmente algunos derechos económicos y sociales, lo que siempre ocurre bajo el pretexto de su no determinación como refugiados por las autoridades estatales.

El Comité Ejecutivo del ACNUR se pronunció en este sentido indicando que en caso de flujo masivo las personas deben ser admitidas, al menos de forma temporal, y se les ha de otorgar la protección acorde con los principios del Derecho internacional de los refugiados, en especial el de *non refoulement*<sup>263</sup>. Este mínimo trato estaba ya previsto en la Convención de 1951, por lo que FERNÁNDEZ SÁNCHEZ<sup>264</sup> opina que en caso de afluencias masivas se deben aplicar las provisiones referidas a los refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio, previstas en el artículo 31<sup>265</sup> de la Convención de 1951.

Al respecto, desde el punto de vista humanitario, esta propuesta parecería lógica, pues lo que es cierto es que no se pueden situar a los protegidos temporales en un espacio entre los hechos y la ley, sin reconocerles sus derechos. Pero en todo caso, su estatuto debería estar regulado en un instrumento donde se enumeren los estándares de

---

<sup>262</sup> CRISP, J.: "No Solutions in Sight: The Problem of Protracted Refugee Situations in Africa", en UNHCR: *New Issues in Refugee Research*, Working Paper, No. 75, Geneva, Jan. 2003; DICK, S: *Responding to Protracted Refugee Situations: A Case Study of Liberian Refugees in Ghana*, UNHCR, July 2002, EPAU/2002/06.

<sup>263</sup> Vid. *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la Protección de las Personas que buscan asilo e situaciones de afluencia a gran escala*, Conclusión 22..., cit., párr. II.A.1.

<sup>264</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: "El carácter civil del refugiado...", cit., págs. 48-49.

<sup>265</sup> "1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales. 2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias, y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país".



trato que puedan aplicarse en estos casos concretos, pues las normas definidas en el artículo 33 de la Convención de 1951, no abarcan todos los aspectos de trato a las personas que buscan protección en situaciones de afluencias masivas<sup>266</sup>.

En este orden de ideas, si bien es cierto que la Convención de 1951 no regula la protección en casos de flujos masivos, otorga a los Estados, como instrumento jurídico que establece los estándares mínimos de trato a los refugiados<sup>267</sup>, la facultad de elaborar parámetros relativos a políticas concretas para abordar temas relacionados en sus legislaciones internas, lo cual no ha sido la trayectoria seguida por los mismos, quienes han considerado los flujos masivos como situaciones que afectan su paz y seguridad interna.

Las disposiciones de la Convención de 1951 y las que en su momento hiciera la Recomendación E del Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios (que adoptara la Convención de 1951), han servido de fundamento para que los Estados protejan a las personas que huyen en flujos masivos.

“La conferencia expresa la esperanza de que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados tenga, además de su alcance contractual, un valor de ejemplo que incite a todos los Estados a otorgar, en la medida de lo posible, a las personas que se encuentran en territorio como refugiados y que no estén protegidas por las disposiciones de la Convención, el trato previsto por esta Convención”

Lo antes descrito permite a los Estados resolver los problemas que puedan surgir con respecto a las personas que formalmente no responden a los criterios de la definición del término refugiado, entre las que se podrán incluir los flujos masivos<sup>268</sup>.

---

<sup>266</sup> Vid. *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la Protección de las Personas que buscan asilo en situaciones de afluencia a gran escala*, Conclusión 22..., cit., párr. II.B.1.

<sup>267</sup> Al respecto, GOODWIN-GILL, G.: *The Refugee...*, cit., págs. 296-323.

<sup>268</sup> ACNUR. *Manual de Procedimientos...*, cit., párr. 27. En contraste, JACKSON afirma que “that Recommendation E was intended to apply to persons, or to categories of persons, not covered by the Convention because of the 1951 dateline and, more particularly, because of the geographical limitation. It was not intended to apply to persons who were not considered to be refugees because they did not satisfy the criterion of well-founded fear of persecution but who might nevertheless somehow find themselves in a “refugee-like” situation. This possibility was never adverted to in the discussion, and there was no suggestion that the notion of “persecution” might not be adequate to meet a refugee situation wherever it might arise, more particular because this notion was considered to be too restrictive (JACKSON, I.: *The Refugee Concept...*, cit., pág. 76).

## CAPÍTULO II

### **LA PROTECCIÓN DE LOS *NUEVOS REFUGIADOS***

Sumario: Planteamiento de la cuestión.-1. El desafío de la protección de los nuevos flujos masivos de personas en África y en América Latina.-2. La iniciativa africana para la protección de los refugiados: La Convención de la Organización para la Unidad Africana de 1969: 2.1. La estructura y objetivos de la Convención; 2.2. Los principios contenidos en la Convención; 2.3. Las obligaciones asumidas por los Estados en la Convención.-3. La protección internacional de la persona en la Declaración de Cartagena sobre refugiados de 1984: 3.1. La estructura y los objetivos de la Declaración; 3.2. Los principios desarrollados en la Declaración; 3.3. Los compromisos de los Estados en el marco de la Declaración.- 4. La acogida temporal en los instrumentos regionales: 4.1. La garantía de admisión temporal en la Convención de la OUA; 4.2. Los principios de la Declaración de Cartagena aplicables a la protección en caso de flujos masivos.- 5. La necesidad de proteger a las personas en situaciones de flujos masivos.

#### **PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

Ante el silencio normativo del Derecho internacional de los refugiados respecto a la protección de grupos, se han venido desarrollando distintos instrumentos que han complementado el mismo con ánimos de ampliar la protección a otras categorías de personas con necesidades de protección.

Así, pocos años después de la redacción del Protocolo de 1967, instrumento que enmendó la Convención de 1951, la frecuencia y la magnitud de los flujos masivos fomentó la preocupación respecto a la protección de aquellas personas que huían de sus países de origen o residencia. Contrariamente, en esta oportunidad las causas que motivaban los desplazamientos masivos no estaban relacionadas con aquellas que en su tiempo promovieron el desarrollo de la Convención de 1951.

Las realidades regionales vívidas en África en los años sesenta estaban relacionadas con situaciones que a la luz del Derecho internacional de los refugiados no podían ser consideradas como causas de persecución o generadoras de temores. Así, aquellos grupos de personas que huían de la violencia generalizada, los conflictos

armados o la agresión extranjera no eran considerados como refugiados, porque estas causas no necesariamente generaban un temor de persecución. Es decir, no se establecía una coincidencia entre los elementos objetivo y subjetivo necesarios para que el temor se considere fundado y dé paso al otorgamiento del estatuto de refugiado.

Por tanto, ante esta necesidad normativa se redacta la Convención de la OUA que es un instrumento convencional que desarrolla un conjunto de obligaciones para los Estados parte y cuya principal aportación ha sido la ampliación del concepto de refugiado y el comienzo de la regionalización de la protección a los *nuevos refugiados*.

Al igual que en África, los conflictos armados surgidos en Centroamérica en los años ochenta ocasionaron grandes desplazamientos masivos de personas, las cuales que huían principalmente como causa de conflictos internos, violencia generalizada y violación masiva de derechos humanos. Estos eventos también promovieron la ampliación del concepto de refugiado y el establecimiento de un nuevo un concepto regional de refugiado.

Así, la Declaración de Cartagena, sin ser un tratado internacional sino resultado de una expresión de intenciones entre los países Latinoamericanos, recogió una serie de compromisos de los tendentes a proteger a las personas que, al igual que en África, huían por razones no previstas en la Convención de 1951.

Como se observa, a falta de una respuesta universal relativa a la protección de flujos masivos, estos instrumentos regionales han promovido, a pesar de sus distintas naturalezas, la ampliación del concepto de refugiado y una innovadora consideración de la protección internacional, que promovido la importancia del *non refoulement*, el fomento de la búsqueda de soluciones duraderas, a la asunción de la voluntariedad de la repatriación y además el fomento de una práctica estatal caracterizada por el reconocimiento como refugiados a personas que no poseen los elementos requeridos por la Convención de 1951.

En este contexto, este capítulo pretende analizar, en el marco de la evolución del Derecho internacional de los refugiados, la relevancia que ha tenido la Convención de la OUA y la Declaración de Cartagena en lo que a protección de flujos masivos se refiere.

Por tanto, en el análisis de los aspectos jurídicos de la protección de flujos masivos se han considerado importante la inclusión de estos sistemas regionales con el propósito de obtener una visión amplia de sus aportaciones en relación con la protección colectiva, aun cuando de entrada se sabe que ninguno de los instrumentos plantea por sí mismo un régimen de protección aplicable a los flujos masivos, como el que sí existe en Europa comunitaria.

Este capítulo, está estructurado en cinco apartados en los que se pretende analizar la ampliación de la protección de los refugiados y resaltar la incidencia del mismo en la evolución de la protección de poblaciones que huyen como parte de un flujo masivo. Así, en el marco de las ampliaciones del concepto de refugiado de la Convención de 1969 y la Declaración de 1984, se ha considerado necesario analizar el desafío que los desplazamientos masivos generados por violencia generalizada, violación de derechos humanos y los conflictos armados para los países africanos y americanos ha planteado. Por tanto, se ha elaborado un análisis de la estructura y objetivos de los instrumentos regionales, de los principios desarrollados en ellos y especialmente de los compromisos y obligaciones asumidas por los Estados.

En el análisis se presta una atención particular a las características de la protección descrita por los mismos, su relación con la protección colectiva y sobre todo las contribuciones de estos instrumentos respecto a temas como la recepción y no devolución, los cuales han influido notablemente en el desarrollo del Derecho internacional de los refugiados en general y de la protección en caso de flujos masivos en especial.

En el ámbito del Derecho internacional de los refugiados es bien conocida la temporalidad que caracteriza a la protección internacional; por tanto, se ha considerado importante precisar en este capítulo las obligaciones asumidas por los Estados que han recibido a los flujos masivos y les han brindado protección a través de su consideración como refugiados en el marco de la ampliación del concepto. Es precisamente en torno a este eje en el que se estructura el análisis de las formas de protección que se han desarrollado en los sistemas regionales y su relación con la protección de flujos masivos.

## 1. EL DESAFÍO DE LA PROTECCIÓN DE LOS NUEVOS REFUGIADOS Y LOS FLUJOS MASIVOS EN ÁFRICA Y EN AMÉRICA LATINA

Las iniciativas de elaboración del Derecho internacional de los refugiados surgieron en el marco de los conflictos armados ocurridos en Europa en los años veinte del siglo pasado. Para esa época los instrumentos e instituciones específicas se crearon para proteger a la población civil que huía en masa de estas situaciones de conflictos armados internos e internacionales. Como paso final en esta evolución fue redactada la Convención de 1951, que es reconocida como la “Carta Magna de los Refugiados”<sup>269</sup> y que, con la redacción del Protocolo de 1967, universalizó la protección de los refugiados, reafirmando el interés de las Naciones Unidas por los mismos<sup>270</sup>.

Del contenido de este primer instrumento jurídico de carácter general, se debe resaltar el concepto universal de refugiado inscrito en el artículo 1 de la Convención de 1951, el cual se ha constituido en la disposición central de este régimen, porque a través de ella se logra identificar a los beneficiarios de la protección internacional y las obligaciones de los Estados respecto a los mismos. Esta disposición establece los elementos del concepto de refugiado y las condiciones de aplicabilidad de los mismos, los cuales poseen un ámbito reducido aplicable sólo a las personas que puedan probar sus temores fundados de persecución.

Como se ha señalado con anterioridad, en la época de su redacción, el concepto resumía las principales causas que podían generar desprotección, por tanto su sistematización generó una respuesta beneficiosa para aquellas personas necesitadas de protección. No obstante, en el mundo contemporáneo la aplicabilidad de la Convención se ha traducido en una reducción considerable de los beneficiarios de la protección internacional, ya que se no se incluyen en ella los *nuevos refugiados* surgidos de los diversos escenarios generados con posterioridad a la creación de la misma. Por tanto, la

---

<sup>269</sup> JAEGER, G.: “Les Nations Unies et les réfugiés”, en *Revue Belge de Droit International*, vol. XXII, 1989-1, págs. 72-73.

<sup>270</sup> “Considerando que las Naciones Unidas han manifestado en diversas ocasiones su profundo interés por los refugiados y se han esforzado por asegurar a los refugiados el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales” (*Preámbulo de la Convención sobre el estatuto del refugiado*, párr. 2).

definición desarrollada en esta Convención no logró responder ante las situaciones sobrevenidas<sup>271</sup>.

Este régimen de protección de refugiados estableció las causas taxativas que permiten reconocer a los refugiados, sin hacer mención alguna a la protección colectiva. Es más; ni siquiera estableció alguna disposición que permitiera proteger a personas que huían por causas distintas a las señaladas como persecutorias en la Convención de 1951, apartándose claramente de los supuestos de hecho que, hasta la fecha, habían sido constantes en el impulso del Derecho internacional de los refugiados. Esta falta de flexibilidad planteó serios inconvenientes a la hora de brindar protección, por ejemplo a los desplazamiento en África y Centroamérica a mediados del siglo pasado, donde la Convención de 1951 no pudo aplicarse para solventar las necesidades de las grandes masas de *nuevos refugiados* que comenzaron a cruzar las fronteras en busca de protección, exacerbando nuevamente la preocupación por el tema del desarraigo y poniendo de manifiesto la incapacidad de los Estados para gestionar estas situaciones.

Ante esta deficiencia, las respuestas estatales se han manifestado de forma diversa: desde establecer una definición más funcional de refugiado, para proteger a las personas que huían como consecuencia de nuevas situaciones, pasando por la aplicación de definiciones pragmáticas fundamentadas en condiciones humanitarias en su intento por hacer frente a situaciones apremiantes, desencadenadas por la huida de personas como consecuencia de conflictos armados, violaciones de derechos humanos y violencia generalizada, hasta el cierre de sus fronteras para impedir que grandes flujos de personas ingresaran en su territorio. En este sentido y sin perjuicio de las respuestas estatales, la sistematización del régimen jurídico de los refugiados se ha caracterizado por sus limitaciones y restricciones de aplicabilidad, lo que ha dificultado aun más el problema de la protección de las personas que se desplazan en flujos masivos.

Por tanto, el surgimiento de este régimen jurídico no consiguió instaurar un compromiso por parte de los Estados para lograr una protección efectiva en las situaciones de flujos masivos, las cuales se agudizaron después de la sistematización del régimen de 1951 y la redacción del Protocolo de 1967, confirmando su vigencia entre

---

<sup>271</sup> Vid. AGA KHAN, S.: *Study on Human Rights and Massive Exodus*, UN Doc. E/CN.4/1503, 3 de diciembre, 1981, pág. 14.

los desafíos prioritarios para la sociedad internacional. Al respecto, como afirma PONTE IGLESIAS<sup>272</sup> la instauración de este régimen de protección internacional no impidió ni atenuó la aparición y multiplicación del fenómeno de refugiados y de personas desplazadas, víctimas de conflictos en otras regiones del mundo. De hecho, agrega la autora, tras de la redacción de la Convención de 1951 los conflictos armados en el próximo Oriente, África, y América Latina continuaron presidiendo la génesis del Derecho internacional de los refugiados, haciendo necesaria la creación estrategias que permitieran solventar estos inconvenientes a nivel regional.

Durante los años sesenta y setenta del pasado siglo los desplazamientos masivos dominaron el escenario mundial; su magnitud y rapidez comenzaron a causar serias emergencias en continentes como África y América, donde las huidas en masa fueron la única opción viable para muchas personas que estaban siendo afectadas y forzadas a desplazarse, en gran parte por circunstancias ajenas a las previstas en el concepto de refugiado de la Convención de 1951<sup>273</sup>.

Según las opiniones de KEELY<sup>274</sup> y ZOLBERG<sup>275</sup>, la realidad internacional hacia frente a nuevos fenómenos migratorios, los cuales tenían su origen en: a) el dominio de unos sobre otros, a causa del debilitamiento de los Estados multinacionales, lo cual fue sinónimo de limpieza étnica, expulsiones, genocidio y formación de identidades supranacionales; b) el fuerte componente ideológico que distorsiona la relación entre el Estado y la nación que lo conforma, produciendo fanatismos por determinadas ideas o tendencias políticas que pueden generar interferencias para el libre desarrollo de las actividades del grupo antagónico, lo que puede conducir a la crisis y a

---

<sup>272</sup> PONTE IGLESIAS, M. T.: *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el Derecho internacional actual*, Colección Estudios Internacionales, Tórculo Edicións, Santiago, 2000, pág. 52.

<sup>273</sup> “Africa and Central America are prime examples of regions where the internationally accepted definitions of refugee have proven inadequate. For the last thirty and twenty years, respectively, Africa and Central America have been characterized by a large exodus of people, mostly destitute, among neighbouring nations” (ARBOLEDA, E.: “The Refugee Definition in Africa and Latin America: The Lessons of Pragmatism”, en *IJRL*, vol. 3, núm. 2, 1991, pág. 189).

<sup>274</sup> KEELY, CH.: “How Nation States Create and Respond to Refugee Flows”, en *International Migration Review*, vol. XXX, núm. 4, 1996, págs. 1052-1055.

<sup>275</sup> ZOLBERG, A.: “International factors in the formation of Refugee Movements”, en *International Migration Review*, vol. XX, núm. 2, pág. 156 y ss). Estos fenómenos podrían explicar en cierta medida el cambio de escenario que se produjo en los años sesenta.

conflictos internos. Entre estas ideologías que pueden generar el desequilibrio del Estado, están las creencias religiosas, llevadas al extremo, o cuando son asumidas como normas legales y se imponen desde el gobierno bajo pena de castigo; c) el colapso estatal, el desmoronamiento de un Estado, y sus consecuencias como una economía débil, la falta de servicios que el Estado presta a la sociedad, la reducción de la esperanza de vida, por falta de seguridad, entre otros.

Estos grandes desplazamientos estaban compuestos por grupos que sin ser víctimas de una persecución individualizada, cruzaban las fronteras de sus países de origen o de residencia principalmente motivados por la violencia generalizada, la agresión extranjera y los conflictos internos e internacionales y buscaban protección en países vecinos, que en la mayoría de los casos se encontraban en situación económica precaria y con cargas sociales difíciles de solventar.

La rapidez con que ocurrían estos desplazamientos impidió que se desarrollaran instrumentos a nivel universal, por lo que las emergencias de los desplazamientos masivos en África y en Centroamérica favorecieron un desarrollo normativo caracterizado por la creación de instrumentos tendentes a remediar los vacíos de la Convención, limitada desde una perspectiva geográfica. Así, se llegó a la Convención de la Organización para la Unidad Africana de 1969, que regulaba los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África (en adelante Convención de la OUA) y la Declaración de Cartagena de 1984, que tenían en cada una de sus regiones objetivos dirigidos a la promoción de la protección internacional de los *nuevos refugiados*<sup>276</sup>.

En el continente africano, las situaciones de violencia, amenazas e intolerancia que caracterizaron el proceso de descolonización generaron conflictos armados internos e internacionales. A partir de 1960, estas circunstancias se convirtieron en las causas principales de los desplazamientos forzados, ocurridos principalmente en afluencia

---

<sup>276</sup> “African and Central American countries, in particular, have experienced massive influxes of people fleeing to neighbouring countries, swing to combinations of war, political instability, internal civil strife, economic turmoil, and natural disasters” (ARBOLEDA, E.: “The Refugee Definition in Africa and Latin America...”, cit., pág. 186).



masiva<sup>277</sup>. Ante este escenario, y con el fin de prevenir emergencias humanitarias y problemas de mayor magnitud, se redactó la Convención de la OUA para regular los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África<sup>278</sup>.

Al respecto es importante resaltar que la preocupación por la redacción de un instrumento de protección para estos casos estuvo en discusión desde 1963, cuando la OUA señaló la necesidad de desarrollar un instrumento regional específico sobre refugiados que, fundamentándose en los principios de la Convención de 1951, tuviera en cuenta la realidad incontrollable que se vivía en África. No obstante, hasta finales de 1966 (cuando ya era claro que se aprobaría el Protocolo de 1967) se dio prioridad en la agenda de la organización a la elaboración de dicho instrumento relativo a las necesidades de protección de los refugiados en África<sup>279</sup>.

El ACNUR manifestó igualmente su preocupación por la situación de este continente y en este sentido consideró que la sistematización propuesta por la OUA podía convertirse en una herramienta efectiva para la gestión de situaciones; sin embargo, en el seno de dicha agencia se consideraba que la promoción de instrumentos regionales podría menoscabar la aplicación y respeto de la Convención de 1951, con el consiguiente debilitamiento del régimen universal. A la postre, dicha incertidumbre pudo solventarse fácilmente gracias a una activa participación del ACNUR en el desarrollo y aprobación de la Convención de la OUA<sup>280</sup>.

---

<sup>277</sup> “(...) By the early 1960s, it was already clear that refugees in Africa were more likely to be product of mass movements” (GREENFIELD, R.: “The OUA and Africa’s Refugees”, en EL-AYOUTY, Y; ZARTMAN, I. (eds.): *The OUA After 20 years*, Praeger for SAIS, New York, 1984, pág. 210).

<sup>278</sup> Dicho instrumento incluye en el artículo 1 la definición de la Convención de 1951 y además añade en el siguiente párrafo el siguiente concepto: “ El término ‘refugiado’ deberá también aplicarse a cualquier persona que, debido a agresión externa, ocupación, dominio extranjero o eventos que perturben seriamente el orden público en parte o en todo su país de origen o nacionalidad, está obligado a dejar su lugar de residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o nacionalidad”.

<sup>279</sup> La OUA se pronunció al respecto, afirmó que establecería como prioridad la redacción de un instrumento que pudiera reunir “efforts to ensure the United Nations Convention’s universality and adaptation to the present realities of the refugee problems in Africa”. *Vid. Resolution on the Adoption of a Draft Convention on the Status of Refugees in Africa*, Council of Ministers, Seventh Ordinary Session, Addis Abeba, en CM/Res.88 (VII), de 31 de octubre a 4 de noviembre de 1966.

<sup>280</sup> La Secretaría de la OUA invitó al ACNUR a participar en el proceso de elaboración de este tratado regional, lo que permitió dejar de lado la preocupación manifestada en las etapas de discusión de la Convención. *Vid. ACNUR: La situación de los refugiados en el mundo: Cincuenta años de acción humanitaria*, Icaria, Madrid, 2000, pág.64. La redacción de esta Convención fue ordenada por la *Resolution on the Problem of Refugees in Africa*, Council of Ministers, Ninth Ordinary Session,

En igual sentido, los flujos masivos de personas que huían como consecuencia de los conflictos armados internos en Centroamérica pusieron en evidencia la necesidad de regionalizar las causas que originaban las necesidades de protección e impulsaron una reflexión para establecer una estrategia que permitiera gestionar las consecuencias humanitarias de dichos conflictos internos, caracterizados principalmente por la huida colectiva de personas que querían salvar sus vidas.

Como resultado de la situación que se vivía en Centroamérica y considerando que el régimen jurídico de protección de los refugiados no resultaba aplicable en esta región<sup>281</sup>, el ACNUR convocó un coloquio académico que se celebró en Cartagena de Indias, en 1984, donde se adoptó la Declaración de Cartagena, instrumento que desarrolló una definición ampliada de refugiado que tenía como propósito (como en su momento había hecho la Convención Africana) llamar la atención de los Estados de la región respecto a la consideración del otorgamiento de protección internacional a personas que no podían incluirse en la definición universal de refugiado, además de establecer compromisos firmes de carácter humanitario para con los que huyeran como parte de un flujo masivo.

Como se deduce, estos desarrollos regionales de tipo pragmático<sup>282</sup> tienen sus orígenes en las características de las situaciones en cada una de las regiones y en la naturaleza particular de las causas que motivan los acontecimientos generadores de flujos. Por tanto, la redacción de instrumentos regionales puede entenderse como una medida de complemento necesaria para la revitalización del régimen de los refugiados. En igual sentido, estos instrumentos deben considerarse respuestas a la inexistencia de vínculos entre las causas que generaban desprotección y la normativa legal, lo que

---

Kinshasa, Congo, en CM/Res.104 (IX), de 4 a 10 septiembre de 1967, en la cual “[i]nstructed the OAU Commission to adopt an instrument governing the specific aspects of the problem of refugees, and the adoption of that instrument by Member States be recommended” (párr. 3).

<sup>281</sup> En resumen, tanto en la crisis del Cono Sur como en la primera etapa de la crisis de Centroamérica, no se podían invocar los instrumentos internacionales sobre refugiados y en la práctica no tenían vigencia en América Latina (salvo Chile, que ratificó la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 el 28 de enero de 1972). Cuando se había cumplido una década desde su aprobación, sólo cuatro Estados latinoamericanos eran parte de la Convención de 1951: Ecuador el 17 de agosto de 1955; Brasil, el 16 de noviembre de 1960; Colombia, el 10 de octubre de 1961 y Argentina, el 15 de noviembre de 1961 además de Chile. De los cuales sólo Colombia ratificó la Convención de 1951 sin reserva geográfica.

<sup>282</sup> Al respecto, ARBOLEDA, E.: “The Refugee Definition in Africa and Latin America...”, cit., pág. 191.

permite advertir la importancia de las circunstancias objetivas de los desplazamientos y las situaciones internas en los países generadores de flujos.

Así, tras la redacción de estos instrumentos en los que se reconocieron las nuevas causas que pueden motivar el refugio, se facilitó el entendimiento, la gestión y la protección de personas que huían de estas nuevas circunstancias y en cierta manera se logró hacer efectiva la protección de personas que huían por razones diferentes a las existentes en el régimen universal.

La regionalización de la protección de los refugiados y sus mecanismos podían parecer ser la mejor opción para articular y consolidar principios regionales relacionados con la protección de refugiados. Pero, al respecto, es importante que los enfoques de la política regional estén acompañados de un deterioro de las normas o patrones que han sido establecidos a nivel universal<sup>283</sup>.

En resumen, este pragmatismo (como ya ocurriera en la etapa inicial de la protección de los refugiados) impulsó la búsqueda de soluciones en cada una de las regiones con el propósito de complementar el sistema de protección de refugiados<sup>284</sup> y hacerlo más efectivo para afrontar las circunstancias que estaban afectando a la vida, seguridad y libertad de las personas.

Se puede considerar que la principal aportación de estos instrumentos es la ampliación del concepto de refugiado, ya que en ellos se introdujo una nueva fórmula que permitió incluir las características regionales que motivaban los desplazamientos, lo que dio paso a la protección de los *nuevos refugiados* y de cierta manera a personas que se desplazaban masivamente<sup>285</sup>.

---

<sup>283</sup> MOUSSALLI, P.M.: “Fundamental Principles in the International Protection of Refugees and Displaced Persons: the role of the UNHCR”, en *Round Table of Asian Experts on Current Problems in the International Protection of Refugees and Displaced Persons*, Seminar of Manila, 14-18 April 1980, San Remo, IIHL/University of the Philippines, 1980, pág. 12.

<sup>284</sup> GORTÁZAR ROTAECHE, C. J.: “La protección subsidiaria como concepto diferente a la protección temporal. Hacia un Derecho Comunitario Europeo en la Materia”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (ed.): *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2002, pág. 236.

<sup>285</sup> “Tanto la definición de la OUA como la Declaración de Cartagena hacen hincapié en una definición ampliada de refugiado que fundamenta la acción de protección del ACNUR en caso de flujos masivos y

## 2. LA INICIATIVA AFRICANA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS FLUJOS MASIVOS: LA CONVENCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA DE 1969

Desde sus inicios, el régimen jurídico internacional y el concepto de refugiado en él establecido se han caracterizado por la determinación individual de las personas en función de sus temores fundados, aspecto que desde el punto de vista práctico, ha llevado a poner en tela de juicio la efectividad de la Convención de 1951, debido a su silencio respecto a situaciones producidas por causas no previstas en ella<sup>286</sup>.

Después de la redacción de la Convención de 1951, los conflictos armados internacionales, pero principalmente los conflictos armados internos, se agudizaron y con ellos diversas causas comenzaron a motivar las huidas masivas de personas hacia lugares vecinos y a otros no tan cercanos. Estos cambios han creado diversidad de escenarios a nivel internacional y han generado situaciones de éxodo masivo que no han podido controlarse, bien por la inexistencia de un marco jurídico de protección de los refugiados en el país receptor, o por la falta de voluntad política de los mismos. Ante estas circunstancias y unido a los agravantes de pobreza, crisis económica y el descontrol, los Estados han restringido sus obligaciones internacionales relacionadas con la acogida de personas en busca de protección, lo que ha generado crisis humanitarias.

Estas crisis humanitarias, agravadas por la inexistencia de normas aplicables, la restricción de las obligaciones estatales y la inexistencia de planes de contingencia han estado presentes incluso antes de la redacción de la Convención de 1951 y aun en la actualidad continúan estando entre las situaciones que generan vulnerabilidad entre la población que se ve obligada a desplazarse. Entre los escenarios más alarmantes en el período posterior a la Convención de 1951, se pueden señalar los acontecimientos

---

cuando la determinación individual de la condición de refugiado, tal y como establece la Convención de Ginebra, no es posible” (ELIZONDO, D.: “La protección internacional de los refugiados: retos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en las crisis humanitarias actuales” en CAMPS MIRABET, N. (ed.): *El Derecho internacional antes las migraciones forzadas: refugiados, desplazados y otros migrantes involuntarios*, Edicions de la Universitat de Lleida, Sud-nord, 2005, pág. 85).

<sup>286</sup> En palabras de HATHAWAY, los redactores de las primeras definiciones ni consideraron ni anticiparon los problemas que podían presentarse en el mundo menos desarrollado. Para un análisis de las discusiones sobre los límites de aplicabilidad de la protección de los refugiados puede revisarse HATHAWAY, J.C.: “A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law”, en *Harvard International Law Journal*, vol.31, 1990, págs. 129 y 130.

derivados de la descolonización africana, ocurridos a partir de finales de los años cincuenta, en medio de los cuales muchos pueblos de todo el continente se vieron obligados a luchar por su independencia, lo que desencadenó huidas en masa y un sinnúmero de solicitudes de concesión del estatuto de refugiado<sup>287</sup>.

A partir de 1956 el ACNUR legitimado en sus funciones por la Asamblea General<sup>288</sup>, continuó controlando los desplazamientos masivos de personas, otorgando protección a través de sus “buenos oficios”<sup>289</sup> y por medio de la determinación colectiva *prima facie* de refugiados lo que permitió la protección y asistencia en países en que no se daban las condiciones para acoger a esas masas de población<sup>290</sup>.

---

<sup>287</sup> Para finales de 1970, los dos tercios del presupuesto del ACNUR eran invertidos en África. Vid. ACNUR: “El ACNUR a los 50 años: Del ofrecimiento de una respuesta al planteamiento de soluciones duraderas”, en NAMIHAS, S. (coord.): *Derecho internacional de los refugiados*, Instituto de Estudios Internacionales, Lima, 2001, pág. 270.

<sup>288</sup> La Asamblea General de las Naciones Unidas amplió el mandato del ACNUR en relación con los refugiados de Argelia en Marruecos y Túnez: “Considerando el carácter provisional de la situación de tales refugiados pide al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados que: a) prosiga la acción desarrollada, en unión a la Liga de Sociedades de la Cruz Roja, hasta que dichos refugiados hayan regresado a sus hogares; b) Utilice los medios de que disponga a fin de contribuir a que dichos refugiados hayan regresen a sus hogares de una manera adecuada y, en caso necesario, estudie la posibilidad de facilitar su reasentamiento en su patria tan pronto como lo permitan las circunstancias; c) Prosigue sus esfuerzos a fin de reunir los recursos que le permitan llevar esta labor a feliz término” (Resolución de la Asamblea General 1672 (XVI) de 18 de diciembre de 1961). Posteriormente las labores del ACNUR se expandieron a Etiopía, Burundi, Sudán, Angola, Mozambique, muchas de las cuales continúan en la actualidad, para información sobre los mandatos en cada región puede consultarse [www.unhcr.ch](http://www.unhcr.ch).

<sup>289</sup> En 1958, entre Túnez y Marruecos había cerca de 200.000 argelinos en busca de protección. Como respuesta ante este flujo masivo, se encomienda al ACNUR su gestión, junto con la Liga de las Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Entre 1959 y 1961, huyen de Ruanda alrededor de 60.000 personas provenientes de la minoría étnica tutsi, refugiándose principalmente en la región de Kivu, en Zaire. Nuevamente, sobre la base de los “buenos oficios”, interviene el ACNUR, esta vez para la protección de los ciudadanos de Zambia miembros de la religión luma. En igual sentido, se asistió a principios de los años a cincuenta personas provenientes de Sudáfrica y Zimbabwe que pidieron refugio a causa de la discriminación racial. Vid. VILLALPANDO, W.: “Cómo honrar un mandato”, en ACNUR: *Un instrumento de paz*, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Madrid, 1986, pág. 43. El ACNUR también participó de manera puntual en el Programa ordenado de salidas de personas del sudeste asiático. Esto es particularmente importante, pues como principio general el ACNUR, sólo se ocupaba de personas que se encontraban fuera de su país de nacionalidad o, si carecían de nacionalidad, fuera del país en que tenían su residencia habitual. Al respecto, *Informe del Secretario General sobre la reunión sobre refugiados y desplazados en el sudeste asiático*, Doc. núm. A/34/627, Ginebra, 20-21 de julio de 1979.

<sup>290</sup> “(...) The principal groups of refugees dealt with by UNHCR in Africa in the period 1961 to 1975 show that they were either explicitly determined to be refugees according to the 1950/51 definitions or were dealt with under ‘good offices’ concept as applied in the second phase which was based on *prima facie* group refugee character established in the light of the 1950/1951 definitions” (JACKSON, I.: *The Refugee Concept...*, cit., pág. 176).

Si bien las definiciones de refugiado recogidas en la Convención de 1951 y en el Estatuto del ACNUR se caracterizan por ser definiciones individuales, parece que no existen razones de tipo legal que impidan su aplicación a grupos. De hecho, tras la redacción de la Convención de 1951, la misma se utilizó para el reconocimiento de grupos: “The period 1951 to 1961 saw the development of appropriate mechanisms for the application of the 1950/51 refugee definitions in group situations, notable the ‘good offices’ notion. It has been seen that this notion, as applied in the first phase, related to groups of refugees considered to be outside the scope of the 1950/51 definitions. In the second phase, the notion it was based on the *prima facie* determination of group refugee character according to these definitions. Such *prima facie* determination, moreover, involved the application of broad criteria based on the objective situation in the country of origin which had given rise to the particular exodus, as distinct from the various elements which need to be considered in the case of an individual determination of refugee character”<sup>291</sup>.

No obstante, fue también en esta etapa donde se hizo evidente la necesidad de redactar un instrumento que facilitara la determinación de refugiados en el continente africano<sup>292</sup> y que estableciera obligaciones concretas a los Estados, lo que desembocó en la Convención de la OUA, en la cual se estableció un concepto amplio de refugiado y obligaciones concretas respecto a estos desplazamientos masivos.

En la etapa de la descolonización en el continente africano, los pocos Estados independientes, a pesar de sus limitaciones, cooperaban con el ACNUR y se mostraban receptivos en la acogida de los grupos que entraban inusual y lentamente en sus territorios a consecuencia de los conflictos armados<sup>293</sup>. No obstante, la crudeza de estas

---

<sup>291</sup> JACKSON, I.: *The Refugee Concept...*, cit., pág. 237.

<sup>292</sup> Para un análisis de la aplicación del concepto de refugiado a grupos de personas en el continente africano entre 1961 y 1975, puede verse JACKSON, I.: *The Refugee Concept...*, cit., págs. 143-177.

<sup>293</sup> “From the 1960s to the 1980s, Africa established a largely well-deserved reputation as a continent which treated refugees in a relatively generous manner. The newly-independent states of Africa readily acceded to the main international refugee instruments, and in 1969 established a regional refugee convention which introduced a more inclusive definition of the refugee concept than that which applied in other parts of the world. At the same time, the OAU Refugee Convention of 1969 unlike the 1951 UN Refugee Convention- unambiguously stated that the repatriation of refugees to their country of origin should take place on a voluntary basis. In these respects, Africa established new and improved legal standards for the treatment of exiled populations” (CRISP, J.: “Africa’s Refugee: Partners, Problems and Policy Challenges”, en *Journal of Contemporary African Studies*, vol. 18, núm. 2, 2000, pág. 95). En este

situaciones produjo el incremento de desplazamientos masivos incontrolables que motivaron un cambio de actitud de los Estados recién independizados, quienes se declaraban incapaces de conciliar sus obligaciones humanitarias con su seguridad estatal y económica, por lo que en este contexto, el control de los refugiados fue el centro de atención de las actividades estatales en la época<sup>294</sup>.

La Organización para la Unión Africana<sup>295</sup>, con el propósito de solventar los peligros que traían consigo los desplazamientos<sup>296</sup>, elaboró la *Convención para determinar los aspectos propios de los problemas de los refugiados en África*<sup>297</sup>, de 10 de septiembre de 1969<sup>298</sup>. Este instrumento convencional regional<sup>299</sup> establece un marco

---

sentido “while there were certainly occasions on which states failed to act in accordance with these laws and standards, the period from the 1960s to the 1980s has with some justification (if a little exaggeration) been labelled the “golden age” of asylum in Africa” (RUTINWA, B.: “The end of asylum? The changing nature of refugee policies in Africa”, en *New Issues in Refugee Research*, núm. 5, 1999, pág. 4).

<sup>294</sup> “As the OUA Convention was being elaborated, a number of the newly independent states were themselves promulgating domestic legislation for the management of refugee matters. The distinguishing feature of these legislations was the preoccupation with the ‘control’ of refugees, an objective often expressly indicated in the title as purposes of the enactments” (OKOTH-OBBO, G.: “Thirty years on: A legal Review of the 1969 OUA Refugee Convention”, en *AYIL*, vol. 8, 2000, pág. 21). El autor señala como ejemplo “the Botswana Refugee (Recognition and Control) Act of 1967, the Zambia Refugee Control Act of 1970 and the Swaziland Refugees Control Order of 1978”.

<sup>295</sup> Para un estudio sobre la creación, objetivos e instituciones de la OUA véase ELIAS, T.: *Africa in the Development of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Second Edition, Dordrecht/Boston/London, 1988, págs. 121-147. Para comentarios sobre las deficiencias del primer borrador de esta convención, AIBONI, S.A.: *Protection of refugees in Africa*, Swedish Institute of International Law, Uppsala, 1978, pág. 67 y ss.

<sup>296</sup> Al respecto puede revisarse la obra LAWYERS COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS: *African Exodus: Refugee Crisis, Human Rights and the 1969 OUA Convention*, New York, 1995.

<sup>297</sup> Resulta importante resaltar que, a diferencia de la gran cantidad de material existente sobre las discusiones y trabajos preparatorios de la Convención de 1951, no existe material alguno publicado referente a estas discusiones en el seno de la OUA. Por tanto, para un estudio de la evolución de la redacción de esta Convención puede consultarse JACKSON, I.: *The Refugee Concept...*, cit., pág. 191 y ss.

<sup>298</sup> Para un estudio pormenorizado de la Convención en general, MALUWA, T.: *International Law in Post-colonial Africa*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston 1999, págs. 177-181; DEGNI-SEGUI, R.: “L’action des institutions africaines en matière de réfugiés”, en *Droit d’asile et des Refugies*, Colloque du Caen, Société Française pour le Droit International, Paris, 1997, págs. 229-251; WEIS P.: “The Convention of the Organization of African Unity Governing the specific Aspects of Refugee Problems in Africa”, en *Human Rights Journal*, núm. III-3, 1970, pág. 449.

<sup>299</sup> Esta Convención fue ratificada por 41 jefes de Estado pertenecientes a la OUA, fue adoptada en Addis Abeba, Etiopía, el 10 de septiembre de 1969 y entró en vigor el 20 de junio de 1974. *Vid. Resolution on Africa Refugee Day*, Council of Ministers, Addis Abeba, en CM/Res.398 (XXIV), 10 de septiembre de 1969. Comoros, Eritrea, Madagascar, Mauricio, Namibia, San Tome y Principe y Somalia no han ratificado la Convención.

de protección fundamentado en la ampliación del concepto de refugiado, recogiendo en su texto, además del concepto previsto en la Convención de 1951, una definición de refugiado<sup>300</sup> más amplia y desarrollada en función de las necesidades de protección del continente<sup>301</sup>, a partir de la cual se permite brindar protección a personas que se ven obligadas a huir de su residencia habitual a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de un acontecimiento que perturbe el orden público: “The African refugee crisis consists of at least three aspects: (1) the great number of refugees that have emerged in the last two decades, (2) the inability of African states, primarily, and the international community to address effectively the causes of refugee flows, and (3) the ability, or lack thereof, of international and regional organizations to deal with the protection of greatly increased numbers of refugees”<sup>302</sup>.

Como puede deducirse del párrafo anterior, el concepto de refugiado sistematizado en el texto de la Convención de la OUA resulta ser manifiestamente más amplio que el desarrollado en la Convención de 1951, debido a que su redacción y discusión se llevaron a cabo de forma paralela a los procesos de descolonización e independencia producidos en el continente africano, caracterizados por agresiones,

---

<sup>300</sup> Artículo 1: “ A los efectos de la presente Convención, 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 estuviera su residencia habitual, no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera regresar a dicho país. 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 país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad”.

<sup>301</sup> “The humanitarian crises associated with the upheavals in Somalia, Liberia y Rwanda typify some of the examples which have driven calls to ‘rethink’ ‘traditional’ legal regimes, mandates and approaches. In these situations, an almost comprehensive breakdown of any semblance of civic society has occurred. Most particularly, the state structure has disintegrated and the system of national law and order lies in ruins. An effective national, political and executive authority does not exist any more. Instead, a motley crew of ‘liberation movements’, armed bands warlords or chieftaincies, militias and, often, plain thugs, compete violently with each other on differentiated levels of ability, ideology and objectives. In all these cases, national protection, most particularly the ability to guarantee the personal physical protection of the national population, has failed or is not viable and a state of anarchy will usually have replaced that of normalcy” (OKOTH-OBBO, G.: “The Complex Refugee Crisis in Africa”, en GOWLLAND-DEBASS, V. (ed.): *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1996, pág. 8).

<sup>302</sup> RAMCHARAN, R.: “The African Refugee Crisis: Contemporary to the protection of Refugees and Displaced persons in Africa”, en *AYIL*, vol. 8, 2000, pág. 120.



invasiones, o alteración grave del orden público, que dieron forma a esta definición ampliada<sup>303</sup>. En este sentido, a diferencia de los países desarrollados, donde los sistemas de determinación individual funcionaban y hacían posible la determinación caso por caso, la inexistencia de estructuras o de decisiones de determinación en los países africanos demandaban una aproximación humanitaria y pragmática que permitiera responder a las situaciones que se vivían diariamente y en donde pudiese darse prioridad a las necesidades africanas y no a las restricciones legales<sup>304</sup>.

Así, esta ampliación del concepto de refugiado es producto del cambio generado por el aumento de situaciones de vulnerabilidad y de emergencia humanitaria cuyas causas tuvieron motivaciones de carácter político, social, étnico y económico y que estuvieron acompañadas por la violencia, la intolerancia y la persecución. Por tanto, la Convención de la OUA es el producto de la sistematización de todas las causas que podían generar desplazamiento forzoso en el continente africano; su amplitud pretendía extender la aplicabilidad de la Convención a todas aquellas personas que huían hacia otros países por problemas concretos derivados de la lucha descolonizadora<sup>305</sup>, otorgándoles la condición de refugiados<sup>306</sup>.

De esta manera, puede afirmarse que este instrumento convencional tiene sus fundamentos en la necesidad de garantizar la protección de personas<sup>307</sup>, tomando en

---

<sup>303</sup> “The impression of an abiding dissatisfaction with the scope of application of the 1951 Convention is the reason why the Convention came to be elaborated has taken root in this manner” (OKOTH-OBBO, G.: “Thirty years on...”, cit., pág. 10).

<sup>304</sup> Al respecto, HOLBORN, L.: *Refugees: A problem of our time: The work of the United Nations High Commissioner for Refugees, 1951-1972*, The Scarecrow Press, Metuchen, New Jersey, vol. I, 1975, págs. 15-16.

<sup>305</sup> Para profundizar en la procedencia de los flujos puede consultarse el Final Report of the Conference on the Legal, Economic and Social Aspects of the African Refugee Problems, 9-18 Oct. 1967, Dec. 1968, pág. 9 y ss. En éste mismo sentido, y concretamente sobre las causas del problema de refugio en los países africanos independientes, puede revisarse el documento OUA Doc. AFR/REF/CONF/1967/No 1.

<sup>306</sup> Las personas que se encuentren en las situaciones descritas por la definición ampliada recogida en el artículo 1, parágrafo 2 “acquire ipso facto the status of refugee without first having to justify fear of persecution in the terms of paragraph 1 of the same article” (WEIS, P.: *The Convention of the Organization of African...*, cit., pág. 7).

<sup>307</sup> “As carnage taking place in Rwanda illustrates, the ability to seek and obtain the physical and material safety of another authority, and particularly another state, is often the only real option available to populations caught in many of the ethnic, political and other upheavals taking place in Africa, to ensure their survival and safety” (OKOTH-OBBO, G.: “The Complex Refugee Crisis in Africa...”, cit., pág. 9).

consideración que la Convención de 1951 no incluía las necesidades regionales que en este momento estaban generando grandes crisis de refugiados en el continente africano<sup>308</sup>, casi todas ellas caracterizadas por grandes flujos masivos de población que dificultaban la protección individual desarrollada en 1951<sup>309</sup>.

En consecuencia, en la búsqueda de una protección efectiva para los casos de situaciones vividas por las personas, la aplicación del concepto previsto por la Convención de la OUA puede entenderse como un enfoque amplio que permite considerar como refugiado a toda persona que esté huyendo por los nuevos motivos previstos en ella<sup>310</sup> y sin que sea necesario probar o justificar las causas de esta persecución (a diferencia de lo que exige la Convención de 1951)<sup>311</sup>. En el contexto descrito, la adopción de este instrumento representó un paso adelante en el entendimiento y la aceptación de las nuevas causas que producen desplazamientos

---

<sup>308</sup> “In Africa, the need for a more inclusive definition was noted from the inception of the 1951 Convention (...). Its definition lacked any provision for protection and assistance to people fleeing armed conflict and/or people becoming refugees as result of internal disturbance during the processes of decolonization, democratization and creation of new states. The definition of a refugee in Africa was argued to include those conditions for protection and assistance in the OUA convention” (HYNDMAN, J.; NYLUND, B.: “UNHCR and the status of *Prima facie* Refugees in Kenya”, en *IJRL*, vol. 10, núm. 1-2, pág. 34).

<sup>309</sup> “The adoption of the OUA Convention was prompted more by a concern with large flows of refugees whose exodus was related to Africa’s colonial occupation and wars of national liberation than by concern about persecution on an individual basis. This led to the formulation of a definition of refugee that reflected the special character of the African refugee phenomenon” (LAWYER’S COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS, *African Exodus: Refugee Crisis...*, cit., pág. 29). En este mismo sentido y haciendo especial referencia a la inclusión de los refugiados ambientales, expresa NALDI que “[t]he 1951 Convention definition was intended primarily for the protection of the individual refugee and was dependent on fear of persecution individual in nature. It was not deemed applicable to mass exoduses but the OUA considered that such a narrow definition failed to take account of the particular difficulties facing Africa, such as wars of national liberation and environmental catastrophes such as drought and famine which had given rise to flight en masse and displaced whole populations” (NALDI, G.: *The Organization of African Unity: An analysis of its role*, Second Editions, Mansell, London and New York, 1999, pág. 79).

<sup>310</sup> “Reconociendo que la Convención de las Naciones Unidas, del 28 de julio de 1951, modificada por el Protocolo de 31 de enero de 1967, constituye el instrumento fundamental y universal relativo al estatuto de los refugiados, y traduce el profundo interés que los Estados tienen por los refugiados, así como su deseo de establecer normas comunes de trato de los refugiados” (Preámbulo de la Convención de la OUA, parágrafo 9).

<sup>311</sup> “The new definition of refugees is qualitatively different from the classical definition for it considers situations where the qualities of deliberateness and discrimination need to be present. These farther-reaching provisions reflected the reality of the armed conflicts so pervasive in Africa before and during the period of the drafting of the 1969 OUA Convention. They allowed the grant of refugee status to asylum seekers whose fears were grounded in the accidental but nonetheless dangerous consequences of intensive fighting and associated random lawlessness in their country of origin” (ARBOLEDA, E.: “The Refugee Definition in Africa and Latin America...”, cit., pág. 195).

forzosos; por tanto, se constituyó en la primera señal positiva en la evolución del sistema internacional de protección de refugiados<sup>312</sup>, teniendo en consideración la realidad geográfica y las necesidades de protección de los africanos<sup>313</sup>. Además, su importancia no sólo se circunscribe al ámbito regional, sino que además su modelo impulsó el desarrollo del Derecho internacional de los refugiados en otras regiones como América Latina, donde el espíritu de la definición ampliada de refugiado se consolidó como pilar fundamental en la redacción de la Declaración de Cartagena<sup>314</sup>, en la cual se ha reconocido su legado, como se verá en adelante.

Desde un punto de vista general, fundamentado en un análisis estructural del instrumento africano, se desprende que la Convención pretendía desarrollar dos aspectos: el primero, enfocado a controlar el problema de la subversión en el continente africano, y el segundo, encaminado a suprimir los límites establecidos en el Artículo 1 A (2) de la Convención de 1951. Estos dos aspectos, más la ampliación del concepto, en cierta forma permitirían una mejor adecuación de la normativa a la realidad específica en el continente africano<sup>315</sup>.

---

<sup>312</sup> “When it was first adopted, it signified an important advance, opening up avenues hitherto unknown or only cautiously accepted by existing conventions. Unlike its precursors, it ventured into areas considered political and beyond the scope of legal regulation. In that sense, its adoption was a milestone in the protection of African refugees” (RWELAMIRA, M.R.: “Two Decades of the Convention Governing the Specific Aspects of the Refugee Problems in Africa”, en *IJRL*, vol. 1, núm. 4, 1989, pág. 561).

<sup>313</sup> VALDEZ ARROYO, F: *Ampliación del concepto de refugiado en el Derecho internacional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales, Lima, 2004, pág. 133.

<sup>314</sup> “Ensured the survival of the very institution of asylum itself and its humanitarian character where the (nature) of the refugee flows has sometimes threatened the very fabric of brotherhood and peaceful co-existence between States (...). It continues to provide a solid cornerstone for refugee policy and State practice in the reception of, grant of asylum to and treatment of asylum-seekers and refugees as well as for the implementation of voluntary repatriation. We also take pride in the fact that the Convention has provided positive inspiration for legal developments elsewhere, such as the Cartagena Declarations of Refugees in Latin America. We call on all those Member States which have not acceded to it do so with further delay and re-dedicate ourselves to a more effective implementation of the Convention” (*Tunis Declaration on the 1969 OUA Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa*, Thirtieth Ordinary Session of the OUA Assembly of Heads of State and Government, 13 to 15 June 1994, Tunis, Tunisia, párr. 18).

<sup>315</sup> La tendencia africana de regionalizar las iniciativas respecto a la protección de los refugiados fue reafirmada en la recomendación del *Documento de Addis Abeba sobre Refugiados y Desplazamientos Forzosos de Personas en África*. El Documento de Addis Abeba fue adoptado por el Simposio de la OUA/ACNUR sobre Refugiados y Desplazamientos de Población Africana, realizado entre el 8-10 de septiembre de 1994, en Addis Abeba, Etiopía. El texto puede consultarse en *IJRL*, Special Issue, vol. 7, 1995, págs. 303-319.

En la evolución que significó la redacción de este instrumento para el Derecho internacional de los refugiados, es preciso indicar que la Convención de la OUA no puede considerarse como un régimen de protección de flujos masivos; no obstante, incluye disposiciones sobre acogida temporal de grupos de personas que cruzan la frontera en busca de protección, razón por la cual se ha considerado importante su inclusión en este estudio.

## **2.1. La estructura y objetivos de la Convención.**

Este instrumento regional, que complementa el sistema universal de protección de refugiados<sup>316</sup>, está estructurado en dos partes: la primera, dogmática, donde se desarrolla un amplio preámbulo y la segunda, representada por el cuerpo articular, donde en 15 artículos desarrolla el régimen regional de protección de los refugiados en África, dispuestos de la siguiente manera:

- El Preámbulo compuesto de doce apartados, describe las preocupaciones, objetivos y consideraciones respecto al contenido de la Convención. Así, los Jefes de Estado y de Gobierno observan con preocupación el aumento de los refugiados en África y manifiestan su voluntad de aliviar su miseria y sus sufrimientos; reconocen la necesidad de búsqueda de soluciones en el ámbito humanitario; manifiestan su deseo de eliminar los conflictos entre Estados que puedan generar refugiados; exaltan la importancia de diferenciar a los refugiados de las personas que huyen del país para fomentar la subversión; motivan a desalentar estas actividades subversivas; reconocen el principio de que los seres humanos deben gozar sin discriminación alguna de las libertades y derechos fundamentales previstos en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración

---

<sup>316</sup> La Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 tienen como complemento algunos instrumentos regionales sobre los refugiados, en particular se puede mencionar la Convención de la OUA de 1969 que rige los aspectos inherentes a los problemas de los refugiados en África. En este sentido: “La Asamblea General de las Naciones Unidas ha hecho suyas las recomendaciones aprobadas por la Conferencia sobre la Situación de los Refugiados en África, celebrada en Arusha, en la que se aceptaron las definiciones de la OUA como la base para determinar el estatuto del refugiado en África y se recomendó que la Convención de la OUA sobre los Refugiados, de 1969, que es el complemento regional para África de la Convención de 1951, fuera aplicada por las Naciones Unidas y todos sus órganos así como por las organizaciones no gubernamentales que se ocupen de los problemas de refugiados en África” (*Nota de Protección Internacional*, UNHCR Doc. A/AC.96/830, de 7 de septiembre de 1994, párr. 32).

Universal de Derechos Humanos; recuerdan la importancia de la Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (de 14 de diciembre de 1967) relativa a la Declaración sobre el Asilo Territorial; exaltan el respeto a la Carta de la Organización para la Unidad Africana; reiteran que todos los problemas de este continente deben resolverse en función de la misma; reconocen que la Convención de las Naciones Unidas del 28 de julio de 1951, modificada por el Protocolo de 31 de enero de 1967, constituye el instrumento fundamental y universal relativo al estatuto de los refugiados, y traducen el profundo interés que los Estados tienen por los refugiados, así como sus deseos de establecer normas comunes de trato de los refugiados; sugieren la adhesión a la Convención de 1951 y al Protocolo de 1967 y expresan que, mientras tanto, apliquen sus disposiciones a los refugiados en África; por último, resaltan el compromiso de colaboración con el ACNUR.

- El artículo 1, dividido en 6 párrafos, desarrolla la definición de refugiado y su ampliación a las necesidades africanas, las cláusulas de inclusión y cesación, el ámbito de aplicación material y disposiciones sustantivas, como el deber del Estado receptor de determinar la condición de refugiado del solicitante.

- El artículo 2, redactado en 6 párrafos, dispone las obligaciones de los Estados relativas a hacer todo lo que esté a su alcance para acoger a los refugiados, a promover el respeto de no devolución, la prohibición del rechazo en frontera, la expulsión y el regreso a lugares donde su vida, su integridad corporal o su libertad estén en peligro; la obligación de los Estados de instalar a los refugiados a una distancia razonable de la frontera de su país de origen, y resalta la importancia del otorgamiento del estatuto de refugiado como un acto pacífico y humanitario y del principio de solidaridad africana y cooperación internacional para aliviar la carga de los estados receptores. En este artículo expresamente se contempla una obligación respecto a la admisión temporal en el primer país de asilo en espera de que se adopten soluciones en el marco de la cooperación y la solidaridad.

- El artículo 3 recoge en 2 párrafos las obligaciones de los refugiados, entre las que destacan la prohibición de toda acción subversiva, la obligación de acatar

las leyes y los reglamentos vigentes así como las medidas encaminadas a mantener el orden público. En igual sentido, señala las obligaciones del Estado en relación al compromiso de prohibir a los refugiados establecidos en sus respectivos territorios que ataquen a cualquier Estado miembro de la OUA.

- El artículo 4 se refiere al compromiso de los Estados en aplicar las disposiciones de la presente Convención a todos los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas.

- El artículo 5, dividido en 5 párrafos, expresa el respeto del carácter esencialmente voluntario de la repatriación, y de su realización en cooperación con el país de origen, expresando que los Estados deben velar por la reinstalación y el respecto de los derechos de los refugiados retornados, la no sanción por haber salido del país y el deber de asistencia para facilitar su regreso.

- El artículo 6, compuesto por 3 párrafos, refleja la obligación de expedir documento de viaje de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados.

- El artículo 7 comprende el compromiso de cooperación de las autoridades nacionales con la Organización para la Unidad Africana, a través de la cual se insta a los Estados a proporcionar las informaciones y los datos estadísticos de la condición de los refugiados, la aplicación de la presente Convención, y las leyes, reglamentos y decretos concernientes a los refugiados.

- El artículo 8, desarrollado en 2 párrafos, resalta la importancia de colaborar con el ACNUR y afirma que la Convención africana es el complemento regional de la Convención de 1951.

- Los artículos 9 al 15 desarrollan las disposiciones relativas a la solución de controversias, firma y ratificación, entrada en vigor, modificaciones, denuncia, depósito y notificaciones.

Como puede advertirse, la Convención se presenta como un instrumento protector en el que se desarrollan obligaciones jurídicas, expuestas en el preámbulo y en el artículo 2, mediante las cuales se destaca la necesidad de proteger el bienestar y la seguridad de los refugiados, principalmente haciendo énfasis en el respeto a la prohibición de devolución y estableciendo limitaciones a la potestad de los Estados parte, además de la expresa disposición del artículo 8 respecto a la obligación de los Estados miembros de colaborar con el ACNUR.

La Convención de la OUA, desarrollada en el ámbito regional africano, tenía como propósito fundamental ampliar la definición de refugiado<sup>317</sup> y reforzar su estatuto<sup>318</sup>. Por tanto, se podría decir que la Convención de 1951 regula los aspectos relacionados con el estatuto de refugiado, entendido como protección internacional, y la Convención de la OUA complementa a la Convención de 1951, regulando la acogida temporal en sí misma, concretamente en su artículo 2.

Esta Convención representa un valioso aporte en el desarrollo de la protección colectiva de personas que huyen a causa de desplazamientos forzados, pues precisamente con su redacción se da inicio a la consideración de las causas objetivas en el país de origen como causas de flujos masivos, construyendo sobre ellas el inicio de la protección en estos casos específicos. De esta manera la Convención de la OUA marca el inicio de un sistema de protección de refugiados donde se consideran principalmente las causas de los flujos masivos, tomando en consideración las condiciones objetivas del país de origen<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> Para LÓPEZ GARRIDO, “la existencia de este texto, que deriva de los acontecimientos posteriores a la descolonización, tiene el riesgo de ser interpretado como un ‘argumento a contrario’, demostrando que el Convenio de Ginebra no tenía la intención de prever situaciones tales” (LÓPEZ GARRIDO, D.: *El Derecho de Asilo*, Editorial Trotta, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios Sociales, Madrid, 1991, págs. 75-76).

<sup>318</sup> Así lo confirma el ACNUR en la *Adición al Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, en Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No 12 A (A/7612/Add.1), 1969, pág. 39.

<sup>319</sup> RWELAMIRA, M.: “The 1969 OUA Convention on the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa”, en *IJRL*, vol. 1, 1989, págs. 557-558.

## 2.2. Los principios contenidos en la Convención.

En el marco de la Convención africana, a diferencia de lo que ocurre en la Convención de 1951, la consideración de las circunstancias que motivan el desplazamiento se convierte en el aspecto más importante. Por ello, se puede aseverar que la objetividad se convierte en la característica principal de la definición ampliada de refugiado desarrollada en este instrumento. De esta manera, aun cuando es aplicable únicamente en el continente africano, puede entenderse que la misma representa un avance significativo en el entendimiento de problemas regionales que generan desplazamientos, abarcando con mayor realismo el compromiso de los Estados frente a la protección internacional, en un continente donde el problema de los refugiados ha tomado grandes dimensiones y ha estado vinculado a las sensibilidades políticas y a las consideraciones de seguridad:“(...) The primary value of the Convention’s provisions under discussion was not primarily in their greater legal amplitude as compared with the 1951 Convention, but in their purpose to depoliticise and cohere the grant of asylum in particular, and the refugee question more generally, in the context of international relations and state security politics (...). Reading the history and provisions of the Convention from this point of view, it is clear that they were motivated by the determination to bring refugee politics, practice and jurisprudence a veritably humanitarianised construct, predictability, transparency and coherence”<sup>320</sup>.

Una vez visto el contenido de la Convención, puede afirmarse que en sus disposiciones se incluyen las normas relativas a la no discriminación, contra la expulsión o la penalización por haber cruzado la frontera, todas ellas estructuradas en función de la efectividad de la prohibición de devolución, que es el eje central del instrumento y cuya importancia es manifiesta, así como sucede en la Convención de 1951.

A modo de precisión resulta importante considerar que antes de la redacción de la Convención de 1969, los principios relativos al tratamiento de los refugiados, adoptados en 1966 por el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, contemplaban la prohibición de no devolución en su artículo 8 al disponer que “[u]n réfugié en peut

---

<sup>320</sup> OKOTH-OBBO, G.: “Thirty years on...”, cit., pág. 14.



être expulsé ou refoulé vers un État ou un pays où sa vie et sa liberté seraient menacées du fait de sa race, de sa couleur, de sa religion, de ses convictions politiques ou de son appartenance à un groupe social donné”. Más recientemente, la Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana aprobó, en junio de 2001, una serie de principios relativos al trato de los refugiados, los cuales constituyen la revisión y consolidación de los principios *Principios de Bangkok*<sup>321</sup>.

La Convención de la OUA desarrolla más ampliamente la prohibición de *non refoulement*, pues en el desarrollo del texto la norma consagra una limitación a las potestades del Estado receptor, obligándoles a no devolver a las personas en la frontera, y otorgando el derecho al refugiado a no ser expulsado o devuelto al país en que su vida y libertad están amenazadas<sup>322</sup>.

En el contexto regional<sup>323</sup>, la Convención de la OUA ha consagrado en el artículo 2 párrafo 3 la prohibición de devolución en los siguientes términos:

“Ninguna persona podrá ser sometida por un Estado Miembro a medidas tales como la no admisión en la frontera, la devolución o la expulsión que le obliguen a retornar o a permanecer en un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estuvieran amenazadas por las razones enumeradas en el artículo 1, párrafos 1 y 2”.

Como se deduce de esta disposición, existe una obligación absoluta de no hacer, referida al no rechazo en la frontera. Con lo que se puede llegar a afirmar que esta prohibición no sólo es válida en la categoría de refugiados estatutarios sino también para aquellos que, como expresa la definición amplia de la Convención de 1969, huyen, individual o colectivamente de la violencia generalizada y la agresión extranjera, vinculando el otorgamiento de esta protección a razones principalmente humanitarias, aplicables aun cuando no hayan sido reconocidas como refugiados. Como puede observarse, este instrumento no menciona limitación alguna en relación al respeto debido a la obligación de no devolución; por tanto, esta consideración ha llevado a

---

<sup>321</sup> Al respecto puede consultarse [www.acnur.org/biblioteca/pdf/2185.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2185.pdf), pág.94.

<sup>322</sup> SAITO, Y.: “Les droits des réfugiés”, Droit international, Bilan et perspectives, Paris, 1991, pág. 1210.

<sup>323</sup> *Principles Concerning Treatment of Refugees*, texto en UNHCR: *Collection of Instruments Concerning Refugees*, Geneva.

afirmar que esta obligación ha dado paso al establecimiento de un derecho de no devolución en África<sup>324</sup>, a pesar de que esta no es una opinión generalizada: “(...) There is no fundamental right to be granted asylum, but rather asylum is the result of a favor, the right of specific persons at least to a temporary stay in the country of refugee”<sup>325</sup>:

De una u otra manera, esta provisión ha dado paso a la consideración de una acogida al menos temporal a personas que entran en un país en busca de protección, y permiten concluir que la misma podría hacerse extensiva a las personas que huyen en masa, pues al igual como se ha dicho en relación a la Convención de 1951, la obligación no refiere una admisión en términos de solución duradera<sup>326</sup>.

Además de la importancia del *non refoulement*, la inclusión del principio de responsabilidad compartida en esta Convención es un tema central, considerando la importancia que tiene la misma para la gestión, solución y protección de refugiados. Así, a diferencia de la escasa mención que se hace en el preámbulo de la Convención de 1951, la Convención de 1969, señala en el artículo 2, parágrafo 4 que:

“Cuando un Estado miembro tropiece con dificultades para seguir concediendo el derecho de asilo a los refugiados, dicho Estado miembro podrá hacer un llamamiento a los demás Estados miembros, tanto directamente como por conducto de la OUA, y los demás Estados miembros, con espíritu de solidaridad africana y de cooperación internacional, adoptarán las medidas apropiadas para aliviar la carga de dicho Estado miembro concediendo ellos mismos el derecho de asilo”.

---

<sup>324</sup> “Paragraphs 2, 3, 4 and 5 of Article II are modeled closely on the United Nations Declaration on Territorial Asylum” and their inclusion in the OUA Convention makes them binding upon those States party to it” (OLOKA, J.: “Plugging the Holes: Refugees, OUA Policy and the Practices of Member States”, en *USC Issue Brief*, Washington DC, October, 1986, pág. 34).

<sup>325</sup> HOFFMAN, R.: “Refugee Law in Africa”, en *Law and State*, vol. 39, 1987, pág. 85.

<sup>326</sup> Con relación a la prohibición de devolución se ha dicho que “(...) This principle, embedded in Article 33 of the 1951 Convention, lies at the core of refugee protection and is considered to have a basis outside conventional law. But such limitations did not automatically imply an absolute obligation to admit on a durable basis” (GOWLLAND-DEBASS, V.: “Introduction”, en GOWLLAND-DEBASS, V. (ed.): *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1996, pág. x).

En este artículo se pone de manifiesto la importancia esencial de la inclusión de este principio para el tema de la gestión de flujos en el continente africano<sup>327</sup>, donde la mayoría de los países vecinos receptores de refugiados estaban enfrentando dificultades internas que afectaban directamente a su capacidad para refugiar a tantas personas<sup>328</sup>. No obstante, a pesar del progreso que supone esta disposición, la práctica se ha mostrado un tanto desfavorable respecto a la efectividad de esa responsabilidad compartida, pues la misma no ha llegado a convertirse en una realidad<sup>329</sup>.

### **2.3. Las obligaciones asumidas por los Estados en la Convención.**

La definición recogida en el artículo 1 de la Convención de la OUA desarrolla dos criterios para la determinación de una persona como refugiado. El primero de ellos, incorporado en su apartado 1, contiene los elementos del concepto desarrollado por la Convención de 1951. El segundo, desarrollado en el apartado 2, está fundamentado en las diversas causas que caracterizan los desplazamientos forzados en el continente africano. De esta manera, con este último criterio se incluyen en la noción de refugiado a las personas que huyen a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad. Así pues, se amplía el número de posibles beneficiarios de protección internacional y de las responsabilidades para los Estados.

Al respecto es importante señalar que esta doble categorización de refugiados, en principio, no implica diferencia alguna en las obligaciones de los Estados para con

---

<sup>327</sup> “The OAU refugee Convention was introduced by African governments in order to ensure that cross-border population displacements were managed in a predictable manner and in a way that safeguarded national security and inter-state relations. Similarly, the establishment of the international refugee regime and the introduction of the burden-sharing principle were based on an understanding that the problem of forced migration is an inherently transnational one which cannot be effectively addressed by means of bilateral action” (CRISP, J.: “Africa’s Refugees...”, cit., 2000, pág. 94).

<sup>328</sup> Al respecto pueden señalarse problemas estructurales, pobreza, deudas externa, problemas económicos, etc. Para un análisis de estas limitaciones puede consultarse KIBRAEB, G.: “The system of Asylum in Africa: Economies under pressure”, en *Uppsala Studies in Economic History*, Uppsala, 1991, pág. 33 y ss.

<sup>329</sup> NOBLE, P.: “Refugees, Law and Development in Africa”, en *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, núm. 255, 1982, pág. 270.

los mismos, pues según lo dispuesto en este instrumento, se tendrá que proteger a todas las personas que se incluyan en estas definiciones<sup>330</sup>, considerándolos como refugiados<sup>331</sup>.

Entre las obligaciones que los Estados signatarios de este instrumento han asumido, está la obligación de acogida territorial a todas las personas que crucen la frontera de los países parte. Al respecto, es importante precisar que, a diferencia de la disposición sobre el *non refoulement* de la Convención de 1951, la establecida en esta Convención no admite, por lo menos de forma implícita, reservas de ninguna naturaleza, convirtiéndola en una regla de carácter absoluto, no derogable<sup>332</sup>, de forma que cristaliza la obligación más importante que puede encontrarse en la Convención en relación con la protección de las personas que huyen por la causas que caracterizan los desplazamientos en África. Sobre este particular, cabe destacar que en el artículo 2 párrafo 3 se consagra una noción ampliada de *non refoulement*, que incluye la prohibición categórica de rechazar en la frontera a los solicitantes de refugio.

Otra de las obligaciones previstas en el sistema de protección al refugiado de la Convención de la OUA de 1969 está referida a la obligación que se establece en el mismo artículo 2, párrafo 4 antes señalado, relativo a las cargas compartidas. Esta norma parece indicar que los Estados están obligados a hacer todo lo que esté a su alcance para recibir, atender y procurar el bienestar de las personas que lleguen a un país receptor y hace referencia expresa al otorgamiento de asilo, lo que evidencia claramente la importancia de la solidaridad como herramienta para la solución de problemas relacionados con el acceso a los sistemas de determinación de los Estados miembros de la Organización, si se tiene en cuenta la inestabilidad económica de

---

<sup>330</sup> “(...) The African definition is more reflective of the dominant circumstances currently causing individuals to flee. Moreover, the African definition is more representative of the goals of the multicultural character of an international society as envisioned by the United Nations Charter” (GUNNING, I.: “Expanding the International definition of Refugee: A Multicultural View”, en *Fordam International Law Journal*, vol. 13, núm. 1, 1989-1990, pág. 37).

<sup>331</sup> Existe la opinión de que toda persona que esté en las situaciones descritas por el apartado 2 de la Convención adquiere la condición de refugiado *ipso facto* “(...) Persons in the situations covered by Article I paragraph 2 acquire *ipso facto* the status of refugee without having firstly to justify fear of persecution in the terms of paragraph 1 of the same article” (JACKSON, I.: *The Refugee Concept...*, cit., pág. 193). En igual sentido, WEIS, P.: *The Convention of the Organization of African...*, cit., pág. 7.

<sup>332</sup> DEGNI-SEGUI, R.: “L’action des institutions africaines...”, cit., pág. 233.

muchos de los países del continente y de los grupos de personas que cruzan la frontera en busca de protección.

En el marco de las obligaciones estatales, es importante resaltar que, como instrumento jurídico internacional, la Convención de la OUA de 1969 incluye cláusulas de exclusión similares a las del instrumento de Ginebra<sup>333</sup>. De esta manera, la Convención no hace mención a las restricciones para quienes reciben protección o asistencia previa de otras agencias de Naciones Unidas distintos al ACNUR y para quienes los países de acogida reconocen los mismos derechos y obligaciones que a sus nacionales.

En relación a las cláusulas de cesación, las mismas están contempladas en el artículo 1.4, en el que, además de incluir las desarrolladas por la Convención de 1951, se le suman dos nuevas recogidas de la práctica regional: la comisión de delito grave fuera del país de asilo después de ser admitido como refugiado y la violación de los objetivos perseguidos por la Convención de OUA (artículo 1.4. e), f)), en concordancia con el artículo 3.1 de este instrumento, en el que se prohíbe a los refugiados realizar actividades subversivas contra cualquier Estado miembro de la OUA.

En los años setenta del pasado siglo, SCHACHTER destacó la dificultad de efectuar determinaciones individuales en el contexto africano, pues en la mayoría de los casos la realidad obligaba a gestionar refugiados “en bloque”<sup>334</sup> y de esta manera fueron protegidos. Por tanto, desde el punto de vista de las obligaciones relacionadas con la protección colectiva en caso de afluencia masiva, es importante señalar que las obligaciones de los Estados africanos han estado principalmente fundamentadas en el otorgamiento de la determinación *prima facie* de las personas que ingresan a los países

---

<sup>333</sup> No obstante, la Convención de la OUA señala en su artículo 1.5 que no se beneficiarán de su sistema de protección quienes hayan cometido delitos contra la paz, delitos de guerra, o delitos de lesa humanidad (letra a); graves delitos comunes antes de su admisión en el país de refugio (apartado b); actos contrarios a los objetivos y principios de la OUA (apartado c); y actos contrarios a los objetivos y principios de las Naciones Unidas (literal d).

<sup>334</sup> De esta manera, según afirma el autor, “[i]f you see a whole group crossing a border because they are afraid for political reasons, then a decision is made en bloc, *prima facie* for the whole group” (SCHACHTER, O.: “Legal Aspects of the Refugee Problem”, en BROOKS, H.; EL-AYOUTY, Y. (eds.): *Refugees South of the Sahara: An African Dilemma*, Negro University Press, Connecticut, 1970, pág. 46).

receptores, debido a la dificultad de determinar individualmente en los casos de flujos masivos.

### **3. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA PERSONA EN LA DECLARACIÓN DE CARTAGENA SOBRE REFUGIADOS DE 1984**

A partir de los años cincuenta del siglo pasado, las afluencias masivas de personas comenzaron a suscitar preocupación en América Latina. En la zona del Caribe, la inestabilidad política y el creciente desequilibrio económico y social impulsaron a muchas personas a huir de sus países de origen y a buscar protección en países vecinos<sup>335</sup>. Estos movimientos masivos parecían distar de aquellos que promovieron el desarrollo de los instrumentos de asilo en esa región, por lo que resultaban insuficientes para solventar las necesidades de protección de estos grupos de personas. Al respecto, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ opina que “no podemos olvidar que la naturaleza jurídica de la institución del asilo, fundamento histórico-jurídico de la figura del refugio, es fundamentalmente individualista, por ello quizás se prescindió en su día de incluir a los integrantes de los desplazamientos masivos dentro de los sujetos con derecho a ser protegidos con el estatuto de refugiado”<sup>336</sup>.

Dicha situación se agravó notablemente a partir de los años setenta del pasado siglo, cuando los conflictos armados internos que se sucedían en parte de los países de América Central obligaban a muchas personas a huir para salvar sus vidas, y las necesidades superaban los marcos normativos y las asistencias humanitarias existentes. Este vacío jurídico se hizo más visible ante las afluencias masivas que comenzaron a desplazarse y a desencadenar situaciones de emergencia en la región<sup>337</sup>. De esta manera,

---

<sup>335</sup> CIDH: “Los refugiados y el sistema interamericano”, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1981-82, OEA/Ser.L/V/II/57, Doc. 6, rev. 1, Washington, EEUU, 20 de septiembre de 1982, párr. 34.

<sup>336</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “Hacia un concepto jurídico amplio de refugiado”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coord.): *Refugiados: Derecho y solidaridad*, Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1984, pág. 28. Además, puede consultarse CIDH: “La situación de los refugiados políticos en América: Informe preparado por la Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *La Organización de los Estados Americanos y los Derechos Humanos: Actividades de la Comisión Americana de Derechos Humanos 1960-1967*, OEA/Ser.L/V/II.11, Doc. 7, Washington, EEUU, 1972.

<sup>337</sup> La presencia masiva de refugiados en América Central a finales de la década de los setenta, adquirió proporciones inéditas, donde ni los gobiernos ni las comunidades de acogida estaban familiarizados ni

estas circunstancias que motivaron el desplazamiento de los grupos de personas en El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua evidenciaron la necesidad de elaborar normas que sistematizaran las características propias de los desplazamientos forzados de la región, por resultar imposible determinar los criterios de persecución individualizada recogida en la Convención de 1951.

En primer término, es importante señalar que, a diferencia de lo descrito con anterioridad en relación con la Convención de la OUA, en el ámbito americano no se han desarrollado instrumentos jurídicos convencionales en materia de refugiados. Esta inexistencia no significa una falta de interés regional respecto a la cuestión, pues, en efecto, en los años sesenta se llevó a cabo un intento de sistematización y se elaboró un anteproyecto de Convención Americana sobre refugiados en el seno del Comité Jurídico Interamericano<sup>338</sup>; no obstante, estos esfuerzos no lograron concretarse en un instrumento internacional por falta de voluntad política<sup>339</sup>.

Precisamente, ante la inexistencia de instrumentos convencionales, la Declaración de Cartagena de 22 de noviembre de 1984 merece especial mención en el

---

preparados para este tipo de corriente de personas sin precedentes en América Latina. *Vid. Informe presentado a la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos, Ciudad de Guatemala, 29 al 31 de mayo de 1989, CIREFCA/89/10, abril de 1989, párr. 129 y ss.

<sup>338</sup> “Este anteproyecto fue elaborado por el Comité Jurídico Interamericano en 1966 y pretendía, en el seno de la OEA, dar respuesta a las nuevas situaciones de desplazamientos en la región, caracterizados por flujos masivos. Este documento estaba fundamentado en un estudio comparativo entre los instrumentos internacionales de la Naciones Unidas y los del Sistema Interamericano aplicables al régimen de asilados, refugiados y personas desplazadas. La definición propuesta de refugiado encuentra su fundamento en el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, con lo cual se quiso también comprender todas las causas de persecución, fueran éstas políticas, ideológicas, raciales o religiosas. De allí su referencia a la ‘persecución no motivada por delitos de derecho común (*Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de los años 1981-1982*, en [www.cidh.oas.org/annualrep/81.82sp/cap.6.htm](http://www.cidh.oas.org/annualrep/81.82sp/cap.6.htm), párr.4). El borrador de este anteproyecto está disponible en [www.acnur.org/biblioteca/pdf/2934.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2934.pdf). Igualmente se hace referencia a este proyecto de convención regional sobre refugiados en OEA: *Estudio comparativo entre los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas y los del Sistema Interamericano aplicables al régimen de asilados, refugiados y personas desplazadas*, Convenio OEA/ACNUR, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, 1984, página iii.

<sup>339</sup> En esta época, los Estados Parte del la OEA no lograron ponerse de acuerdo acerca del concepto de refugiado. Desde entonces ningún órgano político de esta organización ha dado la relevancia debida al tema ni tampoco se ha vuelto a incluir en los temas de discusión en el seno de esta organización; por tanto, la proposición del Comité Jurídico no ha podido llevarse a cabo (*Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de los años 1981-1982...*, cit., párr. 5).

ámbito americano en lo que al tema de refugiados se refiere<sup>340</sup>. Este instrumento académico se constituyó en un avance en beneficio de la paz en la región centroamericana en la década de los ochenta<sup>341</sup>, y su reflejo ha servido para actualizar el Derecho internacional de los refugiados, aplicable en América Latina<sup>342</sup>.

El propósito de dicho instrumento es, al igual que la Convención sobre la OUA, el desarrollo de un concepto de refugiado más amplio que el previsto en la Convención de 1951, en un intento de sistematizar la realidad existente en esta región donde la paz no podía lograrse sin el debido control de las masas de población que abandonaban su país de origen o residencia a fin de proteger su vida o libertad<sup>343</sup>.

---

<sup>340</sup> “Las necesidades de protección y asistencia de los refugiados y su afluencia masiva, frente a los limitados recursos e infraestructura de los países receptores, condujo a que la sociedad internacional y los países afectados iniciaran un proceso de identificación e implementación de medidas a fin de dar una respuesta humanitaria a esta situación. Este proceso alcanzó un avance considerable, aunque no su culminación, con la adopción de las conclusiones y recomendaciones de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Desde una perspectiva histórica la Declaración significó un punto de inflexión en la protección y asistencia de refugiados apunto tal que, en la actualidad, ha llegado a convertirse en un instrumento fundamental de la protección en toda la región” (MONDELLI, J.I.: “La Declaración de Cartagena en el MERCOSUR, Bolivia y Chile”, en [www.acnur.org/biblioteca/pdf/3120.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3120.pdf),pág. 1).

<sup>341</sup> TIRADO, T.: “Evolución del concepto de refugiado. La Declaración de Cartagena y el problema de los flujos masivos de refugiados”, en FRAIDENRAIJ, S. (ed.): *La protección jurídica internacional de la persona humana y el problema de los indocumentados*, Seminario realizado en La Paz, Bolivia del 12 al 15 de Noviembre de 1990, ACNUR-Zavalija, Buenos Aires, 1991, pág.132.

<sup>342</sup> El Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR acogió con beneplácito el empleo de criterios regionales para resolver los problemas de los refugiados de alcance regional, enfatizando de esta manera la potencial importancia de esta iniciativa. *Vid.* Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR sobre los refugiados Centroamericanos y la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, Conclusión 37 (XXXVI) 36º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1985. Más recientemente se ha recordado que “[l]a Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984 constituye un enfoque regional innovador y creativo para garantizar protección a quienes la necesitan, que va más allá de proponer una definición ampliada de refugiado” (*Documento de discusión sobre la situación de los refugiados en América Latina: protección y soluciones bajo el enfoque pragmático de la Declaración de Cartagena sobre los refugiados de 1984*, Doc. interno, agosto de 2004, en [www.acnur.org/biblioteca/pdf/2906.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2906.pdf), pág.9).

<sup>343</sup> En la década de los ochenta del siglo XX, aproximadamente dos millones de personas fueron forzadas a desplazarse a consecuencia de los conflictos armados de carácter interno que afectaron a El Salvador, Guatemala y Nicaragua. Toda la región se vio afectada por estos movimientos de refugiados que, además de derivar del conflicto regional, contribuían a él. Junto a los tres países afectados por los conflictos internos, Belice, Costa Rica, Honduras, México y Estados Unidos de América se vieron involucrados en el problema de los refugiados al acoger a un número importante de solicitantes de asilo. *Vid.* ACNUR: *La situación de los refugiados en el mundo 1995: En busca de soluciones*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pág. 50.



Aun cuando la Declaración de Cartagena es el resultado de una actividad académica<sup>344</sup>, posee un valor de consenso revitalizador de la tradición de asilo en América Latina<sup>345</sup>. En este sentido, la Declaración de Cartagena se caracteriza por ser formalmente un documento declarativo cuya importancia reside en que está considerado el paso inicial en un proceso de diálogo y de negociación que tuvo amplias y beneficiosas repercusiones en la búsqueda de soluciones concretas en la región<sup>346</sup>, que posiblemente ha cristalizado una costumbre de ampliar el concepto de refugiado en la región. Al respecto, es preciso mencionar que, si bien la Declaración de Cartagena sistematizó soluciones a los problemas existentes en Centroamérica, su valor para el Derecho internacional de los refugiados está referido al tratamiento novedoso que se le dio a la problemática del desarraigo, un tratamiento que puede calificarse de humanitario y pragmático<sup>347</sup>.

A la luz de este planteamiento, es preciso resaltar la importancia de la Conclusión Tercera de dicho instrumento, en la cual se desarrolla la definición de

---

<sup>344</sup> A instancia del ACNUR, el Centro Regional de Estudios del Tercer Mundo (CRESET) y la Universidad Nacional de Colombia, se celebró en Cartagena de Indias, Colombia entre el 19 y el 22 de noviembre de 1984 un coloquio académico internacional llamado La protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas jurídicos y humanitarios. En esta reunión se congregaron expertos y representantes gubernamentales de Belice, Costa Rica, Colombia, Venezuela, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua y Panamá. Las conclusiones de este Seminario fueron resumidas en ACNUR: *La protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá. Problemas jurídicos y humanitarios*, ACNUR-Centro Regional de Estudios del Tercer Mundo, Universidad Nacional de Colombia, Cartagena de Indias, 1984.

<sup>345</sup> TIRADO, T.: “Evolución del concepto de refugiado...”, cit., pág. 132. La amplia aceptación de esta Declaración se ha reiterado en resoluciones de la OEA, así como en varios informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Vid.* Resoluciones No. 891 (XVII-87) y No. 1336 (XXV-0/95) de la Asamblea General de la OEA y el Informe Anual (1984-1985) de la Comisión interamericana de Derechos Humanos, OEA/Secr.L/V/II.66, Doc. 10, rev.1.

<sup>346</sup> ASOMANI, K.: “Análisis histórico de la situación de los refugiados en América Latina que propició la adopción de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados”, en ACNUR: *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, San José de Costa Rica 5 al 7 de diciembre de 1994, 1995, pág. 186.

<sup>347</sup> La Declaración de Cartagena es un instrumento flexible y práctico que tuvo como objetivo principal la armonización de las preocupaciones de seguridad nacional y estabilidad regional, y las necesidades humanitarias de protección de las personas. En este orden de ideas, este instrumento refleja de una manera sucinta el acervo de protección y buenas prácticas de América Latina, bajo un enfoque innovador basado en la complementariedad de las distintas ramas del Derecho Internacional de Protección. *Vid.* CANÇADO TRINDADE, A: “Derecho internacional de los Derechos humanos, Derecho internacional de los refugiados y Derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias”, en ACNUR: *Memoria del Coloquio: 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre refugiados*, San José del 5 al 7 de diciembre de 1994, Costa Rica, 1995, págs. 90-92.

refugiado<sup>348</sup>. En esta definición ampliada de la idea de refugiado es perceptible el reconocimiento de las causas concretas que caracterizaban la situación en Centroamérica en la década de los ochenta, del pasado siglo<sup>349</sup>.

Desde el punto de vista material, la definición ampliada de refugiado recogida en este instrumento regional americano requiere que las personas reúnan dos condiciones: la primera está vinculada a la existencia de una amenaza a la vida, seguridad o libertad, y la segunda es que dichas amenazas sean el resultado de los elementos en ella inscritos, o sea la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que perturben gravemente el orden público. De lo cual se puede deducir que con dicho instrumento se pretendía proteger la vida, libertad y la seguridad de las personas ante situaciones que no estaban desarrolladas en la normativa latinoamericana existente en materia de asilo, no sólo porque la mayoría de las personas que huían no podían ser consideradas como asilados, sino porque fueron los desplazamientos en masa los que caracterizaron la emergencias en Centroamérica, excediendo la visión individual del asilo<sup>350</sup>.

Un análisis del alcance de la definición desarrollada en la Declaración precisa resaltar que la misma establece que se admitirá como refugiado a la persona cuya vida, libertad o seguridad esté en peligro de ser vulnerados por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras situaciones que hayan perturbado gravemente el orden público.

De este modo, haciendo una comparación con la definición contenida en la Convención de la OUA, cuyos objetivos eran semejantes, es evidente que la definición

---

<sup>348</sup> “(...) De este modo, la definición o 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 armados, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.

<sup>349</sup> La población que huía de los conflictos que tomaron lugar en El Salvador, Guatemala y Nicaragua, tenía características particulares: era principalmente población rural, que estaba organizada comunitariamente, del mismo grupo étnico, con un alto índice de mujeres y niños y fue ubicada en campamentos y asentamientos.

<sup>350</sup> VALDEZ ARROYO, F: *Ampliación...*, cit., pág. 136 .

desarrollada en el instrumento americano resulta más limitada que la del africano, por lo que se considera necesario realizar dos precisiones; una respecto a los supuestos de aplicación y otra respecto a los motivos de generación de refugiados. En primer lugar, el hecho de considerar que la vida, libertad o seguridad de una persona estén en peligro de ser vulnerados representa un supuesto de aplicabilidad no incluido en la Convención Africana y que en la práctica restringe la aplicabilidad e incluso la eficacia del instrumento americano. En este sentido, la protección ofrecida por el instrumento africano parece no condicionar la protección a la existencia de dichas amenazas. En segundo lugar, y como consecuencia directa de lo antes descrito, se observa que la aplicación de la definición ampliada en la Declaración no está referida únicamente a la existencia de los nuevos motivos incorporados a dicho instrumento, sino que los mismos son cumulativos con las amenazas antes descritas, con lo cual la naturaleza de la ampliación no puede objetivizarse como en principio era su objetivo.

Al respecto, ARBOLEDA<sup>351</sup> considera que la incorporación de este requisito de acumulación en la Declaración de Cartagena responde a la influencia de la tradición latinoamericana sobre asilo y que en la práctica la realidad indica que sí se han logrado los objetivos fijados con su redacción. En este orden de ideas, afirma el autor que esta redacción no ha sido interpretada rígidamente y la definición de refugiado no se ha visto limitada por ella, la práctica posterior confirma pues la cristalización de una costumbre regional<sup>352</sup>. Por tanto, el concepto de refugiado desarrollado en la Declaración ha sido aplicado teniendo en consideración las situaciones objetivas existentes en el país de origen, sin necesidad de prueba de temores de persecución que afecten a la vida, seguridad o libertad.

---

<sup>351</sup> ARBOLEDA, E.: “La Declaración de Cartagena de 1984 y sus semejanzas con la Convención de la Unidad Africana de 1969: Una perspectiva comparativa”, en NAMIHAS, S. (coord.): *Derecho...*, cit., pág.180.

<sup>352</sup>“Con referencia a su obligatoriedad, existió *opinio iuris* generalizada, seguida de una práctica basada en la aceptación de esta obligatoriedad, en su aplicación concreta y reiterada a las situaciones previstas en la Declaración, práctica promovida, impulsada y aplaudida por resoluciones de órganos internacionales”(GROS ESPIELL, H.: “La Declaración de Cartagena como fuente del Derecho internacional de los refugiados”, en ACNUR: *10 años de la Declaración de Cartagena sobre refugiados*, San José de Costa Rica del 5 al 7 de diciembre de 1994, 1995, pág. 468). Como ejemplo se puede señalar la Resolución de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de 6 de junio de 1991, en la que se felicitó por la aceptación de los principios contenidos en la Declaración de Cartagena por parte de algunos Estados Miembros y se recomendó que los Estados Miembros que no la hayan incorporado aún en sus respectivos ordenamientos, así lo hagan.

De igual manera se puede afirmar que la definición de la OUA y la de la Declaración de Cartagena contienen y desarrollan nuevos elementos que pueden motivar persecución; no obstante, la definición contenida en la Declaración de Cartagena va un poco más lejos, al incluir la violación masiva de los derechos humanos entre los criterios de determinación, cuestión no abordada por el instrumento africano. Como se ha podido apreciar, las dos definiciones contenidas en estos instrumentos representan definiciones adaptadas a la realidad de las nuevas necesidades, llegando a ser consideradas elementos importantes en el desarrollo y progreso del Derecho internacional de los refugiados, que podrían ser utilizadas como modelos para una futura renegociación de los instrumentos universales de protección de refugiados<sup>353</sup>.

En este contexto, la inclusión del estudio de esta Declaración en este análisis está enmarcado en la naturaleza de las disposiciones que en ella se desarrollan; por tanto, además de promover nuevas causas generadoras de refugiados, por propia definición, como construcción teórica protectora, este instrumento resaltó la importancia de la protección de los derechos humanos como estándares mínimos de protección necesarios para el tratamiento de los flujos masivos<sup>354</sup> que caracterizaron el desplazamiento en esa época y de allí su importancia para este estudio.

---

<sup>353</sup> La renegociación o reformulación de los instrumentos internacionales de protección de refugiados, es una propuesta que pretende otorgar mayor énfasis a las necesidades de protección regional de los refugiados. Al respecto, CREPEAU, F.: *Droit d'asile - De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Editions Bruylant, Bruxelles, 1995, pág. 92; HATHAWAY, J.C; NEVE, A.: "Making International Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection", en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 10, 1997, págs. 157-169 y SHUCK, P.: "Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal", en *Yale Journal of International Law*, vol. 22, 1997, pág. 243 y ss. En este mismo sentido, en el ámbito americano se ha afirmado que "[e]n tanto que la Convención de 1951 puede servir de guía para la sistematización de la práctica actual, la flexibilidad a menudo dependerá de las realidades regionales, sus valores y experiencias. De forma ideal, los enfoques de la política regional deberían complementar este régimen sin que esto signifique el abandono de los principios generales establecidos por la comunidad internacional" (FISCHEL ANDRADE, J.H.: "Regionalización y armonización del Derecho de los refugiados: una perspectiva latinoamericana", en ACNUR: *Derechos Humanos y Refugiados en las Américas: Lecturas Seleccionadas*, ACNUR/IIDH, San José, 2001, pág. 75).

<sup>354</sup> La Declaración de Cartagena resaltó la importancia del establecimiento de un régimen sobre el tratamiento mínimo de refugiados en donde se tomaran en consideración los preceptos de la Convención de 1951, el Protocolo de 1967, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR, haciendo especial referencia a la Conclusión No. 22, referida a la protección de solicitantes de asilo en situaciones de afluencia a gran escala, reconociendo la necesidad de protección en estos casos.

### **3.1. La estructura y los objetivos de la Declaración.**

La Declaración de Cartagena sobre los refugiados en 1984 enmarcó la protección de los refugiados en América Latina en el contexto de la defensa de los derechos humanos. Este instrumento representó un esfuerzo en beneficio de la paz en Centroamérica<sup>355</sup>, particularmente haciendo especial referencia a los flujos de personas, que constituían una nueva experiencia para la región. En efecto, adaptó e incorporó las experiencias previas de los sistemas de protección internacional existentes y su principal aportación fue relacionada con la ampliación del concepto.

La Declaración está dividida en cuatro partes que resumen las conclusiones y recomendaciones:

La primera parte, a modo de preámbulo, expone los antecedentes y describe las causas que motivan la redacción del instrumento, recuerda las conclusiones y recomendaciones adoptadas con anterioridad, resume nuevas circunstancias que requieren una especial consideración, exalta la situación de crisis económica de los países receptores de refugiados centroamericanos, hace alusión a los generosos esfuerzos de los mismos y a la labor humanitaria y apolítica del ACNUR en la región, reconoce la aplicación universal de la Convención de 1951, resalta la labor de la Comisión Interamericana de Derechos humanos y expresa la importancia del reconocimiento de muchos problemas jurídicos y humanitarios que han surgido en la región centroamericana, México y Panamá, los cuales sólo pueden ser encarados teniendo en cuenta la coordinación y armonización entre los sistemas universales, regionales y los esfuerzos nacionales.

La segunda parte describe los compromisos en materia de refugiados incluidos en el Acta de Contadora para la Paz y Cooperación en Centroamérica, especialmente los relativos a instar a la ratificación de los instrumentos de protección de los refugiados, el establecimiento de los mecanismos internos de aplicación y de mecanismos de consulta, y al apoyo en la labor del ACNUR y desarrollo de los mecanismos de coordinación para facilitar el cumplimiento de su mandato, respeto por la repatriación voluntaria y sus

---

<sup>355</sup> WEISS, P.: "Peace in Central America: Transition for the Uprooted", *World Refugee Survey US Committee*, Washington D. C, 1993, págs. 30-41.

mecanismos, el desarrollo de los programas de apoyo a los refugiados y a la necesidad de erradicar las causas que provocan el problema de los refugiados.

La tercera parte refleja las 17 conclusiones del Coloquio, entre los que destacan principalmente las siguientes cuestiones: promoción de la Convención y del Protocolo; ampliación del concepto de refugiado; reafirmación de la naturaleza pacífica y apolítica del asilo y la prohibición de devolución; y promoción de la creación de un régimen sobre tratamiento mínimo humanitario, para lo cual insta a que se aplique la Convención americana sobre Derechos Humanos de 1969 a los refugiados, reiterando el carácter voluntario e individual de la repatriación voluntaria. Es importante resaltar que en la Conclusión Tercera refiere la ampliación del concepto de refugiado como resultado de la experiencia recogida en los casos de afluencias masivas de refugiados en el área centroamericana, teniendo en cuenta el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2).

La cuarta parte comprende las recomendaciones, en las que se solicita que los compromisos en materia de refugiados asumidos se respeten y sean determinantes para establecer la conducta de los Estados para con los refugiados en el área centroamericana y, se insiste que las conclusiones a las que ha llegado este coloquio sean tenidas en cuenta para encarar la solución de los problemas creados por la afluencia masiva de refugiados en América Central, México y Panamá y que se haga pública la Declaración de Cartagena.

En virtud del contenido de sus disposiciones se ha llegado a afirmar que la Declaración de Cartagena es para muchos países de América Latina fuente del Derecho internacional de los refugiados<sup>356</sup>. Si bien es cierto que esta Declaración no es un tratado internacional<sup>357</sup>, la misma se ha constituido en una guía para resolver los problemas de

---

<sup>356</sup> GALINDO VÉLEZ, F.: “Reflexiones sobre el Derecho de los Refugiados en América Latina y el Caribe”, en ACNUR: *Protección y Asistencia de Refugiados en América Latina: Documentos Regionales 1981-1999*, México, 2001, pág.73.

<sup>357</sup> La Declaración de Cartagena es el resultado de un coloquio académico, de compleja y atípica composición, cuyo propósito principal no estaba encaminado a la aprobación de un texto con fuerza jurídica vinculante. El objetivo último de este evento, era realizar una reflexión intelectual sobre el problema de los refugiados a través de un texto con una sólida base jurídica, que recogiera pragmática y prudentemente los resultados de dicho diálogo. De hecho, los delegados gubernamentales que asistieron a este coloquio no fueron invitados a adoptar un instrumento internacional vinculante, ni tampoco tenían instrucciones de parte de sus gobiernos para hacerlo. Por tanto, “[n]i por su origen, ni por la integración

refugiados con sentido práctico, intentando abordar problemas con una óptica regional y no de forma aislada, país por país. En este orden de ideas, sus disposiciones buscan encontrar un equilibrio entre las emergencias que producen los desplazamientos de refugiados, el otorgamiento de protección y el inicio de la búsqueda de soluciones duraderas<sup>358</sup>.

Aun cuando no es un instrumento que desarrolle un estatuto protector o que reglamente estándares de trato para las personas que pueden ser consideradas como refugiados en virtud de los nuevos elementos incluidos en el concepto ampliado, esta Declaración se constituyó en el primer documento de la región latinoamericana en establecer líneas de acción o pautas para que los Estados pudieran afrontar las emergencias vinculadas a las afluencias masivas<sup>359</sup>, formando un elemento cristizador de una costumbre regional<sup>360</sup> que amplía el concepto clásico de refugiado, aunque, con más limitación que el propuesto por la Convención de la OUA, aportando un refuerzo a la prohibición de no devolución en caso de afluencia masiva.

### **3.2. Los principios desarrollados en la Declaración**

La Declaración tuvo su origen en los desplazamientos masivos de personas en el área de Centroamérica y fue formulada con el propósito de resolver la situación que afrontaban miles de personas que vivían en campamentos, a los cuales no se les brindaba la protección debida por no poder ser considerados, conforme a las cláusulas de inclusión prevista en la Convención de 1951, como refugiados<sup>361</sup>. Por tanto, con la

---

del Coloquio, ni por el objetivo que tuvo su convocatoria y organización, se pensó, en el momento de su adopción, que la Declaración fuera un texto capaz de construir una fuente de Derecho, una pauta de conducta de carácter obligatorio para los Estados centroamericanos, México y Panamá, y menos aun para los otros países latinoamericanos” (GROS ESPIELL, H.: “La Declaración de Cartagena...”, cit., pág.460).

<sup>358</sup> Así fue reconocido por el ACNUR, que acogió con “beneplácito el empleo de criterios regionales para resolver los problemas de los refugiados de alcance regional (...)” (*Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR sobre Los refugiados Centroamericanos y la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*, Conclusión No. 37..., cit., párr. d).

<sup>359</sup> ARBOLEDA, E.: “The Refugee Definition in Africa and Latin America...”, cit., pág. 189.

<sup>360</sup> GROS ESPIELL, H.: “La Declaración de Cartagena...”, cit., págs. 466.

<sup>361</sup> “(...) La admisión de las personas que cruzaron las fronteras en la época de los conflictos internos en Centroamérica fueron admitidas bajo condiciones de tolerancia mínima, sin ningún tipo de compromiso al

Declaración se pretendía elaborar un régimen mínimo para la búsqueda de soluciones y el desarrollo de un concepto más amplio y más humanitario de refugiado en orden a comprometer, al menos políticamente, a los Estados de la región a brindar un trato más adecuado a las personas que huían de sus hogares.

Por ello, la Declaración considera como aspecto importante la promoción de la aplicación de la Convención y del Protocolo, así como la adopción, dentro de la normativa interna, de los principios y criterios de estos instrumentos, con miras a colaborar en la armonización de las legislaciones sobre refugiados en la región<sup>362</sup>, todo ello con el propósito de promover el trato mínimo que los Estados de la región deben dar en todas las circunstancias.

Principalmente, el documento reitera el compromiso del respeto al *non refoulement*<sup>363</sup>, de las soluciones duraderas y de la solidaridad internacional, hace un llamamiento a las autoridades nacionales y a la sociedad internacional para que cooperen en la resolución de la apremiante situación de los refugiados y de las personas desplazadas en el interior de los países, situación que también representaba un grave peligro para la paz en la región.

---

momento de su admisión” (FRANCO, L.; SANTIESTEVEAN, J.: “La contribución del proceso de Cartagena...”, cit., pág. 85).

<sup>362</sup> Así está recogido en la Conclusión Primera de la Declaración de Cartagena: “Promover dentro de los países de la región la adopción de norma internas que faciliten la aplicación de la Convención y el Protocolo y, si es preciso, que establezcan los procedimientos y recursos internos para la protección de los refugiados. Propiciar, asimismo que la adopción de normas de derecho interno se inspiren en los principios y criterios de la Convención y el Protocolo, coadyuvándose así en el necesario proceso dirigido a la armonización sistemática de las legislaciones nacionales en materia de refugiados”.

<sup>363</sup> La Declaración de Cartagena incluye la prohibición de devolución en su Conclusión Quinta en la que reitera “[l]a importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional como principio de *ius cogens*”. En el mismo sentido, en el documento que recoge los Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados y Desplazados Centroamericanos en América Latina, se señala que el principio de no devolución “constituye la piedra angular del sistema internacional de protección al refugiado y es el más fundamental de los derechos de los refugiados. Pues el mismo significa la protección contra la expulsión o cualquier forma de devolución a las fronteras de territorios donde la vida o la libertad del refugiado estarían en peligro. Este principio es ampliamente reconocido por la Declaración de Cartagena, incluye no sólo la expulsión y devolución sino también medidas como el rechazo en la frontera” (*Declaración y Plan de Acción concertado de la Conferencia Internacional sobre refugiados en América Central* (CIREFCA), Guatemala, 1989, texto en UN Doc. A/44/527, párr.45)



En este orden de ideas, en el marco del carácter pacífico, humanitario y apolítico del asilo y de la protección internacional de los refugiados que tomaba fuerza con la redacción de este instrumento en la región, se intentó enfatizar la importancia del respeto de la prohibición de devolución de las personas que huían a causa de los conflictos armados internos que ocurrían en Centroamérica, a fin de promover el respeto por los derechos fundamentales<sup>364</sup> de estas personas y el compromiso de los Estados respecto al otorgamiento de protección internacional.

Por ello debe resaltarse que en la Declaración de Cartagena, al igual que en el resto de los instrumentos de protección de los refugiados, se contempla la no devolución como compromiso estructural, que en este ámbito está también implícito para el caso de afluencias masivas porque lo importante en tiempo de conflicto (como asumió en el caso de los conflictos armados internos centroamericanos), el interés superior, es el salvaguardia del ser humano<sup>365</sup>, lo que permite la convergencia entre el derecho de los refugiados y los derechos humanos<sup>366</sup>.

Así, en el marco del conjunto universal de las normas contenidas en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, la Declaración de Cartagena fortaleció<sup>367</sup> e

---

<sup>364</sup> “En este orden, plantea las condiciones de vida básicas: a) libertad de movimiento (campamentos, asentamientos) y alejamiento de las fronteras del país de origen; b) acceso a la asistencia de vivienda, alimentación salud; c) posibilidad de ser documentado y evitar la marginalidad legal; d) acceso a la administración y a los tribunales del país de asilo; e) protección a la familia; y posibilidad de lograr soluciones durables: repatriación voluntaria, integración y reasentamiento en tercer país” (TIRADO, T.: “Evolución del concepto de refugiado...”, cit., pág. 132).

<sup>365</sup> Es tan evidente la complementariedad entre el Derecho de los refugiados y los Derechos humanos que ciertos preceptos de aquél se aplican en éste. De esta manera, la prohibición de devolución consagrada en el artículo 33 de la Convención sobre el estatuto de refugiado de 1951 está consagrada en el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, y también está consagrada en el artículo 22 (8) y (9) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>366</sup> Al respecto puede consultarse RUIZ DE SANTIAGO, J: “El Derecho internacional de los refugiados en su relación con los Derechos humanos y en su evolución histórica”, en NAMIHAS, S. (coord.): *Derecho...*, cit., págs. 31-87.

<sup>367</sup> En América Latina, la Declaración de Cartagena sobre los refugiados enmarca la cuestión en el universo de los derechos humanos. En este sentido, este instrumento hace referencia a los derechos humanos de los refugiados en su Preámbulo y en las Conclusiones sexta y decimoséptima, e incluso a los derechos económicos, sociales y culturales de los refugiados en la Conclusión undécima. Además, en la Conclusión décima, la Declaración hace un llamamiento a los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos para que la apliquen en su conducta con los asilados y refugiados que se encuentran en su territorio. En este sentido, la Declaración considera, en la Conclusión decimoquinta, que corresponde a los órganos de supervisión del sistema interamericano de protección de los derechos humanos “completar la protección internacional de los asilados y refugiados”. Al respecto, también es importante señalar que entre los elementos que componen la definición ampliada de refugiado

incluso amplió el alcance de esta normativa universal con el fin de proteger más efectivamente los retos que aparejaban las nuevas situaciones de refugiados en América Latina<sup>368</sup>, incluyendo una obligación de no rechazo en la frontera que hacía extensiva la prohibición de devolución a todos Estados de la región, y no sólo a los vecinos del conflicto) como medida de protección de los derechos más fundamentales de las personas que huían en masa.

En este sentido, es importante señalar que esta Declaración pone de manifiesto la importancia de la repatriación voluntaria, que no se encontraba recogida en ninguno de los instrumentos de asilo latinoamericanos, lo que se constituyó un avance significativo para la protección de los refugiados. De esta forma, los criterios y principios de la repatriación voluntaria de refugiados y desplazados previstos en la Declaración de Cartagena fueron complementados a través de la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales y establecidos tiempo más tarde por la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), que no sólo posibilitó la difusión de la Declaración de Cartagena, sino también su aplicación interna como una herramienta eficaz de protección de refugiados.

### **3.3. Los compromisos de los Estados en el marco de la Declaración.**

Al no tener naturaleza obligatoria, las disposiciones de la Declaración de Cartagena tenían como propósito fundamental la búsqueda de soluciones a los problemas de los desplazamientos forzosos en Centroamérica a través del compromiso de los Estados respecto al cumplimiento de sus obligaciones.

---

contenida en la Conclusión tercera de la Declaración de Cartagena figura la “violación masiva de los derechos humanos”. De esta manera, se establece un vínculo clarísimo entre los campos del derecho de los refugiados y de los derechos humanos. *Vid.* CANÇADO TRINDADE, A: “Derecho internacional de los Derechos humanos...”, cit., págs. 97-98.

<sup>368</sup> “Para retomar solamente la definición ampliada del refugiado, contenida en la Tercera conclusión de Cartagena, resulta clarísimo que ayudó a viabilizar el diálogo que anteriormente era obstaculizado por el elemento controvertido de “persecución”, y que aunque contextualizada originalmente en la situación centroamericana de los ochenta, la misma ha encontrado aplicación práctica también en el resto de Latinoamérica. Al respecto no se puede dejar de señalar la importancia de esta Declaración en lo relativo a la búsqueda de paz en Centroamérica, ya que el Coloquio que dio origen a la Declaración de Cartagena incluyó en sus conclusiones los compromisos en materia de refugiados señalados en el Acta de Contadora” (ASOMANI, K.; “Análisis histórico de la situación de los refugiados...”, cit., pág. 187).

Era evidente que en los conflictos armados internos, la situación de pobreza de los Estados de la región y la inexperiencia en la gestión de situaciones creaba conflictos a la hora de asumir obligaciones y que los jefes de Estado no estaban dispuestos a pactar más obligaciones que generaran compromisos económicos para sus países. Junto a lo anterior, la inexistencia de un marco jurídico internacional protector en estos casos de flujos masivos de personas que huían de la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos y otras circunstancias que perturbaran el orden público, impedían la aplicabilidad del sistema normativo clásico de asilo, existente en América Latina<sup>369</sup>.

Entretanto, la Declaración de Cartagena tenía como objetivo fortalecer la promoción del respeto a la prohibición de devolución<sup>370</sup>, promover la recepción de las personas que huían de los conflictos internos de Centroamérica y, además, instar al entendimiento de las causas que promovían ese desplazamiento, pues los instrumentos diseñados para el asilo no resultaban aplicables en estas circunstancias<sup>371</sup>.

A la postre, la definición prevista en la Declaración de Cartagena ha establecido la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos y otras circunstancias que hayan perturbado el orden público como nuevos motivos de generación de refugiados, los cuales han ampliado las causas que motivan la protección, si se tiene en consideración que ni la Convención de 1951 ni la Convención de la OUA han incluido estos motivos entre las causas de

---

<sup>369</sup> Sobre las insuficiencias del Tratado de Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1889); Convención sobre Asilo (La Habana, 1928); Convención sobre Asilo Político (Montevideo, 1933); Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos (Montevideo, 1939), Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1940); Convención sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954); Convención sobre Asilo Diplomático (Caracas, 1954) puede consultarse FRANCO, L.; SANTIESTEVEAN, J.: “La contribución del proceso de Cartagena ...”, cit., págs. 84-90.

<sup>370</sup> “La no devolución beneficia no sólo a aquellas personas que tienen un miedo fundado de persecución en el sentido de la Convención de 1951 sobre Refugiados, sino también a las personas cubiertas por la definición regional de refugiados contenida en la Declaración de Cartagena” (*Principios y Criterios para la Protección y Asistencia...*, cit., párr. 45).

<sup>371</sup> Al estar desarrollado en base a la protección de personas perseguidas por motivos políticos o por delitos cometidos en ese ámbito, el sistema regional latinoamericano del asilo es considerado más restringido y resulta por tanto inadecuado para responder a los retos que presentan los flujos de refugiados. Vid. SALVADOR, J.: “El concepto de asilado territorial según los Convenios Interamericanos de protección del refugiado según los instrumentos internacionales de Naciones Unidas”, en *Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina*, Coloquio de México, 11-15 de mayo 1981, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, pág. 121.

refugio. En efecto éstas eran características de los conflictos centroamericanos, y necesariamente exigían la necesidad de un reconocimiento y un subsiguiente desarrollo normativo, que si bien no se ha plasmado en un régimen jurídico, a través de la Declaración de Cartagena ha logrado el compromiso de muchos Estados, que han incorporado las disposiciones del instrumento en sus legislaciones internas, renovando el compromiso de los Estados respecto a la protección de los nuevos refugiados<sup>372</sup>.

Entre las disposiciones importantes, se debe resaltar que con la redacción de este instrumento se propició el establecimiento de un régimen sobre tratamiento mínimo de refugiados que tomó en cuenta no sólo los preceptos de la Convención de 1951 y su Protocolo sino también la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>373</sup> y las conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR<sup>374</sup>, en particular la Conclusión No. 22, referida a la protección de solicitantes de asilo en situaciones de afluencia a gran escala, reconociendo la necesidad de protección en casos de afluencias masivas<sup>375</sup>.

La Declaración de Cartagena, a diferencia de la Convención de la OUA, no introdujo nuevas aportaciones en el campo de la exclusión y el cese de la condición de

---

<sup>372</sup> La Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 representan la fuente primaria del Derecho internacional de los Refugiados en América Latina. No obstante, coexiste con ésta una presunta norma consuetudinaria que sin preeminencia ni contradicción frente a la otra está representada por la Declaración de Cartagena y la actualiza, asegurando de esta manera la mejor aplicación de la norma convencional y los principios en ella desarrollados, como por ejemplo la prohibición de devolución, dando origen a una costumbre regional en cuanto a la protección de los refugiados. Esta costumbre, nacida de realidades históricas, ideológicas, políticas particulares y propias, y de prácticas constantes aceptadas con la convicción de ser jurídicamente obligatorias han dejado de lado las dificultades procesales o probatorias que en algunos casos han existido para su invocación, pudiendo ser aplicables sin las limitaciones de la Convención de 1951 (GROS ESPIELL, H.: “La Declaración de Cartagena...”, cit., págs. 443-445).

<sup>373</sup> Para el ACNUR, la Convención Americana de Derechos Humanos no sólo confirma la institución del asilo y la prohibición de devolución sino que es el instrumento internacional por excelencia para el tratamiento de los refugiados en la región. En este mismo sentido, reconoce la importancia del Sistema Interamericano para el fortalecimiento del marco legal de protección de solicitantes de asilo, refugiados y otras personas del interés de la Oficina en la Américas (La protección internacional de solicitantes de asilo, refugiados, desplazados internos, apátridas y otras personas del interés del ACNUR en las Américas: La importancia de la solidaridad internacional y la responsabilidad compartida, Documento presentado por el ACNUR ante el Consejo Permanente de la OEA, 15 de mayo de 2004, párrs. 3-6).

<sup>374</sup> Así, la Conclusión Octava de la Declaración de Cartagena indica que es necesario “[p]ropiciar que los países de la región establezcan un régimen sobre tratamiento mínimo para los refugiados, con base en los preceptos de la Convención Americana de los Derechos Humanos, tomándose además en consideración las conclusiones emanadas del Comité Ejecutivo del ACNUR, en particular la No. 22 sobre la Protección a los Solicitantes de Asilo en Situaciones de Afluencia en Gran Escala”.

<sup>375</sup> MONDELLI, J.I.: “La Declaración de Cartagena...”, pág.3.

refugiado. Esto es producto de la naturaleza del instrumento que, como ya se ha indicado, fue el resultado de un coloquio académico regional, cuyo objetivo no era la redacción de una convención, sino que más bien pretendía elaborar un análisis regional para así proponer medidas de protección para los gobiernos.

Cabe señalar que la práctica ha evidenciado que el concepto ampliado de la Declaración, fundamentado en las situaciones objetivas antes descritas y desarrollado en las legislaciones internas de los Estados latinoamericanos<sup>376</sup>, ha permitido dejar de lado el reconocimiento de los beneficiarios de la protección bajo la técnica de determinación colectiva *prima facie*, otorgando protección internacional en función de las nuevas causas que fueron desarrolladas en dicha declaración y generan los desplazamientos forzados<sup>377</sup>.

#### 4. LA ACOGIDA TEMPORAL EN LOS INSTRUMENTOS REGIONALES

Entre los objetivos generales por los cuales los Estados contratantes ratifican o se adhieren a la Convención de 1951 y al Protocolo de 1967 podrían resumirse en: a) establecer relaciones con otros Estados sobre la base de disposiciones claras (derechos y obligaciones) que son las mismas para todos los Estados que se adhieran a dichos instrumentos; b) la aplicación de las disposiciones de esos tratados en el territorio

---

<sup>376</sup> Como ejemplos de la inclusión de la definición ampliada de refugiado en legislaciones internas se puede citar el artículo 2 del Decreto Supremo No. 19.640 del 4 de julio de 1983 de Bolivia, en el cual se expresa que “[s]e considerará también refugiado por razones humanitarias a todas aquellas personas que se hayan visto forzadas a huir de su país a causa de conflictos armados internos; agresión, ocupación o dominación extranjeras, violación masiva de los derechos humanos; o en razón de acontecimientos de naturaleza política que alteren gravemente el orden público en el país de origen o procedencia”. En igual sentido en El Salvador, el artículo 4 c) del Decreto No. 918 del 14 de agosto de 2002 que contiene la Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas considera como refugiado “[a]l que huido de su país de origen porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”

<sup>377</sup> “Durante la crisis que tuvo lugar en América Central en la década de 1980, los países de la región, con la cooperación de la comunidad internacional, debieron enfrentar afluencias de refugiados en gran escala provenientes de El Salvador, Guatemala y Nicaragua, recurriendo frecuentemente al reconocimiento *prima facie* del estatuto de refugiado. El proceso no estuvo exento de problemas y dificultades, en algunos casos ciertamente de gravedad, en los que los primeros ingresos de poblaciones refugiadas al territorio de otros países de la región dieron por resultado rechazos en la frontera seguidos de muerte, negación del problema con grave riesgo para la seguridad de estas poblaciones, dentro de las que la presencia de mujeres, niños y ancianos era mayoritaria” (FRANCO, L., SANTIESTEVEAN, J.: “La contribución del proceso de Cartagena...”, cit.,pág. 83).

nacional<sup>378</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que estos mismos objetivos son los que han motivado la adhesión de los Estados a los instrumentos regionales; por tanto, los Estados ratifican o se adhieren a estos instrumentos con el fin de adecuar su legislación interna, aplicar dichos instrumentos para la protección de los refugiados y colaborar con el ACNUR en el desarrollo efectivo de su mandato.

En el caso concreto de la Declaración de Cartagena, es preciso recordar que a pesar de su carácter de Declaración, su espíritu ha sido desarrollado en varias legislaciones internas<sup>379</sup> y con el paso del tiempo su vigencia ha sido reiterada en la región por los propios Estados<sup>380</sup>.

De manera general, las causas que impulsaron el desarrollo de estos instrumentos regionales fueron principalmente los flujos masivos de población, que se caracterizaban por su volumen, la velocidad y la intensidad en que se realizaban<sup>381</sup>. Estas características han repercutido notablemente en las restricciones y barreras puestas

---

<sup>378</sup> GALINDO VÉLEZ, F.: “Reflexiones sobre el Derecho de los refugiados en América Latina y el Caribe”, en ACNUR: *Protección y asistencia de refugiados en América Latina: Documentos regionales 1981-1999*, México, 2001, págs. 74-75.

<sup>379</sup> Los Estados que han incluido el concepto ampliado de la Declaración de Cartagena en sus legislaciones internas son: Belice, art. 4 de la Refugee Act de 16 de Agosto de 1991; Bolivia, art. 4 del Decreto Supremo No. 19640 de 4 de julio de 1983; Brasil, art. 1 de la Lei No 9474, que define los Mecanismos para implementación del Estatuto de Refugiado de 1951 y crea un “Comité Nacional para los Refugiados”, de 22 de julio 1997; Ecuador, art. 2 del Decreto 3301 (Reglamento para la aplicación en Ecuador de las normas contenidas en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de refugiado de 1951 y el Protocolo de 1967) de 6 de mayo de 1992; El Salvador, art. 4 del Decreto No. 918 (Ley para la determinación de la Condición de personas refugiadas) de 22 de agosto 2002; Guatemala, art. 11 del Acuerdo gubernativo No 383- 2001 (Reglamento de protección y definición del Estatuto de refugiado en territorio del Estado de Guatemala) de 14 de septiembre de 2001; Honduras, art. 42 de Decreto No. 208-2003 (Ley de Migración y Extranjería) de 3 de marzo 2004; México, art. 42 de la Ley General de Población, de 7 de enero de 1974; Paraguay, art.1 de la Ley No. 1938 Ley General sobre refugiados, de 9 de julio de 2002; Peru, art. 3 de la Ley No. 27.891 (Ley del Refugiado) de 20 de diciembre de 2002. Las legislaciones internas de estos países pueden consultarse en la base de datos legal de ACNUR en [www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=2](http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=2).

<sup>380</sup> *La protección de los solicitantes de la condición de refugiado, los refugiados, repatriados y apátridas en las Américas*, Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2047 (XXXIV-O/04), de 8 de junio de 2004, párr. i.

<sup>381</sup> Para un análisis comparativo de los aspectos de la Convención de la OUA y de la Declaración de Cartagena pueden verse ARBOLEDA, E.: “The Cartagena Declaration of 1984...”, cit.; ESPIELL, H., PICADO, S., LANZA, L.: “Principles and Criteria for the Protection of and Assistance to Central American Refugees, Returnees and Displaced Persons in Latin America”, en *IJRL*, vol. 2, núm. 1, 1990.

por los Estados en el plano universal<sup>382</sup>, en relación con el otorgamiento de protección internacional a las personas que se desplazan masivamente, ya que han fortalecido el resguardo de sus fronteras<sup>383</sup> y restringido sus sistemas de determinación.

Las diferentes connotaciones políticas, sociales y jurídicas que trae consigo el otorgamiento del estatuto de refugiado y la importancia que tiene este tema para la seguridad nacional de los Estados han tendido a limitar las obligaciones relacionadas con la protección de flujos masivos, y las respuestas ante estos acontecimientos, como se explicó anteriormente, han estado caracterizadas por un pragmatismo que ha dado forma a distintas respuestas estatales y a estrategias como las herramientas flexibles para adecuarlos a la realidad, no siempre con resultados satisfactorios: “Assylum, refugee law, and international protection and the mandate of UNHCR are thus very specific and unique tools available to the international community to respond to likewise very specific and only limited aspects of humanitarian emergencies such as Rwandese refugee crisis, that is, the refugee aspect. The failure, in legal, institutional and operational terms, of the international system to respond to other aspects of the crisis, including the political, military and humanitarian, thereby does not translate into inadequacy of these specific tools, although, of course, they may be critized vis-à-vis their specific functions. This point, that is, the need to define precisely and to understand the scope and limits of the respective legal regimes and international institutions, is a point upon which insistence is not misplaced. It is only in this way that real gaps, legal, institutional and operational, can be properly understood and be addressed effectively for purposes of dealing with the ‘refugee problem’ in its broader, political sense”<sup>384</sup>.

---

<sup>382</sup> “On 25 June 1993, Denmark introduced visa requirements for citizens from Bosnia-Herzegovina, following that already introduced for citizens from Macedonia, Serbia and Montenegro. In June, Denmark received 1.786 asylum seekers from Bosnia-Herzegovina; by September the number had declined to 37” (KJAERUM, M.: “Temporary Protection in Europe in the 90s”, en *IJRL* vol. 6, núm. 3, pág. 448).

<sup>383</sup> Como ejemplo de esta afirmación el gobierno del Ecuador, mediante acuerdo firmado por los presidentes del Ecuador y Colombia en 2004, impusieron como medida de control de ingreso de colombianos al país la presentación del Certificado de No Antecedentes Penales (Pasado Judicial), lo cual ha tenido como efecto la disminución de las solicitudes de refugio en Ecuador. *Vid.* ACNUR: *El caso Ecuador: Perspectiva Histórica 1976-2004*, Conferencia Episcopal Ecuatoriana, Quito, 2004, pág. 53.

<sup>384</sup> OKOTH-OBBO, G.: “The Complex Refugee Crisis in Africa...”, cit., pág. 10.

En este contexto, tales características (presentes en toda la evolución del Derecho de los refugiados) han traído como consecuencia el desarrollo de las formas complementarias de protección que pueden ilustrarse claramente con estos instrumentos regionales descritos, como resultado del dinamismo y el constante cambio de las características de los desplazamientos.

Los flujos masivos, al igual que la pobreza, la crisis económica y la intolerancia, han estado ligadas a la historia de la humanidad, y sus consecuencias humanitarias y de seguridad se han convertido en un problema que los Estados han asumido con restricciones, cierres de fronteras y argumentos que no se corresponden con las obligaciones asumidas a nivel internacional. Las limitaciones de protección de personas en flujos masivos han estado, están y seguirán estando condicionadas por diversos factores que parecen ser más importantes que el reconocimiento de los derechos de las personas que forman parte de estos grupos.

Como se ha descrito, parte de las lagunas del régimen de protección de los refugiados han sido cubiertas por los convenios regionales que, con el propósito de adecuar la normativa internacional al contexto regional, han complementado la Convención de 1951, diseñando un enfoque amplio del concepto de refugiado, que ha permitido, de manera funcional<sup>385</sup>, regionalizar el entendimiento de los estándares básicos previstos en la Convención. Todo esto, con el propósito de hacer más efectiva la aplicación de los principios recogidos por el texto de Ginebra y lograr una visión integradora y realista de las características que debían incluirse para definir a los nuevos refugiados.

De hecho, la ampliación de los conceptos de refugiado y de los compromisos descritos en la Convención de la OUA y en la Declaración de Cartagena no se han manifestado únicamente en la recepción, adopción y desarrollo de legislaciones internas de los países de ambas regiones, sino que los mismos se han hecho efectivos en la práctica estatal, y su implementación ha permitido ampliar la protección a todas

---

<sup>385</sup> El concepto de refugiado presente en los distintos instrumentos internacionales no ha sido definido *a priori* sobre consideraciones teóricas y abstractas, sino que se ha hecho de manera funcional, en función de un interés concreto de la sociedad internacional sobre problemas determinados (SCHNYDER, F.: “Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés”, en *RCADI*, vol. 114-I, 1965, pág. 370).



aquellas personas que huyen por los nuevos motivos recogidos en los textos antes señalados<sup>386</sup>.

Sin embargo, resulta importante resaltar que existen una serie de factores que continúan incidiendo en la efectividad de la protección de estas nuevas situaciones, la mayoría de ellos relacionados con la renuencia de los Estados a proteger a las personas que ingresan al país en flujos masivos (al igual que sucede en el marco de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967). Ello pone de manifiesto que, a pesar de la ampliación del concepto de refugiado y la instauración de sistemas de protección regionales, la protección de los flujos masivos de personas continúa siendo un tema no incluido formalmente en los instrumentos convencionales sobre protección internacional y cuyo otorgamiento está directamente vinculado a la voluntad de los Estados receptores, aspecto que ha permanecido invariable desde el surgimiento del Derecho internacional de los refugiados hasta nuestros días.

#### **4.1. La garantía de admisión temporal en la Convención de la OUA.**

Es importante resaltar que el contexto que dio origen a la Convención Africana parecía evidenciar la necesidad de redactar un instrumento que fuese capaz de sistematizar no sólo la protección de nuevos refugiados sino también disposiciones sobre protección colectiva de los grupos que cruzaban la frontera en afluencia masiva. Así, “the literature on the OUA Convention is dominated by the impression that it provides the facility for dealing more manageably with refugee status in these kind of situations”<sup>387</sup>.

---

<sup>386</sup> “La actitud de los Estados ha sido muy diversa. Por un lado, la realidad de la afluencia masiva de personas en busca de refugio seguro para salvaguardar su vida, su seguridad o su libertad por motivos de violencia generalizada ha forzado tradicionalmente una actitud humanitaria y una toma de conciencia tanto de los Estados como de la sociedad internacional” (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., “Hacia un concepto jurídico amplio de refugiado...”, cit., pág. 28).

<sup>387</sup> En relación al progreso, actualización y desarrollo de la Convención de la OUA se ha dicho que “[a] comparison with the soft law which has developed around the 1951 Convention and its principles, for instance in the Executive Committee of the High Commissioner’s Programme, shows how remarkable is the difference. Why has there been no similar progress around the OUA Convention, so that we are in a situation today whereby domestic law is really the only theatre figuring significant refugee law developments in Africa” (OKOTH-OBBO, G.: “Thirty years on: A legal Review of the 1969 OUA Refugee Convention...”, cit., pág. 31).

No obstante, en función de los aspectos analizados con anterioridad, se puede afirmar que la Convención africana, más allá de la ampliación del concepto de refugiado, no desarrolló estándares, ni un estatuto relativo a situaciones de protección colectiva. Por tanto, tras realizar un análisis jurídico del contenido de la Convención de 1969, y teniendo en consideración la situación de flujos masivos que caracterizaron y aún caracterizan los desplazamientos masivos en esa región, resulta evidente la ausencia de directrices estructuradas y de parámetros tendentes al otorgamiento de la protección de personas en caso de flujos masivos, pudiendo afirmarse que lo que caracteriza este régimen es su absoluto silencio respecto al tema de la protección en estos casos.

Por consiguiente, desde un punto de vista amplio, se puede considerar que la aplicabilidad del instrumento africano en caso de flujos masivos podría estar fundamentado en el contenido del artículo 2, apartado 5, que dispone que:

“Todo refugiado que no haya recibido la autorización de residir en ningún país de asilo podrá ser admitido temporalmente en el primer país de asilo en el que se haya presentado como refugiado, en espera de que se adopten las disposiciones para su reinstalación de conformidad con lo dispuesto en el párrafo anterior”.

Al respecto, es importante precisar que, si bien en esta disposición no se hace referencia directa al flujo masivo de personas, puede considerarse que resulta aplicable a los mismos, en la medida en que se refiere a una recepción territorial no condicionada que remite a situaciones de imposibilidad de determinación individual, permitiendo una acogida en el territorio de tipo temporal, en espera de una solución duradera, lo que la convierte en una disposición de acogida temporal aplicable a individuos y a grupos.

Si bien no se establece un régimen respecto al trato que debería ser otorgado en estos casos, lo más importante en cualquier caso es que en el ámbito africano existe una obligación positiva de admitir, aunque sea de manera temporal, a las personas que cruzan la frontera cuando las mismas no hayan recibido autorización para residir en un país, circunstancia que generalmente caracteriza a una afluencia masiva donde, por diversas cuestiones de índole política o estratégica, las personas no son aceptadas en el territorio o son devueltas a sus países de origen y de residencia, cuestión que al menos

desde el punto de vista formal ha sido solventado por la OUA mediante la introducción en el continente africano de esta obligación de acogida temporal.

Más allá de la disposición descrita, no existe ninguna norma jurídica que indique el modo de proceder ante los flujos masivos, ni un estatuto que pueda aplicarse a grupos de personas. Ante esta situación, los Estados africanos y el ACNUR no consideran en este instrumento una auténtica directriz positiva a seguir, por lo que se acaban creando estrategias reguladoras de casos concretos, como el “Bujumbura Plan of Action”, elaborado para la gestión de la crisis de la Región de los Grandes Lagos y constituye el más claro ejemplo de la búsqueda de soluciones fuera del marco desarrollado por la OUA<sup>388</sup>.

En relación con el tema que nos ocupa, interesa resaltar que la contribución más importante introducida por la Convención de la OUA está circunscrita a lo dispuesto en el artículo 2, apartado 5, que resume las preocupaciones clásicas relacionadas con el tema de los refugiados y las prioridades establecidas en función de las políticas de relaciones internacionales y de seguridad. A efectos de protección en casos de afluencia masivas, debe señalarse que es precisamente en este artículo donde se desarrolla la disposición que, de manera general, se aplica como norma fundamental a la hora de dar una protección colectiva, referida al rechazo en frontera, retorno o expulsión a países donde su vida, integridad física o libertad puedan verse amenazadas, disposición que en el marco del sistema africano no admite ningún tipo de reserva ni excepciones, lo que representa una novedad, por el alto grado proteccionista que caracteriza la Convención de la OUA entre los instrumentos de refugiados.

Como puede deducirse, los redactores de la Convención de la OUA no sólo pretendían ampliar el concepto de refugiado vinculándolo al sistema de protección, sino que además intentaron remediar los vacíos dejados por la Convención de 1951, al menos en lo que respecta a la realidad africana. Así, puede afirmarse que con todas las limitaciones de esta Convención, la misma representa un instrumento útil cuyos objetivos estuvieron encaminados a mejorar la protección de las personas que huían

---

<sup>388</sup> *Bujumbura Plan, Regional Conference on Assistance to Refugees, Returnees and Displaced Persons in the Great Lakes Region*, OAU/UNHCR, 15-17 February 1995, Burundi. El texto de este plan puede consultarse en [www.reliefweb.int/ocha\\_ol/pub/appeals/96appeals/glakes/glk\\_atx1.html](http://www.reliefweb.int/ocha_ol/pub/appeals/96appeals/glakes/glk_atx1.html).

entre países africanos, a pesar de que no todos han llegado a cumplirse satisfactoriamente. Al respecto se ha afirmado que dicho objetivo fue aminorado por la premisa establecida respecto a “to ensure full harmony with the principles of the 1951 Convention and to avoid any possible conflict between regional obligations and those resulting from the world-wide legal instruments”,<sup>389</sup>.

#### **4.2. Los principios de la Declaración de Cartagena aplicables a la protección en caso de flujos masivos**

Los conflictos armados, al igual que la violación de los derechos humanos, constituyen, en el marco del Derecho internacional de los refugiados, nuevos motivos que son equiparables a la persecución<sup>390</sup>. La evolución de los instrumentos regionales, dentro de esta rama del Derecho internacional, ha motivado el otorgamiento de protección por motivos no contemplados en la definición de la Convención de 1951, incluso a través de la Declaración de Cartagena.

La Declaración de Cartagena pretendía repensar, sistematizar, desarrollar y actualizar el Derecho internacional de los refugiados aplicable en América Central, México y Panamá, pero a la postre dicho intento salio de este marco subregional para introducirse en el ámbito de toda América Latina<sup>391</sup>. En este instrumento se reitera el contenido de la definición ampliada contenida en la Convención africana, con la diferencia de que en ésta se incluyen las “violaciones masivas de derechos humanos” como un elemento que califica a un refugiado, lo que induce a pensar que con la redacción de la misma se pretendía ampliar aun más la protección de los individuos en

---

<sup>389</sup> JACKSON, I.: *The Refugee Concept...*, cit., pág. 182. De hecho, diez años después de la redacción de la Convención de la OUA se convocó la Conferencia de Arusha, cuyo principal objetivo era mejorar la aplicación de la Convención, lo cual pone en evidencia que la Convención no había logrado subsumir los aspectos específicos de los refugiados en Africa. Sobre esta última afirmación véase ERIKSSON, L.; MELANDER, G.; NOBEL, P.: *An analyzing Account on the African Refugee Problem*, Arusha, May 1979-1981, Scandinavian Institute for African Studies, Uppsala, 1981, pág. 10. Sobre la necesidad de revisión de la Convención de la OUA, RWELAMIRA, M.R.: “Two Decades of the Convention Governing the Specific Aspects of the Refugee Problems in Africa”, en *IJRL*, vol. 1, núm. 4, 1989, pág. 56, y UNHCR: “Issues and Challenges in the International Protection in Africa”, en *IJRL*, vol. 5, Special issue, 1995, pág. 55.

<sup>390</sup> VALDEZ, F: *Ampliación...*, cit., págs. 140-146.

<sup>391</sup> GROS ESPIELL, H.: “La Declaración de Cartagena...”, cit., págs. 459.

la región, tomando en consideración las crudas realidades en un contexto donde la negociación para elaborar un instrumento convencional proteccionista no parecía viable.

Aunque la Declaración de Cartagena sobre los refugiados no es un tratado<sup>392</sup>, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ afirma que la práctica ha demostrado que los Estados de la zona otorgan a esas personas el estatuto jurídico de refugiado, respetando su derecho a no ser devuelto, preservando estándares mínimos, buscando soluciones duraderas e, incluso, respetando la voluntariedad de la repatriación, lo que ha generado una práctica efectiva y la convicción jurídica de que las víctimas indirectas de la violencia generalizada son personas con derecho al estatuto de refugiado, reconociendo la existencia de una norma de carácter regional<sup>393</sup>.

En este sentido, la práctica estatal y la *opinio iuris* ha permitido que la Declaración de Cartagena sea invocada como una norma consuetudinaria de carácter regional, por lo cual al menos parte de su contenido sería vinculante para todos los Estados en la región, lo cual mejora de la protección y asistencia de los refugiados, esencialmente resaltando la importancia del respeto del *non refoulement*<sup>394</sup>.

Así, en palabras de CANÇADO TRINDADE la aportación de la Declaración de Cartagena, al relacionar los problemas de los refugiados, desplazados y repatriados directamente con los derechos humanos, puede resumirse en los siguientes términos: “Primero, llenó un vacío al ampliar la definición de refugiado (de la Convención Relativa al Estatuto de los Refugiados de 1951 y Protocolo de 1967) y extender las motivos a “la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la

---

<sup>392</sup> “No hay duda, que la Declaración de Cartagena, política y sociológicamente, existe como un hecho jurídico, al que se le reconoce –aunque de una manera vaga y difusa, sin la expresión de un fundamento expreso, y de una forma más o menos general- validez normativa” (GROS ESPIELL, H.: “La Declaración de Cartagena...”, cit., pág. 460).

<sup>393</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “Las repercusiones jurídicas de la Declaración de Cartagena en el concepto de refugiado”, en *Los Derechos Humanos en América: una perspectiva de cinco siglos*, Publicaciones de la Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1994, pág. 460.

<sup>394</sup> La prohibición de devolución pretende evitar cualquier expulsión o forma de devolución en las fronteras hacia aquellos territorios donde la vida o la libertad del refugiado estarían en peligro. Este principio, reconocido por la Declaración de Cartagena, incluye medidas tendentes a evitar el rechazo en la frontera y resume aquellas establecidas en la Convención de la OUA, Art. II, 3; en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial, Art. 3, 1 y en la *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la Protección de las Personas que buscan asilo en situaciones de afluencia a gran escala*, Conclusión No 22, (XXXII), 30º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1981.

violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público” (parte III, párrafo 3). Segundo, fomentó la acción dentro de los Estados, al dedicar atención a la situación vulnerable de los desplazados dentro de su propio país. Tercero, reiteró la importancia del principio de no devolución (incluyendo la prohibición de rechazo en fronteras) como piedra angular de la protección internacional de los refugiados” (parte III, párrafo 5) y norma perentoria del Derecho internacional. Cuarto, señaló la necesidad de que los Estados sigan desarrollando las normas mínimas consagradas en los instrumentos básicos de protección (como la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Quinto, enmarcó la temática de los refugiados, desplazados y repatriados en el contexto más amplio de la observancia de los derechos humanos y de la construcción de la paz en la región”<sup>395</sup>.

## **5. LA NECESIDAD DE PROTEGER A LAS PERSONAS EN SITUACIONES DE FLUJOS MASIVOS**

Aun cuando el estatuto de refugiado desarrollado en la Convención de 1951 ha podido otorgarse para proteger a grupos de personas que huían en distintos lugares del mundo, situaciones como las de África y América Central desbordaron las causas que motivaban esa protección internacional; por lo que fue necesario la redacción de instrumentos regionales que, con base a los principios desarrollados por la Convención de 1951, intentaron proteger a personas que huían de situaciones de violencia generalizada y conflictos armados, entre otras causas, fundamentándose en las condiciones objetivas de violencia en el país de origen y prestando menor relevancia al temor de persecución.

Así, a pesar del avance que ha representado la ampliación del concepto de refugiado en los instrumentos regionales complementarios a la Convención de 1951, puede afirmarse que la firma de convenios internacionales, acuerdos políticos y diplomáticos respecto a la protección de personas no conducen a la protección efectiva de las mismas, menos si se trata de flujos masivos, por la dificultad de identificar los

---

<sup>395</sup> CANÇADO TRINDADE TRINDADE, A. A.: “Los diez años de la Declaración de Cartagena sobre refugiados”, Discurso inaugural en ACNUR: *Memoria del Coloquio Internacional...*, cit., pág. 22.

temores individuales que han generado el desplazamientos. Por tanto, aunque se pensó que podría lograrse una aplicación más amplia que lograra incluir la protección de aquellas personas que huían en flujo masivo, su alcance respecto a esta cuestión ha sido limitado y continúa en un limbo jurídico, dependiente de la voluntad del Estado.

Sin embargo, la Convención africana y la Declaración de Cartagena, resaltando la importancia e inderogabilidad de la no devolución, se convirtieron en respuestas contundentes a situaciones desbordantes que impulsaron el desarrollo de ciertos aspectos del régimen de protección de los refugiados<sup>396</sup>.

Por todo esto, sería importante considerar estos subsistemas como modelos que pueden resultar eficaces para conseguir al menos el respeto de la acogida temporal como paso inicial de la protección internacional<sup>397</sup> en los casos de grupos que se desplazan forzosamente, lo que pone en evidencia cómo la interdependencia del mundo impulsa la universalización de los regímenes, a pesar de las distintas naturalezas de los instrumentos.

Si bien es preciso concluir que los distintos instrumentos regionales han contribuido notablemente a la evolución del Derecho internacional de los refugiados, es importante dejar claro que los mismos han pretendido complementar la Convención y no han sido elaborados para reemplazarla. Estos instrumentos se redactaron, como en su tiempo lo hiciera la Convención de 1951, para otorgar a las personas la seguridad jurídica que no pueden disfrutar en sus países de origen o de residencia. Son, pues, unos instrumentos que indican la protección mínima para supuestos de hecho establecidos,

---

<sup>396</sup> La prohibición de devolución constituye la piedra angular del sistema internacional de protección al refugiado y es la obligación fundamental de los Estados receptores. Así está desarrollado en los siguientes instrumentos: Convención de 1951 sobre Refugiados, art. 33; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22, 8; Convención de la OUA, art. II, 3; Declaración de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial, art. 3.1. En las Resoluciones de la Asamblea General: Res. A.G. ONU 32/67; 33/26, 34/69, 35/41, 36/125, 37/195, 38/121, 39/140, 40/118, 41/124, 42/109. También en la *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa al principio de No Devolución*, Conclusión No. 6 (XXVIII), 28º período de secciones del Comité Ejecutivo, 1977.

<sup>397</sup> La acogida temporal en el territorio de un Estado es una respuesta inmediata para las personas que no pueden continuar viviendo en sus países. Es, pues, la respuesta a la realidad presentada por la violencia social, la disolución de los Estados y las persecuciones indiscriminadas. “De hecho, mientras que el número de conflictos productores de refugiados no ha aumentado significativamente en los últimos años, el número de personas desplazadas en cada conflicto se ha hecho mucho mayor” (ACNUR: *Situación de los refugiados en el mundo 1995...*, cit., pág. 23).

cuyo desarrollo puede ampliarse y mejorarse en las legislaciones internas, siempre estructurados sobre la base los principios desarrollados en la Convención de Ginebra. En relación con la Convención de 1951, MIAJA DE LA MUELA afirma que “los Estados firmantes han procurado comprometer lo menos posible su libertad futura en cuanto a la reglamentación de los derechos subjetivos, no sólo del refugiado, sino de los extranjeros en general”<sup>398</sup>.

Como ha podido observarse, estos instrumentos regionales no establecen un régimen de protección de flujos masivos. No obstante, presentan disposiciones que pueden ser aplicables en situación de afluencias masivas y de protección de grupos<sup>399</sup>, principalmente porque en la práctica las personas que huyen por las causas establecidas por los instrumentos regionales suelen ser las mismas que generan los flujos masivos de personas<sup>400</sup>. Por tanto, puede afirmarse que la Convención Africana y el espíritu de la Declaración de Cartagena han permitido evolucionar respecto a la gestión y protección de personas que huyen en flujos masivos<sup>401</sup>, disminuyendo en cierta manera la vulnerabilidad de estas personas que huyen de la violencia generalizada, los conflictos armados y la violación sistemática de los derechos humanos entre otros; pero es importante dejar claro, que si bien se ha logrado un cierto avance, nunca como ahora se hace necesario un planteamiento amplio que permita afianzar el compromiso de los Estados respecto a la protección de flujos masivos<sup>402</sup>.

---

<sup>398</sup> MIAJA DE LA MUELA, A.: “Notas al Estatuto de los Refugiados”, en *REDI*, vol. V, núm. 1, 1952, pág. 148.

<sup>399</sup> “(...) The purpose of temporary protection is to ensure immediate access to safety and the protection of basic human rights, including protection from refoulement, in countries directly affected by a large-scale influx. Temporary protection may also serve to enhance prospects for a coherent regional response, beyond the immediately affected areas” (UNHCR: *The State of the World's Refugees 2000: Fifty years of Humanitarian Action*, Oxford University Press, 2000, Oxford, pág. 168).

<sup>400</sup> *Nota sobre Protección Internacional*, Doc. A/AC.96/830..., cit., párr. 47.

<sup>401</sup> En el ámbito latinoamericano estos compromisos se han reiterado en reuniones en las que se ha enfatizado la necesidad de “adherirse a las conclusiones adoptadas por el grupo de expertos sobre el otorgamiento de asilo temporal en situaciones de movimientos masivos, convocado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en abril de 1981, según las cuales en tales situaciones, debe concederse adecuada protección y tratamiento humanitario mientras se buscan soluciones permanentes a tales problemas” (*Coloquio sobre el Asilo y la Protección Internacional de Refugiados en América Latina*, reunido en Tlatelolco, Ciudad de México, del 11 al 15 de mayo de 1981, Conclusión 8, texto en ACNUR: *Lecturas Seleccionadas*, ACNUR/IIDH, San José, 2001, pág. xv.)

<sup>402</sup> Según CRISP, de los 20 Estados productores de refugiados en el mundo, 9 de ellos están en África. El autor señala que “conversely, with regard to both refugees and IDPs, two principal sub-regions of displacement have emerged in the course of the 1990s: the five neighbouring states of Cote d'Ivoire,



Sobre este particular, la Convención de la OUA parece haber marcado el inicio de una trayectoria hacia un mayor compromiso estatal al arrojar disposiciones claras respecto a las obligaciones mínimas de acogida, las cuales podrían ser aplicables a los flujos masivos, aun cuando no haga una referencia expresa en su contenido.

La situación en América Latina, sin embargo, es diferente y dista de ser sencilla. Así, si se considera que los objetivos de la Declaración de Cartagena de promover el entendimiento y el compromiso en América Latina fueron alcanzados y de hecho superaron las expectativas creadas ante un instrumento académico<sup>403</sup>, desafortunadamente la protección de los refugiados no es considerada como una prioridad regional. En este sentido, aunque sus disposiciones han sido desarrolladas en ciertas legislaciones internas, no se ha logrado promover el desarrollo de un estatuto regional basado en el concepto ampliado de refugiado, lo que genera incertidumbre cada vez que se produce una emergencia relacionada con desplazamientos masivos.

Aun cuando las bases de un concepto ampliado fueron establecidas por esta Declaración, no cabe duda de que la compleja dinámica del desplazamiento forzoso,

---

Guinea, Guinea-Bissau, Liberia and Sierra Leone in the west of the continent; and the vast area of central Africa which stretches from Eritrea in the north-east to Angola in the south-west, also encompassing the Democratic Republic of Congo (DRC), Congo Brazzaville, Burundi, Ethiopia, Kenya, Rwanda, Somalia, Sudan, Tanzania, Uganda and Zambia. Both of these subregions are now affected by interlocking patterns of war and human displacement, in which the movement of refugees, IDPs and returnees constitutes both a consequence and a cause of social and political violence". Lo apenas descrito pone de relieve la complejidad de los desplazamientos en África que según indica CRISP adopta diferentes formas, en primer lugar porque África continúa produciendo de manera desproporcionada el mayor número de refugiados, y en Segundo lugar "[t]he movement of refugees in Africa is very much a two-way process: while some displaced people have been leaving their own country to set safety in neighbouring and nearby countries of origin, others (in fact a larger number) have been moving back to their home land. Thus according to UNHCR statistics, the three largest refugee exoduses of 1998 all took place in Africa: from Sierra Leone (280.000), Sudan (37.000) and Angola (33.000). But so did the two largest repatriation movements: to Liberia (236.000) and Sierra Leone (195.000)" (CRISP, J.: "Africa's Refugees...", cit., págs. 94-96).

<sup>403</sup> "Para apreciar en perspectiva la importancia de la Declaración de Cartagena es necesario retrotraernos a la precariedad jurídica de la situación preexistente que, a nuestro juicio, era debida a dos razones fundamentales: a) por una parte, la crisis del sistema tradicional del asilo latinoamericano, b) por la otra, las reticencias existentes en la gran mayoría de los países de la región a acceder a los instrumentos internacionales de la protección de refugiados". Además de estas dos razones, los autores insisten en añadir las situaciones y contextos totalmente novedosos que provocaban los desplazamientos forzosos, para lo cual no existía experiencia en la región, ni respuestas precisas a los desafíos planteados en el marco del Derecho Internacional, ni instituciones que pudiesen llevar a práctica la protección y asistencia a los refugiados (FRANCO, L.; SANTIESTEVEAN, J.: "La contribución del proceso de Cartagena al desarrollo del Derecho internacional de refugiados en América Latina", en ACNUR: *Memorias del vigésimo aniversario...*, cit., pág. 83).

principalmente los flujos masivos, obligan a repensar la importancia de un régimen convencional que establezca instituciones jurídicas precisas y genere obligaciones respecto a temas como la protección de flujos masivos de población, que, si bien no representan una constante en la realidad latinoamericana, pueden generar grandes inconvenientes si se toma en consideración la magnitud del conflicto colombiano en los últimos años. Además, la realidad latinoamericana presenta la complejidad añadida del fenómeno migratorio y de los desplazamientos internos<sup>404</sup>, en los que los factores económicos y sociales se entremezclan con los relacionados de forma directa con la protección internacional.

Por tanto, si se entiende que estos instrumentos regionales representan para el Derecho internacional de los refugiados una ampliación en los criterios de identificación y protección de refugiados y de grupos de personas que ha logrado impulsar el desarrollo del Derecho sustantivo de los refugiados, debe también considerarse que ha implicado la asunción de obligaciones económicas, políticas y sociales para los Estados receptores, que cada vez son más difíciles de solventar y que pueden convertirse en una limitación a la hora de asumir nuevas obligaciones.

La ampliación del concepto de refugiado se ha traducido en un aumento del número de beneficiarios de la protección internacional, lo cual ha facilitado la comprensión del problema y el entendimiento de la necesidad de la aplicación de estándares mínimos en casos de flujos masivos, instando principalmente a la concesión de una protección territorial inicial sin hacer referencia alguna a la legitimación del abandono del Estado de origen, sino por el contrario ofreciendo protección individual o colectiva a través de la acogida a quienes huyan de su país de origen. Pero la ampliación no es una condición suficiente para garantizar el compromiso de los Estados en los casos de emergencias humanitarias como las que pueden desencadenar los flujos masivos.

Por ello, se debe considerar que la protección en caso de flujos masivos debe ir más allá de una mera acogida temporal y por consiguiente no se puede esperar a las

---

<sup>404</sup> Con la Declaración de San José de 1994 se adoptaron conclusiones y recomendaciones específicas sobre la problemática de los desplazados internos, poniendo de relieve la preocupación por la situación de las personas desplazadas. Al respecto ACNUR: *Declaración de San José: Conclusiones y recomendaciones sobre refugiados y desplazados*, en [www.acnur.org/biblioteca/pdf/2207.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2207.pdf).

formas improvisadas en que los Estados puedan asumir estos compromisos, pues sin una sistematización de las obligaciones estatales en relación a esta cuestión, se pondrían en juego los derechos a solicitar refugio, a no ser devueltos e incluso a permanecer con vida de gran número de personas: “[l]egal issues are still important, but a meaningful protection discourse certainly requires more than accurate or creative application of international rules and their implementation in good faith. It is worth keeping in mind that a majority of States today in theory accept legal and humanitarian responsibility for refugees and asylum seekers under their jurisdiction, but also the practical limitations of traditional asylum, especially in situations of large-scale influx”<sup>405</sup>.

Todos los países en África y Latinoamérica reconocen los principios del Derecho internacional de los refugiados y los aplican con diversos grados de compromiso. En consecuencia, el problema no está vinculado con el reconocimiento de la existencia de normas sino al grado de aplicabilidad y de compromiso para con las personas que huyen en flujos masivos. Por ello, es necesario poder otorgar protección temporal, pues otorgarla representa una manifestación de la solidaridad internacional a la que se obligan los Estados Partes de estos instrumentos de protección de refugiados. Pero como la acogida temporal no representa una protección temporal propiamente dicha, parece necesaria la redacción de legislaciones internas que desarrollen esta institución y los derechos y obligaciones inherentes a ella en estas regiones.

Casos de afluencias masivas han afectado y continúan desafortunadamente teniendo vigencia en el contexto mundial. Por ello es importante promover el respeto de la no devolución y el respeto a la vida de las personas a través del reforzamiento de protección temporal como respuesta estatal cuando no pueda hacerse frente a los flujos de personas, teniendo en consideración que cada vez son menos los países que asumen el compromiso de una determinación *prima facie*.

La discusión y redacción de los instrumentos regionales ha resaltado la importancia que han tenido los flujos masivos para el desarrollo del Derecho internacional de los refugiados y la escasa voluntad política de los Estados respecto a su regulación. Nuevamente los flujos masivos han puesto de relieve la necesidad de

---

<sup>405</sup> EINARSEN, T.: “Mass Flight: The Case for International Asylum”, en *IJRL*, vol. 7, núm. 4, 1995, pág. 554.

protección y han promovido una concepción más amplia de lo que es un refugiado. Pero una vez más la sistematización ha dejado de lado la creación de un estatuto y la instauración de un régimen especial para regular esta situación, dejando claro que los Estados no están interesados en negociar los estándares desarrollados en el instrumento de 1951.

La protección temporal debe entenderse como una solución inmediata de protección de personas en circunstancias excepcionales como la de flujos masivos, que resulta viable cuando la determinación individual no es posible, cuando no se dispone de un sistema de determinación o cuando no se puede o no se quiere reconocer *prima facie* al grupo como refugiado. Los Estados deben proteger por lo menos temporalmente y bajo un régimen de protección temporal a estos grupos de personas, que no han tenido otra opción que huir de sus hogares. Por ello, a falta de una aplicación amplia de los estándares de 1951 o de los instrumentos regionales, está claro que la mejor opción debería ser la aplicación de la protección temporal, a través de un régimen jurídico que evidencie no sólo su sistematización como una forma de protección internacional<sup>406</sup>, sino como institución de protección para casos de afluencia masiva en estas regiones, como se ha hecho en la Europa comunitaria.

La protección temporal, de acuerdo con FITZPATRICK, puede otorgarse por diferentes causas. Entre ellas<sup>407</sup> se destaca el intentar solventar la falta de entendimiento que ha ocasionado las limitaciones de la definición de refugiado de 1951, que excluye a

---

<sup>406</sup> “A pesar de que la Comisión Europea considere en su proyecto de Directiva que la protección temporal no constituye una tercera forma de protección, si que lo constituye porque de lo que se tratará es de que ante una afluencia masiva de población por violencia generalizada en sus lugares de origen, la primera aplicación sea la de protección temporal y no la Convención de Ginebra de 1951, que sería más restrictiva y, por tanto, menos protectora” (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *Derecho comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona, 2006, pág.84).

<sup>407</sup> Según se ha dicho, la protección temporal puede tener al menos cuatro causas que motivan su utilización, KÄLIN ha resumido las motivaciones explicadas por FITZPATRICK de la siguiente manera: “1) to bridge the gap between a narrow understanding of the refugee definition excluding many of those fleeing the dangers of armed conflict and similar situations of generalized violence and the need to provide international protection to a broader category of persons in situations of mass-influx; 2) to provide status with an instrument allowing for an interim response in such situations which unburdens asylum-procedures and, at the same time, stresses return as the envisaged solution; 3) to create a mechanism that contributes to effective burden-sharing; and 4) to shift refugee protection from the area of legal regulations to realm of political decisions” (KÄLIN, W.: “Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism”, en *GYIL*, vol. 44, 2001, pág. 207; FITZPATRICK, J.: “Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime”, en *AJIL*, vol. 94, 2000, pág. 287).

todas esas personas que huyen de conflictos armados, situaciones de violencia generalizada o cualquier situación que haga necesaria el otorgamiento de protección internacional a una más amplia categoría de personas como las que huyen masivamente. Según la autora, este motivo encontró solución con la ampliación de las definiciones de refugiados recogidas en los instrumentos regionales<sup>408</sup>. No obstante esta afirmación puede resultar relativa debido a que la mera ampliación y los estándares que pueda establecer la misma no implican la asunción de las responsabilidades estatales respecto a las afluencias masivas y el hecho de que se amplíe la definición no implica que los Estados acepten proteger a personas que huyen en flujos masivos.

La protección temporal está relacionada con los flujos masivos, pero representa una institución restrictiva y dependiente de la voluntad estatal, por lo que el mero hecho de que se produzca un flujo masivo no implica necesariamente el otorgamiento de la misma, pues estos supuestos de hecho no generan un reconocimiento tácito de protección temporal. Por tanto la protección temporal debe entenderse como unas de las posibles respuestas que un Estado puede dar en caso de afluencia masiva. La admisión al territorio y el respeto al *non refoulement* no implican una protección temporal en el sentido estricto de la institución de protección que se ha desarrollado, pues las dos anteriores son garantías humanitarias que se usan en la gestión de desplazamientos masivos

Por su parte, la protección temporal implica un compromiso de acogida y de asistencia legal y material por parte del Estado y además supone la consideración de un trato especial de tipo pre-estatutario que terminará con la búsqueda de soluciones duraderas.

Se ha visto que en África y en Latinoamérica se han utilizado las determinaciones colectivas para proteger a los grupos, pero dicha aceptación no implica obligaciones estatales, con lo cual se hace evidente que es necesaria la redacción de normas de tipo regional o universal que regulen la protección temporal, pues se ha

---

<sup>408</sup> “(...) The problem of mass influx of persons fleeing for mixed motives was solved in Africa and Latin America by expanding the notion of refugee in order to include not only refugees as defined in Article 1 A (2) CSR51 but also persons fleeing the indiscriminate effects of armed conflicts or situations of generalized violence” (FITZPATRICK, J.: “Temporary Protection of Refugees...”, cit., pág. 209).

demostrado que la mera acogida temporal en caso de afluencia masiva cuando la determinación individual o colectiva no se puede realizar no es sinónimo de protección para los que huyen de sus países de origen o de residencia: “Even where admission is otherwise not refused, the treatment of asylum-seekers and refugees varies considerably. The reluctance or refusal to grant refugee status has resulted in large backs in many countries of asylum applications awaiting adjudication often for years. The abusive arrest and detention of refugees and asylum-seekers, or general harassment by the agents of the state, is widespread”,<sup>409</sup>.

.

---

<sup>409</sup> OKOTH-OBBO, G.: “Thirty years on...”, cit., pág. 7.



## CAPÍTULO III

### LA PROHIBICIÓN DE DEVOLUCIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LOS FLUJOS MASIVOS

Sumario: Planteamiento de la cuestión. - 1. La conformación de la prohibición de devolución en el plano internacional: 1.1. El origen convencional de la prohibición de devolución; 1.2. Los factores que determinan la aparición de la prohibición de devolución.- 2. La plasmación escrita de la prohibición de no devolución en diferentes instrumentos internacionales: 2.1. Los tratados internacionales que recogen la obligación de no devolución; 2.2. Declaraciones o resoluciones de organizaciones internacionales que consagran la prohibición de devolución.- 3. El contenido de la prohibición de devolución.- 4. La no devolución desde la perspectiva doctrinal.- 5. La no devolución como norma generalmente aceptada por la sociedad internacional en su conjunto: 5.1.El artículo 33 de la Convención de 1951 y el efecto generador resultante de la interacción entre costumbre y tratado; 5.2. La prohibición de devolución y las normas imperativas; 5.3. La no devolución y el efecto *erga omnes*; 5.4. La inderogabilidad de la no devolución; 5.5.El doble plano convencional y consuetudinario de la prohibición de devolución; 5.6.La consolidación de la no devolución como norma consuetudinaria general aplicable los casos de flujos masivos.- 6. Los flujos migratorios y la observancia de la no devolución.

#### PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Las situaciones de desamparo que generan los desplazamientos masivos de población han impuesto y continúan imponiendo grandes desafíos tanto para el Derecho internacional de los refugiados como para el Derecho interno de los Estados. Ante este escenario, las renuencias estatales relativas a la asunción de compromisos respecto a la protección de estos colectivos continúan siendo una constante cada vez que se pretende gestionar la recepción de un flujo masivo. Por tanto, la protección de colectivos sigue generando una tensión entre las obligaciones estatales referidas al ejercicio de su soberanía y el respeto de los derechos humanos de las personas que forman parte de estos grupos.

A pesar del paso dado con la ampliación del concepto de refugiado en los ámbitos regionales, la dificultad de individualizar los temores de persecución que fundamentan el otorgamiento del estatuto de refugiado plasmado en la Convención de 1951 sigue convirtiéndose en la barrera entre las necesidades de protección de las



personas que huyen en masa y las obligaciones de los Estados, quienes ven sobrepasadas sus capacidades de recepción ante estas contingencias

Si bien se conoce que no existe en el Derecho internacional de los refugiados una obligación concreta acerca de la protección de personas que se manifiestan en flujos masivos, tampoco existe en este ordenamiento un impedimento respecto a la aplicación de dichos estándares a estos colectivos. Por tanto, el propósito de este capítulo es analizar si existe en el ámbito del Derecho internacional alguna norma que obligue a los Estados receptores a proteger a dichas personas que se desplazan masivamente.

De esta manera, aunque la convergencia entre la protección de los refugiados y los derechos humanos no era objeto de estudio en las primeras décadas de la adopción de la Convención de 1951, el desarrollo de la prohibición de devolución y la importancia que la misma adquirió con la inclusión en instrumentos como la Convención contra la Tortura en 1984, ha permitido una ampliación progresiva que para la doctrina especializada ha permitido otorgar protección a personas que se desplazan en flujos masivos.

En este contexto, luego de haber analizado la Convención de 1951 y los instrumentos regionales que han intentado solventar los flujos masivos a través de la ampliación del concepto de refugiado. Se intenta con base el análisis de la práctica estatal y *opinio iuris*, determinar el alcance y contenido de la obligación de no devolución inscrita en la Convención de 1951, con el propósito de precisar con posterioridad si la necesidad de proteger a las personas, contra los riesgos que puede ocasionar la devolución al sitio de donde han huido, ha permitido el surgimiento de una norma consuetudinaria que pueda ser aplicable a los flujos masivos.

Este capítulo está estructurado en seis apartados a través de los cuales se abordarán diferentes aspectos de la prohibición de devolución, haciendo especial énfasis en los antecedentes, sistematización, desarrollo y evolución del mismo en el marco del Derecho internacional general. Por ello, partiendo desde el llamado de la conformación de la obligación de no devolución en el plano internacional, se resalta su origen y las causas de aparición de la misma y su especial incidencia entre la clásica tensión entre la soberanía estatal y la protección de los derechos de las personas, incluso de aquellas que son parte de los flujos migratorios.

Ante esta realidad se consideró necesario analizar la interacción normativa entre costumbre y tratado para obtener de esta manera una visión general del desarrollo de la prohibición de devolución como fundamento jurídico de la protección temporal. En este orden de ideas, a lo largo del capítulo se presta especial interés en el desarrollo normativo de la no devolución en las distintas regiones, en orden a determinar si la práctica y la *opinio iuris* de los Estados han permitido desarrollar una norma general consuetudinaria.

## **1. LA CONFORMACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE NO DEVOLUCIÓN EN EL PLANO INTERNACIONAL**

El desarrollo de un concepto universal de refugiado ha sido la aportación más importante de la Convención de 1951. Sin duda, con esta positivación se sistematizan las causas que generan desprotección y se establecen las categorías de personas que pueden ser los beneficiarios de la protección internacional.

Dentro del conjunto normativo estructurado para la protección de los que huyen por temores de persecución, es importante resaltar en dicho régimen la prohibición de *non refoulement*, inscrita en el artículo 33 de dicha Convención, y que la misma representa la esencia misma de la protección internacional otorgada a los refugiados pues su respeto les previene de futuros riesgos a los que pueden verse expuestos en caso de ser devueltos a sus lugares de origen.

En el marco normativo del Derecho internacional de los refugiados, el *non refoulement* se ha sistematizado como obligación estatal de no hacer. En este sentido, resulta de una evolución normativa cuyo propósito principal está relacionado con el establecimiento de una prohibición contra el regreso involuntario que pueda poner en peligro la vida y la libertad de los refugiados en sus países de origen. Dicha evolución se inició con la inclusión de esta obligación en los instrumentos de protección redactados en la etapa inicial de la protección de los refugiados y ha alcanzado un alcance universal con su inclusión en la Convención de 1951.

La no devolución es una norma sustancial en el marco protector de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 y su respeto y aplicabilidad son sinónimos

de una efectiva protección internacional para los refugiados. Tal y como se desprende del texto de la Convención de 1951, la no devolución implica una prohibición de retorno involuntario del refugiado a cualquier país en el que su vida o libertad puedan estar amenazadas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social o por sus opiniones políticas. Con ellos, se establece que aquellas personas que no pueden o no quieren recibir la protección de su Estado de origen pueden, en virtud de la obligación asumida por el Estado receptor, asegurar su recepción en el territorio de este último y evitar el reenvío forzoso al lugar donde haya sufrido alguna forma de persecución.

Como bien puede deducirse de lo antes apuntado, el artículo 33 de la Convención de 1951 relativo a la no devolución posee un contenido normativo enfocado a la protección de los refugiados. No obstante, esta protección no puede alcanzarse sin la imposición de limitaciones a las facultades soberanas de los Estados receptores de refugiados a favor de la salvaguardia de los mismos, y es precisamente por esta razón que dicha obligación ha sido considerada como piedra angular de la Convención de 1951<sup>410</sup>.

Con la redacción de la Convención de 1951 se ha dado un verdadero paso hacia la efectiva protección de los refugiados. De hecho, en virtud de su ratificación, el Estado receptor se obliga a asumir el compromiso de salvaguardar al refugiado debido a la falta o imposibilidad de su Estado de origen de protegerlo efectivamente: “it becomes thus clear that *refoulement* represents the supreme danger and the greatest threat to a refugee by delivering him to the evil which was at the basis of the flight and of his becoming refugee there is why it is considered a cardinal principle of refugee law”<sup>411</sup>.

La obligación de no devolución representa el eje central de la protección en el ámbito del Derecho internacional de los refugiados; sin embargo, dicha importancia en relación con la protección de los refugiados no ha logrado sobrepasar las barreras que han acompañado el desarrollo de esta rama del Derecho internacional. Esta obligación se ha establecido en función de una protección individual, lo cual ha dificultado su

---

<sup>410</sup> GOODWIN-GILL, G. S.: *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pág. 389.

<sup>411</sup> ABI-SAAB, G.: “The admission and expulsion of refugees with special reference to Africa”, en *African Yearbook of International Law*, vol. 8, 2000, pág. 87.

aplicabilidad en los casos de flujos masivos. De hecho, aun cuando se conoce que los flujos masivos pueden estar conformados por potenciales refugiados, la aplicación de no devolución en estos casos continúa siendo un tema sin consenso claro a nivel de los Estados receptores.

### **1.1. El origen convencional de la obligación de no devolución**

La expresión *refoulement* es un término francés que significa “empujar a una persona o hacerla retroceder”<sup>412</sup>. De manera general, puede entenderse que esta acción de empujar o hacer retroceder implica enviar de vuelta o rechazar a una persona.

En el ámbito europeo, concretamente en el contexto de la regulación y control de la inmigración, *refoulement* hace referencia a una acción de rechazo y de devolución de una persona del territorio de un Estado a su lugar de origen. GOODWIN-GILL define el *refoulement* como: “a term of art covering, in particular, summary reconduction to the frontier of those discovered to have entered illegally and summary refusal of admission of those without valid papers”<sup>413</sup>.

En este ámbito de la inmigración, devolver e incluso sancionar a aquellas personas que ingresen de manera ilegal o a aquellas que no se les conceda la admisión por no poseer documentación necesaria se presenta como una acción autorizada para los Estados. No obstante, en otros ámbitos, como es el caso del Derecho internacional de los refugiados, no basta la libertad de acción estatal en este campo.

El *non refoulement* desarrollado en el artículo 33 de la Convención de 1951 protege a las personas del riesgo futuro al que pudieran someterse en caso de ser objeto de un retorno involuntario a su país de origen. De esta manera, los signatarios de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 se han obligado a proteger a los refugiados para que los mismos no sean devueltos al lugar donde puedan correr peligro, convirtiendo esta obligación en la garantía esencial de la vida y la libertad de los

---

<sup>412</sup> GRAND LAROUSSE ENCYCLOPÉDIQUE, Librairie Larousse, Paris, vol 9, 1964, pág. 81

<sup>413</sup> GOODWIN GILL, G.S.: *The Refugee...*, cit., pág.117.

refugiados. Como puede observarse, el *non refoulement* está relacionado de forma directa con una obligación de no hacer que vincula al Estado con la protección de los refugiados. Pero es de resaltar que esta obligación de no devolver tal y como se describe tiene un origen reciente.

Desde el punto de vista material, se puede afirmar que los antecedentes de la obligación de no devolución reposan en una serie de acuerdos formales que existieron en el pasado entre Estados soberanos relativos al trato de subversivos, vencidos, disidentes y traidores<sup>414</sup>, en los cuales se introdujeron nociones básicas de protección, relacionadas con prohibiciones concretas de retorno a los países de origen<sup>415</sup>.

No obstante, si bien estos antecedentes pueden considerarse como una muestra de las preocupaciones relativas a la salvaguardia de las personas, es preciso aclarar que GOODWIN-GILL considera que el fundamento de la norma de no devolución que se conoce en la actualidad se encuentra en la United Kingdom's 1905 Aliens Act. Este instrumento disponía, en su sección primera, una excepción que impedía negar el ingreso al territorio a aquellas personas “seeking to avoid prosecution or punishment on religious or political grounds or for an offence of a political character, or persecution involving danger of imprisonment or danger to life or limb on account of religious belief”<sup>416</sup>. Así, según expresa este autor, la necesidad de proteger a estas personas comenzó a partir de entonces a limitar el ejercicio de las facultades de los Estados.

Esta “noción” de protección contra la devolución y la consideración de los riesgos a los que se podían exponer las personas, no fue aceptado en la práctica de los Estados hasta la Primera Guerra Mundial. Así, la frecuencia con que se llevaban a cabo las expulsiones y las devoluciones en el período posterior a esta conflagración, despertó la preocupación por el tema de la protección, que no había sido abordado por los

---

<sup>414</sup> GOODWIN-GILL, G. S.: *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford University Press, Oxford, 1978, pág.143.

<sup>415</sup> “(...) Political offenders are peculiarly susceptible of a violation of basic human rights, and it is these considerations which dominate questions concerning their admission or removal from State territory. Political offence is one small part in which political considerations, strictly speaking will vie with humanitarian considerations” (GOODWIN-GILL, G. S.: *International Law and the Movement...*, cit., pág.142).

<sup>416</sup> Citado en GOODWIN-GILL, G.S.: *The Refugee...*, cit., pág.118.

Estados. Ante esta realidad, la no devolución comienza a incorporarse como un deber de los Estados en los distintos instrumentos de protección relativos a los grupos concretos de refugiados que huían de sus países de origen o de residencia.

La primera mención en relación a la protección contra la no devolución y la protección física de los refugiados se dio en el párrafo 7 del *Acuerdo relativo al estatuto legal de los refugiados rusos y armenios*, de 30 de junio de 1928, en el cual se recomienda a los Estados suspender las medidas de expulsión de los refugiados rusos y armenios si se hacía imposible para estas personas ingresar a otros países de forma legal:

“ It is recommended that measures for expelling foreigners or for taking other such action against them be avoided or suspended in regard to Russian and Armenian refugees in cases where the person concerned is not in a position to enter a neighbouring country in a regular manner. This recommendation does not apply in the case of a refugee who enters a country in intentional violation of the national law. It is also recommended that in no case should the identity papers of such refugees be withdrawn”<sup>417</sup>

A partir de 1930 la Asamblea de la Sociedad de Naciones, en conjunto con la Oficina Nansen y posteriormente con la Comisión Intergubernamental para los Refugiados, comenzó a desarrollar normas vinculantes relativas a las prohibiciones contra la devolución y la expulsión<sup>418</sup>. En este contexto, la aparición de la obligación de

---

<sup>417</sup> *Acuerdo relativo a la extensión a otras categorías de ciertas medidas adoptadas en favor de los rusos y armenios*, de 1928. SDN: *Recueil de Traités*, vol. LXXXIX, núm. 2006. Este acuerdo no vinculante expresaba que las medidas para expulsar a los extranjeros o para emprender otra acción en su contra fueran anuladas o suspendidas respecto de los refugiados rusos y armenios en aquellos casos en que la persona en cuestión no estuviere en condiciones de ingresar a un país vecino en forma regular. Como puede observarse dicha recomendación estaba relacionada con la protección de aquellas personas que habían ingresado legalmente al país receptor. En igual sentido, el *Acuerdo provisional relativo a la condición de los refugiados procedentes de Alemania*, de 4 de julio de 1936, disponía que los refugiados que habían ingresado de forma legal no podían ser devueltos a la frontera del Reich.

<sup>418</sup> “In the 1930s governments not only expelled unwanted foreigners but also used *refoulement* to prevent the entry of refugees, especially in response to refugees from Nazi Germany. Initially the countries bordering Germany welcomed these refugees. But, as their numbers increased, more and more governments closed their doors to entry. As governments could not completely seal their borders, they used *refoulement* as a way to return those who had crossed them secretly. The incidence of this practice became more frequent after the annexation of Austria and Czechoslovakia in 1938. The Nazi practice of rounding up Jews and dumping them across the border aggravated the situation. According to the asylum norm, states maintained the right to grant or deny asylum to refugees. This meant that there was no prohibition against *refoulement* in international law. Nevertheless, *refoulement*, especially to a refugee’s country of origin, seriously called into question the humanitarian foundation of the regime because it

no devolución en el plano internacional, como norma convencional, se circunscribe al artículo 3 de la *Convención relativa a la condición jurídica internacional de los refugiados*, de 28 de octubre de 1933, mediante la cual los Estados se comprometieron a no aplicar medidas policiales tales como “expulsiones o no admisión en la frontera”<sup>419</sup>:

“Each of the Contracting Parties undertakes not to remove or keep from its territory by application of police measures, such as expulsions or non-admittance at the frontier (*refoulement*), refugees who have been authorised to reside there regularly, unless the said measures are dictated by reasons of national security or public order. It undertakes in any case not to refuse entry to refugees at the frontiers of their countries of origin”<sup>420</sup>.

La inclusión de esta disposición como norma vinculante representó una novedad en beneficio de la protección efectiva de las personas que se pretendía proteger con este instrumento, aun cuando la misma no tuvo el alcance que se pretendía<sup>421</sup>. Fue ratificada por ocho Estados, dos de los cuales elaboraron reservas y declaraciones, en las que enfatizaron el mantenimiento de sus facultades soberanas en relación con la expulsión<sup>422</sup>.

Con relación a la no devolución, la *Convención concerniente a la condición de refugiados procedentes de Alemania*, de 10 de febrero de 1938, establecía en el artículo

---

placed the lives of refugees in great jeopardy” (SKRAN, C.: *Refugee in interwar Europe: The emergence of a Regime*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pág. 133).

<sup>419</sup> En el artículo 3 de esta Convención, los Estados Partes “undertook not to remove resident refugees or expel them from their territory `by application of police measures, such as expulsions or non-admittance at the frontier (*refoulement*)’, unless dictated by national security or public order. En este sentido cada Estado asumió que “not to refuse entry to refugees at the frontiers of their countries of origin”, en ningún caso.

<sup>420</sup> *Convención relativa al Estatuto Internacional de los Refugiados*, de 28 de octubre de 1933. SDN, *Recueil des Traités de la Société des Nations*, vol. CLIX, núm. 3663.

<sup>421</sup> “From purely humanitarian point of view, article 3 only provides limited protection for refugees. Under its provisions, governments can still legally expel refugees if they threaten national security and public order. Moreover, host governments retain the right to define what constitutes a national security threat. In addition, the second paragraph of the article was generally interpreted to apply only to refugees who had already been admitted by the host country, not to all refugees seeking asylum” (SKRAN, C.: *Refugee in interwar Europe...*, cit., pág. 136).

<sup>422</sup> “The Czechoslovakian government reserved the right to expel people who threatened public safety and order and to carry out expulsions ordered by their courts. The Italian government reserved the right to expel refugees for reasons of national security and public order” (SKRAN, C.: *Refugee in interwar Europe...*, cit., pág. 136).

5, aunque de manera más restringida que la de la Convención de 1933, que los Estados Partes se comprometían a no reconducir a los refugiados a territorio alemán:

“2. Without prejudice to the measures which may be taken within any territory, refugees who have been authorised to reside therein may not be subjected by the authorities to measures of expulsion or reconduction unless such measures are dictated by reasons of national security or public order.  
3. (a) The High Contracting Parties undertake not to reconduct refugees to German territory unless they have been warned and have refused, without just case, to make the necessary arrangements to proceed to another territory or to take advantage of the arrangements made for them with that object”<sup>423</sup>.

Esta Convención fue ratificada por seis Estados, los cuales aceptaron no devolver a los refugiados a territorio alemán “unless they have been warned and have refused to make the necessary arrangements to proceed to another country or to take advantage of the arrangements made for them with that object”<sup>424</sup>. No obstante, el impacto de esta disposición de la Convención de 1938 fue bastante limitado: “The Dutch government, for instance, increasingly avoided deporting refugees back to Germany even though they knew this might have indirect effect of encouraging the Nazis to dump more Jews across the border”<sup>425</sup>.

En relación con la importancia de estas normas, cabe apuntar que en los acuerdos anteriores a 1928 esta prohibición no fue desarrollada, debido a que los mismos estaban fundamentados en la protección de grupos de personas provenientes de países concretos, sin que las razones por las cuales huían fundamentaran la necesidad de protección. Por tanto, al considerar que la desprotección de las personas se fundaba en las circunstancias que se vivían en los países de origen, la concreción de una obligación

---

<sup>423</sup> *Convención relativa al estatuto de los refugiados procedentes de Alemania*, de 1938. SDN, *Recueil des Traités de la Société des Nations*, vol. CXCI, núm. 4461.

<sup>424</sup> Las causas que motivaban los desplazamientos fueron consideradas como un elemento importante a partir de 1938, cuando en la Convención relativa al estatuto de los refugiados provenientes de Alemania, de 10 de febrero, señaló que las personas que habían huido de Alemania por conveniencia personal no podían incluirse en la definición de refugiado. En palabras de JACKSON “[t]his can be taken to imply that person who left Germany for reasons other than personal convenience were to be considered as refugees provided that they were without national protection” (JACKSON, I.: *The Refugee Concept in Group Situation*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/Boston, 1999, págs. 20). Lo cual permite dejar claro que era necesario establecer ciertas limitaciones a los Estados en función de la protección de aquellos que no podían regresar a Alemania por razones distintas a las personales.

<sup>425</sup> SKRAN, C.: *Refugee in interwar Europe...*, cit., pág. 137.



de no devolución no resultaba útil ni congruente con las formas de protección implementadas en esta etapa, pues no se reconocía el temor individual que pudiera impedir su vuelta al país de origen<sup>426</sup>.

En relación a la formulación de normas relacionadas con la no devolución, es importante precisar que parece no existir referencia alguna de sistematización o evolución de la obligación de no devolución en relación con la protección de refugiados entre 1905 y 1928<sup>427</sup>. Así que, si bien los problemas que afrontaban los rusos, los armenios, los alemanes, los turcos e incluso los españoles después de la Segunda Guerra Mundial en relación con el temor de la devolución lograron solventarse a través de los instrumentos antes indicados, no fue sino hasta la Convención de 1951 donde se recogió por vez primera una norma de alcance general relativa a la obligación de no devolver a una persona a un lugar donde su vida o su libertad corrieran peligro<sup>428</sup>.

En efecto, en el periodo inmediatamente posterior a la Primera Guerra Mundial, el desarrollo del Derecho de los refugiados estuvo principalmente enfocado al mejoramiento de las medidas administrativas destinadas a la recepción de los refugiados, y a la producción de acuerdos de protección de ciertos grupos de personas que huían de países concretos. Todas estas medidas estaban destinadas, más que a la protección de las personas en los países receptores, a facilitar el reasentamiento y a promover el equilibrio de las cargas económicas de los Estados receptores.

---

<sup>426</sup> “In determining a particular group to be a refugee group of its concern, the competent organs of the League applied criteria based primarily on the circumstances existing in the country of origin, which had led to the particular refugee exodus. It has been seen that the Russian refugee group was composed of persons who had a variety of reasons for leaving, or not wishing to return to, their former home country, and it was in the light of these different reasons that a *prima facie* determination of refugee character was made. As regards the Armenian refugees the exact composition of the group and the reasons why they had left, or were unable to return to, their former home country do not appear to have been the subject of detailed analysis as in the case of the Russian refugees” (JACKSON, I.: *The Refugee Concept...*, cit., pág. 22).

<sup>427</sup> A pesar indagaciones en distintas fuentes no se encontraron desarrollos internos o consideraciones doctrinales respecto al desarrollo del *non refoulement*.

<sup>428</sup> JACKSON resalta que “[i]t may be recalled that article 33 of the 1951 United Nations refugee Convention which prohibits the “refoulement” of a refugee refers not to a territory “where he has reason to be fear persecution”, but to a territory “where his life or freedom would be threatened on account of race, religion, nationality or political opinion” (JACKSON, I.: *The Refugee Concept...*, cit., pág. 30).

No obstante, como resultado de los constantes desplazamientos y de las consecuencias que los mismos generaban, se redactaron ciertos acuerdos que desarrollaron normas que tenían como finalidad resguardar la seguridad física de los refugiados. En este orden de ideas, aunque estos acuerdos no fueron suscritos por todos aquellos Estados que recibían a los refugiados, es preciso indicar que esta falta de ratificación no se tradujo en un aumento de las devoluciones de personas a lugares donde podían correr peligro<sup>429</sup>.

Las graves consecuencias generadas por la Segunda Guerra Mundial generaron un mayor sentimiento de responsabilidad por parte de los Estados, lo cual permitió hacer más evidente la necesidad de proteger a las personas perseguidas. Esta preocupación fue confirmada por las Naciones Unidas, cuando en 1946 reconoció que los refugiados o las personas desplazadas que hubiesen expresado razones válidas para no retornar a su país de origen no podían ser obligados a hacerlo<sup>430</sup>.

## **1.2. Los factores que determinan la aparición de la obligación de no devolución**

En 1946, la Organización Internacional para los Refugiados fue establecida con el fin de resolver los problemas derivados de los desplazamientos masivos ocasionados a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial<sup>431</sup>. En esta época, según WEIS<sup>432</sup>, el *refoulement* era un acontecimiento no muy frecuente, aun cuando afirma que el mismo se practicó en el caso de los rusos y ucranianos que estaban incluidos dentro de ciertos acuerdos establecidos en tiempo de guerra.

---

<sup>429</sup> “*Non refoulement* is an essential rule if the physical protection of refugees is to be assured. While this rule does not establish a refugee’s right to be granted asylum- this remained the prerogative of governments- it does provide a limited form of asylum, because it prohibits the return of refugees to their country of origin” (SKRAN, C.: *Refugee in interwar Europe...*, cit., pág. 138).

<sup>430</sup> UNGA res. 8 (1), 12 de febrero de 1946, párr. c, ii.

<sup>431</sup> Para un análisis de la práctica relacionada con el período posterior a la Segunda Guerra Mundial puede consultarse MARRUS, M.: *The Unwanted: European Refugees in the Twentieth Century*, Oxford University Press, New York, 1985; SKRAN, C.: *Refugee in interwar Europe...*, cit.

<sup>432</sup> WEIS, P.: “The International Protection of Refugees”, *AJIL*, núm. 48, 1954, págs. 193-196. Pero, posteriormente pudo comprobarse que las repatriaciones forzadas que fueron llevadas a cabo expusieron a más de dos millones de personas. Al respecto, TOLSTOY, N.: *Victims of Yalta*, Corgi Transworld Publishers, London, 1979.

En 1949 el ECOSOC<sup>433</sup> creó un Comité *Ad hoc* para considerar la redacción de la Convención de los refugiados y los apátridas. Este comité sobre los Apátridas y los problemas relativos a los mismos se reunió en Nueva York en dos oportunidades, en enero-febrero y agosto de 1950<sup>434</sup>, en donde redactaron una disposición fundamental que prohibía la no devolución, en la que no se establecían ningún tipo de excepciones: “no contracting State shall expel or return a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality or political opinion”<sup>435</sup>.

No obstante, en la Conferencia de Plenipotenciarios de 1951, como ocurriera en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los Estados se resistieron a la inclusión del derecho de la persona a recibir asilo. Así que, aunque se redactó una obligación de no devolución, es preciso indicar que el resultado final de la norma introdujo excepciones con respecto a la aplicabilidad de la misma.

El artículo 33 de la Convención de 1951 establece una obligación estatal y con prohibición de reservas. Esta noción de no devolución se fue desarrollando progresivamente como una medida de protección para las personas que huían, pero el alcance y contenido de la misma no vino a sistematizarse sino hasta la Convención de

---

<sup>433</sup> ECOSOC res. 248 (IX) B, 8 Aug. 1949.

<sup>434</sup> Este Comité decidió concentrarse en los refugiados, y elaboró y creó un Proyecto de Convención. En agosto de 1950, el ECOSOC devolvió el Borrador para más recomendaciones, antes de llevarlo a la Asamblea General y luego finalizó el preámbulo y la definición de refugiado. En 1950, la Asamblea General decidió convocar una Conferencia de Plenipotenciarios para completar el Proyecto: UNGA res. 429 (V), de 14 de diciembre de 1950. Al respecto puede consultarse el *Report of the Ad hoc Committee on Refugees and Stateless Persons*, Second Session, UN Doc. E/1850.

<sup>435</sup> Cfr. UN Doc. E/1850, párr. 30. Estados Unidos, Israel y Reino Unido votaron por la defensa de la no devolución como una disposición absoluta. Sobre esta disposición es importante resaltar que Louis Henkin, delegado de los Estados Unidos afirmó que: “whether it was a question of closing the frontier to a refugee who asked admittance, or of turning him back after he had crossed the frontier, or even of expelling him after he had been admitted to residence in the territory, the problem was more or less the same... Whatever the case might be... he must not be turned back to a country where his life or freedom could be threatened. No considerations of public order should be allowed to overrule that guarantee, for it the State concerned wished to get rid of the refugee at all cost, it could send him to another country or place him in an internment camp” (*Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems*: UN Doc. E/AC. 32/SR.20, párrs. 54-55, 1950). El delegado israelí reiteró que la prohibición de retorno “must in fact apply to all refugees whether or not they were admitted to residence; it must deal with both expulsion and non admittance”, concluyó que “the Committee had already settle the humanitarian question of sending any refugee whatever back to a territory where his life or liberty might be in danger” (párrs. 60-61). El delegado británico además concluyó que la noción de no devolución “could apply to... refugees seeking admission” (UN doc E/AC.32/SR.21, párr.16).

1951, que la incluyó en su artículo 33, ubicado en el capítulo IV de la Convención de 1951 relativo a medidas administrativas. Así, en la Convención de 1951, el *non-refoulement* es “a concept which prohibits States from returning a refugee or asylum-seeker to territories where there is a risk that his or her life or freedom would be threatened on account of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion”<sup>436</sup>.

Esta definición recoge la importancia que la prohibición de devolución posee en el Derecho internacional de los refugiados<sup>437</sup>, sin perjuicio de la relevancia que el mismo ha experimentado en el ámbito de los derechos humanos, concretamente en lo relativo a la prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes, cómo se verá más adelante en este capítulo.

Empero, la Conferencia de Plenipotenciarios de 1951 introdujo un segundo párrafo en el artículo 33, en el que estableció unas excepciones que no se correspondían con las discusiones llevadas a cabo en dicha conferencia y que afirmaban que: “no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”<sup>438</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, en la negociación de la Convención de 1951 la no devolución pasó de ser una norma de prohibición absoluta a una norma con excepciones estipuladas. Pero, a pesar de estas limitaciones en el ejercicio de la protección de la persona, los redactores de la Convención pretendían claramente evitar,

---

<sup>436</sup> LAUTERPACHT, E.; BETHLEHEM, D.: *The scope and content of the principle of Non-Refoulement*, 20 de junio de 2001, pág. 12, en Resumen de Conclusiones sobre el principio de no devolución, Consultas Globales sobre Protección Internacional, Mesa redonda de expertos en Cambridge (9-10 de julio de 2001), organizada por el ACNUR y el Centro Lauterpacht de Investigaciones sobre Derecho internacional, párr. 2, pág.1).

<sup>437</sup> El artículo 33 ha generado un intenso debate fundamentado principalmente en la interpretación que debe darse al mismo, por lo que algunos consideran que el contenido aún sigue planteando discusión. Al respecto, HAILBRONNER, K.: “*Non refoulement* and ‘Humanitarian’ Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?”, en *VJIL*, vol. 26, 1986, pág. 61 y ss.

<sup>438</sup> El cambio en la situación internacional entre el momento de la celebración del Comité *Ad Hoc* en agosto de 1950 y la Conferencia en julio de 1951 es la causa de introducción de las excepciones. Al respecto puede revisarse la visión del Reino Unido en UN Doc.A/CONF.2/SR.16, 8.

como salvaguardia de la protección internacional que se desarrollaba en dicho instrumento, que los refugiados fuesen devueltos a su país de origen o incluso a cualquier otro país en el cual pudieran estar en riesgo<sup>439</sup>.

Sobre lo expuesto se puede precisar que la inclusión de la no devolución en la Convención de 1951 pretendía limitar las facultades estatales existentes en relación con el ejercicio de su soberanía, principalmente aquellas relacionadas con la entrada de personas en su territorio con el fin de protegerlas e impedir que se pusiera en peligro su vida y libertad en su lugar de origen, muy a pesar de la inclusión de excepciones de aplicación de la obligación de no devolución.

Como se deduce de lo antes escrito, la prohibición de devolución se confirma como una norma jurídica destinada a proteger a los refugiados tal y como son definidos por la Convención y es precisamente sobre esa cuestión que se han planteado una serie de interrogantes, entre ellas lo relacionado con el alcance de la aplicación personal, la admisión y el no rechazo en la frontera. Así, respecto a la aplicación personal, podría afirmarse con fundamento en las discusiones llevadas a cabo tanto en el Comité *Ad hoc* como en la Conferencia de Plenipotenciarios de 1951, que esta norma debería beneficiar a las personas que ingresen en el territorio de un Estado, incluso si no han sido reconocidas como refugiados, porque su función es evitar el retorno involuntario a lugares en los que exista peligro de persecución<sup>440</sup>.

Por tanto, queda claro que a pesar de consagrar excepciones, esta disposición representa una prohibición expresa a cualquier forma de rechazo de personas que huyan por los motivos inscritos en dicho instrumento, la cual se hace extensiva a cualquier medida atribuible al Estado que pueda tener el efecto de devolver a un solicitante de asilo o refugiado a los territorios donde su vida o libertad pueden verse amenazadas, o

---

<sup>439</sup> Dicha afirmación se extrae del comentario que, sobre el borrador del artículo 33, expresó el Comité Ad Hoc: “not only to the country of origin but also to other countries where the life or freedom of the refugee would be threatened” (*Vid.* UN Doc. E/AC.32/SR.20, pág. 3).

<sup>440</sup> “Every refugee is, initially, also an asylum-seeker; therefore, to protect, asylum-seekers must be treated on the assumption that they may be refugees until their status has been determined. Otherwise, the principle of non-refoulement would not provide effective protection for refugees, because applicants might be rejected at borders or otherwise returned to persecution on the grounds that their claim has not been established” (*Note of International Protection*, UNHCR Doc. A/AC.96/815, párr. 11).

donde él o ella corran riesgo de persecución, incluyendo su intercepción, rechazo en la frontera, o devolución indirecta. De esta forma, la no devolución intenta impedir que ocurra el peor daño que se le puede hacer a una persona que huye, que es forzarla a retornar al lugar donde fue perseguida.

El ejercicio y observancia de dicha norma prevista en la Convención de 1951 ha traído como consecuencia que, a pesar de la autonomía estatal para determinar la entrada, permanencia y salida de los extranjeros de su territorio, el respeto a esta obligación haya incidido de manera positiva en el trato jurídico debido a las personas con necesidades de protección, permitiendo así la consecución de un equilibrio en el plano internacional fundamentado en el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los refugiados (Preámbulo de la Convención de 1951).

En resumen, las causas de inclusión de la no devolución en la Convención de 1951 estaban enfocadas a limitar las facultades soberanas del Estado al mismo tiempo que promover el respeto de la no devolución de aquellas personas con temores fundados originados en sus países de origen. Por tanto, la observancia de esta obligación de no devolución conlleva importantes límites en las competencias soberanas de los Estados<sup>441</sup> relativas a la aceptación y permanencia de extranjeros en su territorio.

## **2. LA PLASMACIÓN ESCRITA DE LA NO DEVOLUCIÓN EN DIFERENTES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

El estatuto de refugiado hace referencia a una protección específica que se concede a una persona que posee temores fundados de persecución por motivos de raza,

---

<sup>441</sup> En la segunda mitad del siglo XX se han formado normas generales protectoras de derechos humanos que obligan a los Estados a permitir que, bajo determinadas circunstancias, los extranjeros ingresen o permanezcan en su territorio. Entre ellas, y en el ámbito del Derecho internacional de los refugiados, es preciso señalar que el *non refoulement*, que prohíbe cualquier forma de expulsión o devolución de un extranjero a un Estado donde su vida o integridad corran peligro, establece límites a la libertad soberana de admisión de extranjeros. Vid. MARÍÑO MENÉNDEZ, F.: “La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional..., cit., pág. 464). En este mismo sentido apunta KJAERUM que “[t]he sovereignty of individual states in relation to asylum, however, is substantially limited, since Article 33 of the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees prohibits the return of a refugee (*refoulement*) by a State to a country in which his or her life or freedom is threatened on account of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion, or where such person is not protected against being returned to such a country” (KJAERUM, M.: “Temporary Protection in Europe in the 90s”, en *IJRL*, vol. 6, núm. 3, pág. 445).

religión, nacionalidad, pertenencia un grupo social determinado u opinión política y por lo cual no puede volver a su país de origen o residencia. En este marco, la obligación de no devolución se ha desarrollado como el eje central que protege a estas personas que no pueden correr el riesgo de volver a sus lugares de origen.

Pero en la actualidad las causas que motivan los desplazamientos han variado y se perfila una tendencia hacia la restricción de la concesión de refugio, lo que se ha traducido en que la determinación de una persona como refugiado resulta ser la excepción para aquellas personas que huyen de sus países. Por tanto, ante la realidad de la renuencia estatal respecto al reconocimiento como refugiado y ante la proliferación de factores que generan temores que no necesariamente implican una situación de las planteadas por la Convención de refugiado, la obligación de no devolución se ha abierto paso como la mejor solución en relación con la protección de las situaciones antes descritas, justamente como resultado de la llamada convergencia entre el Derecho internacional de los refugiados y el Derecho internacional de los derechos humanos, que han ayudado al fortalecimiento de las obligaciones estatales relacionadas con los refugiados.

La importancia y necesidad de observancia de la no devolución como medida protectora de la persona humana ha permitido que su desarrollo y aplicabilidad haya traspasado los límites del Derecho internacional de los refugiados y se haya ido perfeccionando como una norma protectora de la persona humana en el marco de los derechos humanos, permitiendo incluso la protección de aquellos que no son refugiados *stricto sensu*, pero que por otras razones no pueden volver a sus países de origen, conocidos como refugiados *de facto*.

Este desarrollo de la no devolución en el campo de la protección de los Derechos humanos ha logrado realizarse mediante su inclusión en tratados internacionales relativos a la protección de estos derechos, pero no exclusivamente a través de ellos, pues son diversas las declaraciones y las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones que lo incluyen en su contenido y resaltan la importancia de su respeto como garantía de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas que huyen de sus países de origen.

Esta evolución en el marco de los Derechos humanos ha permitido abrir camino ante la dificultad del no reconocimiento del derecho subjetivo de asilo a las personas por parte de los Estados en el marco del Derecho internacional<sup>442</sup>. Así, en el seno de las Naciones Unidas se ha promovido la introducción de la no devolución como una norma necesaria para la protección de las personas que ha logrado establecer ciertos límites respecto a la acogida de personas con necesidades de protección.

Por tanto, aun cuando no se reconoce el derecho de asilo en el ámbito internacional, la no devolución ha permitido que los Estados al menos protejan en su territorio de modo provisional a personas que puedan estar en riesgo, permitiendo así su entrada y proporcionándoles una acogida temporal.

Con esta premisa fundamental, la no devolución ha sido incluida en una serie de instrumentos que han establecido ciertos límites a las facultades soberanas de los Estados respecto a la entrada y permanencia de los extranjeros en su territorio y, sobre todo respecto a la protección contra la no devolución de los mismos a los territorios en los cuales puedan correr peligro. Algunos de estos instrumentos contienen la prohibición contra la no devolución de forma explícita, pues han sido elaborados concretamente para proteger aquellas personas que huyen de sus países por motivos de persecución o por necesidades de protección internacional como la Convención de la OUA de 1969, pero también hay otros que se han desarrollado para proteger otros derechos y han incluido la no devolución como elemento fundamental de protección de forma implícita, como es el caso de la Convención contra la Tortura de 1984.

## **2.1 Los tratados internacionales que recogen la obligación de no devolución**

El artículo 33 de la Convención de 1951 representa la norma positiva más concreta respecto a la prohibición para los Estados de retorno involuntario de los refugiados a su país de origen o a cualquier territorio donde su vida o su libertad corran

---

<sup>442</sup> “La configuración del asilo como protección graciable del Estado y no como derecho del individuo sirve de ejemplo de las manifestaciones estatocéntricas del orden internacional en detrimento de la persona humana” (ROLDÁN BARBERO, J.: *Ensayo sobre el Derecho Internacional Público*, Universidad de Almería, Almería, 1996, pág. 39).



peligro. A partir de esta premisa, conviene señalar que los instrumentos convencionales que desarrollan esta obligación se encuentran tanto en el ámbito multilateral como en el regional, en el marco del Derecho de los refugiados y en el de los Derechos humanos, desde donde se han realizado desarrollos específicos y prohibiciones concretas de no devolución.

Además de la Convención de 1951, entre los instrumentos convencionales de ámbito multilateral que han desarrollado la prohibición de devolución, se encuentra la Convención en contra de la Tortura y otros tratos o penas crueles o degradantes de 1984, en la cual se hace referencia a la no devolución como una prohibición del Estado. Así el artículo 3.1 señala que:

- “1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.
2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”.

Por su parte, entre los instrumentos convencionales de ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 establece una disposición sobre la no devolución. En este sentido, el artículo 22.8, referido al derecho de circulación y residencia afirma que:

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

En el ámbito europeo, es preciso señalar que la prohibición de devolver se ha incluido entre las situaciones que pueden ser consideradas como tortura, o tratos humanos o degradantes en virtud el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950<sup>443</sup>.

---

<sup>443</sup> Después de la sistematización convencional de prohibición de devolución en la Convención de 1951, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, dispone

Es importante destacar que el desarrollo normativo de la obligación de no devolución en los instrumentos antes señalados se ha ido realizando de forma paralela al proceso de ampliación del concepto de refugiado en los ámbitos regionales. Así, como resultado de la redacción de la Convención de la OUA de 1969 sobre la protección de refugiados en África, se consagran las distintas causas de desprotección y la no devolución logra ampliar su alcance y proteger a otras personas distintas a las que según la Convención de 1951 necesitan protección. De esta manera, en el artículo 2 párrafo 3 establece la obligación de la no devolución en los siguientes términos:

“Ninguna persona podrá ser sometida por un Estado Miembro a medidas tales como la no admisión en la frontera, la devolución o la expulsión que le obliguen a retornar o a permanecer en un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estuvieran amenazadas por las razones enumeradas en el artículo 1, párrafos 1 y 2”.

En igual sentido, el artículo 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 inscribe la obligación de no devolución en los siguientes términos:

“Every individual shall have the right, when persecuted, to seek and obtain asylum in other countries in accordance with the law of those countries and international conventions”.

Como ha podido observarse, la Convención de 1951 establece una prohibición de no devolución y determina que son los refugiados, los sujetos a los cuales se tiene que proteger de los riesgos que la misma apareja. No obstante, en el apartado segundo del mismo artículo 33 establece ciertas restricciones a su aplicabilidad señalando que no

---

una obligación genérica relacionada con la prohibición de ciertos actos. Así, se expresa que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Por tanto, se ha considerado que “[a]rticle 7 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights provides that no one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment”. Esta obligación ha sido desarrollada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, concretamente en el Comentario General No.20 (1992), en el cual se alude el *non-refoulement* en los siguientes términos: “(...) States parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement” (*Vid.* HRI/HEN/1/Rev.1, 28 July 1994, párr.9)”. El contenido de la norma inscrita en el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos ha sido interpretada por la Corte Europea de Derechos Humanos en igual sentido que este mencionado Comentario, imponiendo la prohibición de devolución. Al respecto, pueden consultarse los siguientes casos: Caso Soering vs. Reino Unido (1989), 98 *ILR* 270, párr. 88; Caso Cruz Vargas vs. Suecia (1991) 108 *ILR* 283, párr. 69; Caso Vilvarajah vs. United Kingdom (1991) 108 *ILR* 321, párr. 73-74 y 79-81; Caso Chahal vs. Reino Unido (1997), 108 *ILR* 385, párr. 75; Caso Ahmed vs. Austria (1997), 24 *EHRR* 278, párr. 39-40; Caso T.I. vs. Reino Unido, Application No. 43844/98, Decision as to Admissibility, 7 March 2000 (unreported), pág.15.

podrá invocar los beneficios de esta prohibición “el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.

Sin embargo, la inclusión de la no devolución en otros tratados de derechos humanos y tratados regionales de protección de refugiados ha promovido el perfeccionamiento de estándares de aplicabilidad, e incluso han reforzado su eficacia en lo que a la protección de los derechos de las personas se refiere, pues han promovido que dicha protección sea aplicable a cualquier persona extranjera cuya vida esté en peligro. Por tanto, este desarrollo puede entenderse como un paso al frente en la prevención de crisis humanitarias generadas por los desplazamientos involuntarios.

A este respecto, resulta también importante precisar que aun cuando en la Convención de 1951 las cláusulas de exclusión de la condición de refugiado sirven para determinar a los beneficiarios del *non refoulement*, en los demás instrumentos, antes señalados, cualquier persona puede verse beneficiada, inclusive quienes son excluidos expresamente por la Convención de 1951. Por tanto, la prohibición de no devolución implica la consideración de que toda persona extranjera con necesidades de protección internacional debe ser protegida contra el retorno involuntario.

Así, cuando un Estado decide respetar el principio de no devolución y evitar que el extranjero regrese al territorio de un Estado donde sus derechos puedan ser menoscabados, está otorgando una acogida protectora que es en esencia un asilo territorial. Pero es importante resaltar como lo hace MARIÑO MENÉNDEZ, que esta forma de asilo representa la forma más sencilla y la menos protectora de todas, pues se limita a la provisionalidad de recepción en el territorio<sup>444</sup>. Esto quiere decir que es un asilo otorgado en virtud del respeto del principio de no devolución, lo cual no deja de ser asilo, pero dista enormemente de aquel entendido como institución protectora de cierta amplitud de contenido y de larga duración. Pero sea como fuere, a este extranjero

---

<sup>444</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional...”, *cit.*, pág. 465.

acogido se le protegen y se le deben respetar sus derechos fundamentales por el hecho de ser persona y por respeto a su dignidad<sup>445</sup>.

## **2.2. Declaraciones o resoluciones de organizaciones internacionales que consagran la obligación de no devolución**

De igual manera como ha ocurrido en el ámbito convencional, la no devolución se ha ido introduciendo de forma constante y progresiva en diversas declaraciones y resoluciones de Organizaciones Internacionales, principalmente en las Naciones Unidas, en cuyo marco se han desarrollado para la protección de las personas en diversas circunstancias.

Es importante destacar que el *non refoulement* se introdujo en el artículo III de los Principios relativos al tratamiento de los Refugiados del Comité Consultivo Legal Asiático-Africano (AALCC) de 1966, en los siguientes términos<sup>446</sup>:

“No one seeking asylum in accordance with these principles should, except for overriding reasons of national security or safeguarding the populations, be subjected to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion which would result in compelling him to return to or remain in a territory if there is a well-founded fear of persecution endangering his life, physical integrity or liberty in that territory.”

La Declaración de las Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial, de 1967<sup>447</sup>, establece el *non refoulement* en su artículo 3 de la siguiente manera:

“1. Ninguna de las personas a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1 será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiera entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o la

---

<sup>445</sup> La obligación de los Estados de asegurar el respeto de los Derechos humanos se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Vid. CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Dignidad frente a la Barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Trotta, Madrid, 1999, pág.17

<sup>446</sup> *Report of the Eighth Session of the Asian-African Legal Consultative Committee*, in Bangkok from 8 to 17 August 1966, pág.335.

<sup>447</sup> A/RES/2132 (XXII), de 14 de Diciembre de 1967.

devolución obligatoria a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución.

2. Podrán hacerse excepciones al principio anterior sólo por razones fundamentales de seguridad nacional o para salvaguardar a la población, como en el caso de una afluencia en masa de personas.

3. Si un Estado decide en cualquier caso que está justificada una excepción al principio establecido en el párrafo 1 del presente artículo, considerará la posibilidad de conceder a la persona interesada, en las condiciones que juzgue conveniente, una oportunidad, en forma de asilo provisional o de otro modo, a fin de que pueda ir a otro Estado”.

Paradójicamente, se ha incluido también la obligación de no devolución en instrumentos relacionados con la gestión y protección de afluencias masivas, aun cuando el consenso sobre su aplicabilidad en estos casos no se ha alcanzado de forma definitiva. Así, en primer lugar, cabe destacar la Declaración de Cartagena, que en la conclusión quinta reitera:

“la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del Derecho internacional, como un principio de *jus cogens*”.

En este orden de ideas, también en el marco de las Naciones Unidas el Comité Ejecutivo del ACNUR ha reiterado el carácter fundamental de la prohibición de devolución en varias de sus conclusiones generales anuales. Así, podría decirse que a partir de 1977 el comité ha incluido en la mayoría de sus conclusiones la aceptación general de la obligación jurídica de la no devolución:

“a) *Recordando* que el principio humanitario fundamental de no devolución se ha expresado en varios instrumentos internacionales aprobados a nivel universal y regional y es generalmente aceptado por los Estados; b) *Expresó* su profunda preocupación ante la información proporcionada por el Alto Comisionado de que, aunque el principio de no devolución se observa ampliamente en la práctica, hay ciertos casos en los que no se ha tenido en cuenta; c) *Reafirmó* la importancia fundamental de la observancia del principio de no devolución - tanto en la frontera como dentro del territorio de un Estado - de las personas que, reconocidas o no oficialmente como refugiadas, podían ser objeto de persecución si se las devolvía a su país de origen”<sup>448</sup>.

---

<sup>448</sup> *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la No Devolución*, Conclusión No. 6 (XXVIII), 28º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1977.

Como puede deducirse de las disposiciones antes escritas, las mismas estaban dirigidas a principalmente a resaltar que las respuestas estatales deberían estar fundamentadas en razones de tipo humanitario, y que las mismas tendrían que estar enfocadas en la promoción de la acogida de personas que se desplazan involuntariamente. Así, a pesar de que estos instrumentos son Declaraciones, las mismas resaltan la obligación de no devolución en frontera como la principal garantía de protección internacional.

En el marco de la humanización del Derecho internacional, estos instrumentos han servido para la promoción de la protección de los derechos humanos, resaltando que la protección de los refugiados se desarrolla en el doble ámbito del Derecho internacional de los refugiados y del Derecho internacional de los derechos humanos, principalmente porque los instrumentos convencionales no parecen ser suficientes afrontar las necesidades de protección actuales. Por tanto, resulta imposible negar la convergencia que existe entre estas normas<sup>449</sup>, ya que las mismas se vinculan en función de principios básicos como el de no devolución, como en razón de la protección de la persona humana en cualquier circunstancia. Esta interrelación ha posibilitado el desarrollado del principio de no devolución como eje fundamental de la protección de los refugiados.

### **3. EL CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN DE NO DEVOLUCIÓN**

Como paso previo al desarrollo del contenido de la obligación de no devolución conviene recordar ciertas cuestiones que se han ido analizando de manera aislada en los anteriores capítulos de esta investigación.

En primer lugar, la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 representan el régimen jurídico internacional aplicable a la protección de los refugiados. Estos instrumentos jurídicos desarrollan obligaciones respecto a los países que los han ratificado y obligan a los Estados Partes de dicha Convención.

En segundo lugar, se debe resaltar que la Convención posee un indiscutible carácter humanitario que se deduce del preámbulo de la misma. En este preámbulo se

---

<sup>449</sup> PONTE IGLESIAS, M. T.: *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el Derecho internacional actual*, Colección Estudios Internacionales, Tórculo Edicións, Santiago, 2000, pág. 29.

expresa la preocupación de las Naciones Unidas por los refugiados, lo cual sirve para determinar su naturaleza humanitaria y para confirmar el objetivo del tratado que consiste en asegurar en la medida de lo posible, el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de los refugiados, haciendo especial referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos. Esta consideración humanitaria permite pues afirmar un reconocimiento amplio y general de los problemas sociales y humanitarios de los refugiados por parte de los Estados.

En tercer lugar, tomando en consideración la estructura que sigue la Convención, es de notar que la observancia por parte de un Estado de la prohibición de devolución no solo supone una acogida en el territorio sino que se convierte en la garantía fundamental de la protección internacional, al defender a la persona de un retorno involuntario a los lugares donde han surgido sus temores.

En cuarto lugar, es preciso recordar que la importancia de la no devolución como eje central de la protección de los refugiados ha sido afirmada por las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR, proclamando desde siempre su carácter fundamental para la efectiva protección internacional<sup>450</sup>. De hecho, en 1991 se destacó la importancia de la no devolución y del asilo como principios cardinales de la protección del refugiado<sup>451</sup>, lo cual fue reiterado en 1996<sup>452</sup> y muchas otras resoluciones

---

<sup>450</sup> *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR No. 17 (XXXI) sobre Problemas de Extradición que afectan a los refugiados*, de 1980, párr. b.

<sup>451</sup> “c) *Destaca* la importancia fundamental de los principios de no devolución y asilo como principios cardinales de la protección de los refugiados y alienta a los Estados a que redoblen sus esfuerzos para proteger los derechos de los refugiados, impedir que sean objeto de ataques armados en los campamentos o asentamientos, evitar una restricción innecesaria y severa de su libertad de movimiento, garantizar condiciones de asilo compatibles con las normas internacionales aceptadas, y facilitar su estancia en los países de asilo, por ejemplo mediante el otorgamiento de la documentación personal necesaria y de una autorización para regresar después de haber viajado el extranjero” (*Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR No. 65 (XLII) sobre Protección Internacional*, de 1991).

<sup>452</sup> “j) *Reafirma* la importancia fundamental del principio de no devolución, que prohíbe la expulsión y repatriación de refugiados, de cualquier modo que sea, a las fronteras de territorios en los que su vida o su libertad pudieran verse amenazadas por razón de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social concreto o a una ideología política, tanto si se les ha concedido oficialmente el estatuto de refugiados como si no, o de las personas respecto de las cuales haya fundamento para creer que correrían peligro de ser objeto de torturas, en los términos previstos en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes” (*Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR No. 47 (XLVII) sobre Conclusión General sobre Protección Internacional de 1996*).

de la Asamblea General de las Naciones Unidas que hacen suya las conclusiones del ACNUR<sup>453</sup>.

En relación con el contenido de la no devolución vale decir que desde el punto de vista sustantivo, el artículo 33 de la Convención de 1951, consiste en una obligación que se impone a los Estados y que imposibilita poner a un refugiado en las fronteras de territorios donde pueda ser perseguido a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social o de sus opiniones políticas. En consecuencia, es posible deducir que el propósito de la norma inscrita en este artículo es salvaguardar la vida y la seguridad del refugiado al evitar que el mismo sea devuelto a su país de origen o residencia, donde su vida y libertad pueden correr peligro.

Las palabras “expulsar o devolver” no poseen un significado preciso en el ámbito del Derecho internacional general y por ello se suelen confundir. La devolución “is an act in which the police physically return and conduct someone over the frontier shortly after his or her arrival. In the case of a refugee, non-admission at the frontier is also considered a case of *refoulement*”. Mientras que la expulsión “is an administrative measure whereby a government orders a refugee to leave the country, where he or she has been resident for a considerable length of time”<sup>454</sup>.

Como puede observarse la confusión se genera a partir de que las dos instituciones poseen el mismo resultado<sup>455</sup>. No obstante, lo que es importante precisar es que existe una obligación de que no se puede devolver o rechazar a las personas, salvo que medie la aplicación de las excepciones planteadas en el mismo artículo 33.2.

---

<sup>453</sup> Entre ellas, A/RES/48/116, 24 marzo de 1994, párr. 3; A/RES/49/169, 24 de febrero 1995, párr. 4; A/RES/50/152, 9 febrero de 1996, párr. 3; A/RES/51/75, 12 febrero 1997, párr.3.

<sup>454</sup> GOODWIN-GILL, G. S.: *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pág. 122. En la Conferencia de plenipotenciarios el delegado holandés resaltó que la expulsión afectaba a los refugiados ya admitidos en el país, mientras que el retorno se refería a refugiados en el territorio pero sin una residencia establecida. Dicha diferencia fue considerada como incluida en las discusiones pero sin ningún otra consideración. *Vid.* UN Doc. A/CONF.2/SR.35, pág. 21.

<sup>455</sup> “They both have the same result: the physical removal of a refugee from a country of asylum” (SKRAN, C.: *Refugee in interwar Europe...*, op.cit, pág. 131).



Empero, es preciso puntualizar que los redactores no pretendían adoptar una obligación absoluta en relación a la no devolución<sup>456</sup>, pues en virtud del respeto a la facultad soberana del Estado de permitir la entrada y la permanencia de ciertas personas en su territorio, se redactó el apartado 2 en el que se permite el retorno de ciertas categorías de refugiados.

Teniendo en cuenta el contenido normativo de la obligación de no devolución en la Convención de 1951, resulta difícil de entender que esta norma protectora pueda tener excepciones de aplicación. Sin embargo, las mismas existen y fueron desarrolladas en el mismo texto de la Convención de 1951. Estas excepciones están relacionadas con la seguridad nacional del Estado receptor, específicamente con la comisión de delitos graves<sup>457</sup> y el orden público. En este orden de ideas, puede observarse que, a pesar de la importancia que respecto de la protección de refugiados tiene la no devolución en el ámbito de la Convención de 1951, no se caracteriza por ser una obligación absoluta, pues la seguridad nacional y el orden público representan elementos que pueden alegarse como justificaciones para que no la misma no se aplique<sup>458</sup>.

No obstante, bajo una aproximación analítica podría decirse que el establecimiento de esta norma puede incluirse entre las limitaciones que los redactores

---

<sup>456</sup> Los Estados que participaron en la Conferencia de 1951 discutieron acerca del “character absolute” del non-refoulement en los proyectos iniciales y “tempered this no-derogation approach by the addition of the second paragraph in the final text” (GOODWIN-GILL, G.: *The Refugee...*, cit., pág. 120).

<sup>457</sup> Artículo 33.2: “Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”. Es preciso indicar que dicho artículo no introduce ningún elemento nuevo de exclusión de aquellos previstos en el artículo 1.F de la misma Convención de 1951, por lo que la no aplicación en estos casos está en concordancia con las causales de exclusión previstas en esta norma descrita: “Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual 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 refugiada; c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”.

<sup>458</sup> Estas excepciones también estuvieron presentes en dos de los instrumentos de la etapa inicial del Derecho internacional de los refugiados *Vid.* Artículo. 3 de la Convención de 1933 y el artículo 5 (2) de la Convención de 1938. En relación al concepto de orden público puede revisarse el documentos UN Doc. E/AC.32/SR.40, pág. 10-30. Para un análisis del orden público en relación con la entrada y la expulsión puede consultarse GOODWIN-GILL, G. S.: *International Law and the Movement...*, cit., págs. 168-169, 229-237, 298-299.

consideraban necesarios para lograr un equilibrio entre los derechos de los refugiados y las obligaciones de los Estados por un lado.

En relación con el ámbito de aplicación personal, el artículo 33 señala como beneficiarios de la protección de no devolución a los refugiados. Pero ante tal afirmación cabría plantearse si tal referencia excluye la posibilidad de aplicar dicha norma a aquellas personas que han solicitado la condición de refugiados y que se encuentran aún en espera de ser determinados como tales por parte del Estado receptor.

A partir de esta premisa conviene considerar que una exclusión de este tipo pondría en entredicho el objeto de la Convención de 1951, pues según lo expresado por el ACNUR con fundamento en el artículo 1 de dicho instrumento “una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado”<sup>459</sup>.

Dicha afirmación trae como consecuencia que la protección contra el retorno involuntario deba reconocerse a los solicitantes de refugio, independientemente de cuál sea su estatus jurídico como extranjero en cuanto a duración y legalidad, ya que de otro modo no existiría una protección efectiva.

Por tanto, es importante precisar que el artículo 33 resulta aplicable a todas las personas con necesidades de protección, independientemente de que hayan sido reconocidos formalmente como refugiados por un Estado, que estén en espera de serlo o que hayan ingresado al Estado para solicitar o manifiesten su voluntad en la frontera, pues en este artículo se pretende proteger a todas las personas que reúnan los requisitos para ser refugiados establecidos en la Convención de Ginebra:

---

<sup>459</sup> ACNUR: *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados*, Ginebra, 1992, pág. 21, párr. 28. Así ha quedado también establecido en el artículo 22.8 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre: “En ningún caso puede un extranjero ser deportado o devuelto a un país, sea éste o no su país de origen, si en dicho país su derecho a la vida y a la libertad personal corren el peligro de ser violados debido a su raza, religión, nacionalidad, estatuto social o a sus opiniones políticas”.

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

En relación con el ámbito de aplicación material, es preciso apuntar de forma general que el contenido de la no devolución subsume la esencia misma de la protección internacional, ya que hace referencia a cualquier medida estatal que pueda tener el efecto de devolver a un solicitante del estatuto de refugiado o a un refugiado a las fronteras de territorios donde su vida o libertad pueden verse amenazadas, o donde él o ella corran riesgo de persecución, incluyendo su interceptación, rechazo en la frontera, o devolución indirecta<sup>460</sup>. Pero aun cuando se le considere como piedra angular de la protección del refugiado, el análisis de dicho contenido representa una de las cuestiones más controvertidas en el análisis de esta prohibición.

Desde el punto de vista fáctico, la observancia de la no devolución implica una acogida en el territorio de un Estado que genera de forma inmediata una seguridad física a las personas que huyen con temores de persecución, pero lo que no está claro es si en el marco de dicha obligación se podría exigir el “no rechazo en frontera” como un componente de la obligación de no devolución<sup>461</sup>.

Con relación a la acogida en el territorio, es preciso indicar que la prohibición de devolución que se establece para los Estados, no está referida únicamente al país del cual proviene la persona que ha huido, sino que se refiere a cualquier otro en que pueda correr los mismos o similares riesgos que en el primero<sup>462</sup>. Con respecto a la obligación relativa a la protección de las personas es necesario puntualizar que la recepción en el

---

<sup>460</sup> *Resumen de Conclusiones sobre el principio de no devolución, Consultas Globales sobre Protección Internacional*, Mesa redonda de expertos en Cambridge (9-10 de julio de 2001), organizada por el ACNUR y el Centro Lauterpacht de Investigaciones sobre Derecho internacional, párr. 3.

<sup>461</sup> Parece que la inclusión del no rechazo en la Conferencia que da origen a la Convención de 1951, no tuvo defensores, Vid. UN. Doc A/CONF.2/SR.16, pág. 6.

<sup>462</sup> GARRETÓN, R.: “Principio de no devolución: Fuerza Normativa, alcances...”, cit., pág. 217.

territorio puede ser a modo provisional, mientras el Estado receptor logre encontrar un destino seguro para la persona que ha cruzado la frontera.

En referencia a la inclusión del no rechazo en frontera, es necesario precisar que, aunque no se señale de forma expresa en la Convención de 1951, se ha considerado que el mismo se encuentra incorporado en la obligación estatal de no devolución<sup>463</sup>. Como prueba de esta afirmación pueden citarse, además de la doctrina<sup>464</sup>, ciertas disposiciones contenidas en instrumentos internacionales que respaldan su incorporación.

En este sentido, el no rechazo en frontera como elemento de la obligación de no devolución se encuentra en el artículo 3 de la Declaración de Asilo Territorial de 1967; en el artículo III (3) de la Colección de Principios relativos al tratamiento de los Refugiados del Comité Consultivo Legal Asiático-Africano (AALCC) de 1966; en el párrafo 5 de la sección III de la Declaración de Cartagena; y en normas convencionales, como el artículo 2.3 de la Convención de la OUA. En todos estos instrumentos, se ha considerado que el no rechazo en la frontera es parte del concepto de no devolución. Desde la vertiente práctica, el ACNUR ha afirmado que el no rechazo está incluido en la obligación de no devolución<sup>465</sup>.

Sobre este aspecto MARIÑO MENÉNDEZ expresa que: “un deber amplio de *non refoulement* está generalmente reconocido en la Comunidad internacional y con toda verosimilitud constituye una obligación impuesta por una norma general de Derecho internacional. Por lo tanto, no sólo le está prohibido a todo Estado ‘devolver’ a una persona que de buena fe busca asilo o refugio, a su país de origen, en donde, por

---

<sup>463</sup> “Rejection at the frontier, as with other forms of pre-admission refoulement, would be incompatible with the terms of Article 33(1)” (LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...*, cit, párrs.82-215, pág. 35).

<sup>464</sup> Vid. GRAHL-MADSEN, A.: *The Status of Refugee in International Law*, vol. II: *Refugee character*, A.W.Sijthoff-Leyden, 1972, pág. 223; MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “El asilo y sus modalidades en Derecho internacional”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.): *Derecho de Extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asunto Exteriores Sociales/INSERSO, Madrid, 1995, pág. 512, GORTÁZAR ROTAECHE, C.: *Derecho de asilo y “No rechazo” del refugiado*, Dyckinson, Madrid, 1997, págs. 295-313, GOODWIN-GILL, G. S.: *The Refugee...*, cit., pág. 123.

<sup>465</sup> *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la Protección de las Personas que buscan asilo e situaciones de afluencia a gran escala*, Conclusión No 22 (XXXII), 32º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1981.

motivos razonables, tiene miedo a ser perseguida, sino que todo Estado está también obligado a ‘no rechazar’ en la frontera a una persona en tal situación”<sup>466</sup>.

La Convención de 1951 es la fuente primaria de la obligación de no devolución. Su contenido, como se señalaba en líneas anteriores, se ha desarrollado en diversos instrumentos de derechos humanos que han generado una ampliación del alcance y contenido de la misma en el ámbito del Derecho internacional.

En consecuencia, la observancia de la no devolución por parte de los Estados ha permitido su consideración como mecanismo de protección y garantía contra la tortura o los tratos inhumanos o degradantes<sup>467</sup>: “If the conditions in a country are such that the risk of serious treatment and the severity of that treatment fall within the scope of article 3, a decision to deport, extradite or expel an individual to face such conditions incurs the responsibility (...) of the contracting State which so decides”<sup>468</sup>

Por tanto, a la vista del desarrollo de la no devolución en el ámbito de los derechos humanos, su análisis y valoración no pueden realizarse en el mero ámbito del Derecho internacional de los refugiados, pues la misma desde una perspectiva jurídica posee un doble contenido, en el ámbito de los refugiados y en el ámbito de los Derechos humanos, lo que en conjunto ha permitido fortalecer la protección de los que huyen de sus países de origen. Por lo que los parámetros de interpretación de esta obligación

---

<sup>466</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “El concepto de refugiado...”, cit., págs. 363-364. A este respecto, es importante destacar que no sólo existen textos que refuerzan esta interpretación extensiva de otorgamiento de protección, sino que además desde el punto de vista práctico, también el ACNUR ha entendido que el principio de la no devolución incluye el no rechazo en la frontera. Al respecto pueden consultarse las siguientes conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR: Conclusión No. 6 (XXVIII) sobre la No devolución, de 1977; Conclusión No.8 (XXVIII) relativa a la Determinación de la condición de refugiado, de 1978; Conclusión No.15(XVIII) sobre Refugiados sin país de asilo, de 1979 y Conclusión No.21(XXXI) sobre Conclusiones Generales, de 1981.

<sup>467</sup> “In short, then, even though the formal scope of the 1951 Convention/1967 Protocol has not changed, the extent of protection has developed in the practice of states. No doubt, this is due not only to self-evident humanitarian need, but also to the impact of increasingly extensive human rights schemes. Universal and regional treaties influence conduct, as do more specifically focused instruments, such as the 1984 UN Convention against Torture, or the emerging doctrine opposed to enforced disappearances and extra-legal and arbitrary executions, and consequently also to the return of individuals to countries where they face such risks” (GOODWIN-GILL, G.: “Asylum: The Law and Politics of Change”, en *IJRL*, vol. 7, núm.1, pág. 7).

<sup>468</sup> Caso Kirkwood (1984), 37 *EHRR* 158.

jurídica van desde el Derecho de los refugiados hasta los Derechos humanos, dando paso a una versión ampliada de no devolución<sup>469</sup>.

Empero, la importancia de su aplicación para la protección de las personas y su articulación jurídica como norma protectora en el ámbito de los derechos humanos no se ha traducido en una obligación del Estado receptor de otorgar asilo en su territorio.

#### **4. LA NO DEVOLUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DOCTRINAL**

La importancia de la no devolución para la protección de los refugiados ha sido reconocida de forma general. No obstante, han sido varios los aspectos relacionados con esta norma que han generado debates en el ámbito de la doctrina especializada, principalmente con relación a la naturaleza jurídica de la misma.

La prohibición de devolución fue desarrollada en la etapa inicial de protección de los refugiados; sin embargo no es hasta su inclusión en el artículo 33 de la Convención de 1951 cuando se convierte una norma obligatoria con un alcance amplio. Desde entonces su importancia y aceptación han llevado a considerarla como algo más que una obligación convencional<sup>470</sup>.

En este sentido, la importancia manifiesta de la no devolución en el ámbito de la protección de los refugiados ha permitido a menudo considerarla un principio general de Derecho internacional<sup>471</sup>.

---

<sup>469</sup> “La obligación de ‘admitir’ al territorio no se desprende directamente del artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951, pero no sólo no es contradictoria con él sino que tiene importantes apoyos en la interpretación del artículo 3 de la Convención de Roma de 1950, y del artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes, hechas por sus respectivos órganos de control” (MARÍÑO MENÉNDEZ, F.: “El asilo y sus modalidades...”, cit., pág. 512). Dicha posición es fruto de la aplicación de los criterios objetivos de interpretación desarrollados en el artículo 31.1 de la Convención de Viena que recoge como criterios generales de interpretación: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que hay de atribuírsele a los términos a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

<sup>470</sup> GORTÁZAR ROTAECHE, C.: *Derecho de asilo y “no rechazo”*, cit., pág. 372.

<sup>471</sup> “The principle of non-refoulement of refugees is now widely recognised as a general principle of international law” (*Encyclopaedia of Public International Law*, Vol.8, 1995, pág. 456). En este mismo sentido HYDMAN, P.: “Refugees under International Law”, VV.AA: *Refugees and International Relations*, New York, 1989, pág. 154.

Desde una perspectiva formal el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que: “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (...) c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Así, el artículo 38.1 del Estatuto del TIJ incluye, junto con la costumbre y los tratados, los "principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas". No obstante, dichos principios, al contrario que la costumbre y los tratados, no son una fuente autónoma del Derecho internacional, pues los referidos principios constituyen una categoría común a los Derechos internos de los Estados y al Derecho internacional. Debe advertirse, antes de tratar la materia, que la idea de los principios generales del Derecho, tanto a nivel de los ordenamientos internos como internacional, sigue siendo una idea que adolece de una gran falta de claridad, sobre todo por su estrecha relación con las denominadas *lagunas jurídicas*, que aparecen como un fenómeno de inexistencia de una norma convencional o consuetudinaria aplicable a una determinada cuestión.

Los principios generales del Derecho son susceptibles de ser definidos, *prima facie*, como las ideas, criterios o directrices fundamentales de valor genérico que informan los sistemas jurídicos, tanto para su aplicación como para la elaboración de nuevas normas; es decir, se trata de ideas, criterios o directrices no plasmadas en normas convencionales o consuetudinarias. Tanto en la jurisprudencia del TPJI como del TJI pueden encontrarse referencias implícitas y expresas a los principios generales del Derecho<sup>472</sup> y, en consecuencia, tras la definición propuesta, la siguiente cuestión estriba en determinar qué principios son aludidos, bajo la expresión "principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas", por el artículo 38 del Estatuto del TIJ.

La redacción del artículo 38 del Estatuto del TIJ es una copia casi exacta del artículo 38 del Estatuto del TPJI<sup>473</sup> y, por tanto, es oportuno recurrir a los trabajos preparatorios llevados a cabo por el Comité de Juristas encargado de redactar el Estatuto

---

<sup>472</sup> *Asunto de la Alta Silesia Polaca*, CPJI, Serie a, núm. 6, pág. 19; *Asunto de la Fábrica de Chorzow*, CPJI, Serie A, núm. 17, pág. 29; *Asunto del Estrecho de Corfú*, CIJ, Recueil 1949, pág. 22; etc.

<sup>473</sup> La única diferencia entre ambos artículos radica en el encabezamiento. Así, mientras el artículo 38 del Estatuto del TPJI principiaba con las palabras "El Tribunal aplica...", el actual artículo 38 utiliza la expresión "El Tribunal, cuya función es decidir conforme al Derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar...".

del TPIJ<sup>474</sup>. Según se desprende de los citados trabajos, la expresión "principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas" hace referencia a los principios que son aceptados y aplicados *in foro domestico* por los diferentes sistemas jurídicos de los Estados. Por tanto, el referido Comité se limitó a plasmar convencionalmente la práctica anterior llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales internacionales, pues éstos aplicaban, si bien es cierto que no *eo nomine*, dichos principios.

Ahora bien, el precepto glosado puntualiza que deberán ser los principios generales "reconocidos por las naciones civilizadas". En atención a esta puntualización, sería necesario llevar a cabo un estudio comparativo de todos los sistemas jurídicos internos para determinar qué principios son comunes a todos ellos. No obstante, como señala VIRALLY<sup>475</sup>, en la práctica, el TIJ procede en forma empírica y se conforma con una coincidencia de opinión entre sus magistrados, pues éstos han sido elegidos de manera que "en conjunto estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo" (art. 9 del Estatuto del TIJ).

Una vez afirmado que se trata de los principios generales del Derecho contenidos en los diferentes sistemas jurídicos, hay que dilucidar su naturaleza. Cabe sostener que los referidos principios son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, ya que suministran pautas o modelos de conducta. Así, por ejemplo, cuando un órgano judicial internacional afirma los principios sobre la responsabilidad originada por actos ilícitos y la restitución de lo adquirido a través de un enriquecimiento injusto<sup>476</sup> o sobre la prohibición de abuso del derecho<sup>477</sup>, es claro que, a partir de dichos principios, está proponiendo modelos de conducta a seguir y no enunciando meramente valores morales<sup>478</sup>.

---

<sup>474</sup> Al respecto, *Permanent Court of International Justice. Advisory Committee of Jurist. Pròces verbaux of the proceedings of the Committee*, La Haya, 1920.

<sup>475</sup> VIRALLY, M: "Fuentes del Derecho internacional", en *Manual de Derecho internacional público*, México, 1968, pág. 175.

<sup>476</sup> *Asunto de las indemnizaciones de la guerra de Turquía*, RSA, XI, pág. 437 y ss.

<sup>477</sup> CPII, Serie A/B, núm. 46, pág. 167.

<sup>478</sup> Al respecto pueden consultarse, WARBRICK, C.; LOWE, V.; AKEHURST, M. (ed): *The United Nations and the Principles of International Law*, Routledge, London, 1995 y BROWNLIE, I.: *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 2003.



Tomando en consideración lo expuesto, se ha llegado a afirmar que el *non refoulement* es un principio al cual se puede recurrir para la solución de conflictos que le sean presentados, además de ser útil para cubrir las lagunas que se puedan presentar. Estos principios son un modo de formación de normas distinto a la costumbre, aun cuando se debe reconocer, que en ciertos casos resulta muy difícil deslindarlos de las normas consuetudinarias, y de allí muchas de las controversias que acontecen a la hora de analizar su naturaleza jurídica<sup>479</sup>.

Desde el punto de vista doctrinal, GRAHL-MADSEN reflexiona sobre la consideración de la no devolución como un principio de Derecho generalmente aceptado. Para esto, comienza por analizar la Conferencia de 1954 sobre el Estatuto de los apátridas en la cual se reconoce que el *non refoulement* constituye “expresión de un principio generalmente aceptado”<sup>480</sup>, pero argumenta que dicha consideración no posee la suficiente autoridad para que pueda determinar la naturaleza de la no devolución<sup>481</sup>. Al respecto, sostiene que para entonces la Convención tenía poco meses de haber entrado en vigor y que los antecedentes de los instrumentos anteriores a dicho instrumento legal no tuvieron tanta aceptación como para que pudiese considerarse como un principio general. No obstante, con el paso del tiempo su opinión respecto a la generalidad de dicho principio ha cambiado. Considera que la inclusión de la no devolución en el artículo 3.1 de la Declaración de 1967, aunque su naturaleza no fuese vinculante, permite afirmar que la no devolución haya adquirido un alto grado de aceptación general.

Al respecto, GREIG reconoce que si bien la Convención de 1951 tiene carácter contractual y límites claros, ha sido la Asamblea General y sobre todo el ACNUR quienes han promovido el desarrollo de lo que hoy puede considerarse como principio

---

<sup>479</sup>GORTÁZAR ROTAECHE, C.: *Derecho de asilo y “no rechazo”*, cit., pág. 326.

<sup>480</sup> La Conferencia adoptó por unanimidad la siguiente resolución: La Conferencia, estimando que el artículo 33 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados es expresión del principio generalmente aceptado de que ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a una persona en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. No ha considerado necesario incluir en la Convención referente al Estatuto de los Apátridas ningún artículo equivalente al artículo 33 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (*Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Apátridas*, adoptada el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios).

<sup>481</sup> GRAHL-MADSEN, A.: *Territorial Asylum*, Oceana, Estocolmo, 1980, pág.40.

general, principalmente luego de la firma del Protocolo de 1967, que le da un alcance más amplio a la Convención, pues es justamente a partir de todo esto en que el ACNUR comienza a reiterar la importancia de la no devolución como un principio generalmente aceptado<sup>482</sup>, independientemente de su aceptación como cláusula convencional<sup>483</sup>.

Así, la no devolución como principio rector relativo a la protección de los refugiados, se ha desarrollado tanto en instrumentos convencionales como fuera de ellos

---

<sup>482</sup> “a) Recordando que el principio humanitario fundamental de no devolución se ha expresado en varios instrumentos internacionales aprobados a nivel universal y regional y es generalmente aceptado por los Estados; b) Expresó su profunda preocupación ante la información proporcionada por el Alto Comisionado de que, aunque el principio de no devolución se observa ampliamente en la práctica, hay ciertos casos en los que no se ha tenido en cuenta; c) Reafirmó la importancia fundamental de la observancia del principio de no devolución - tanto en la frontera como dentro del territorio de un Estado - de las personas que, reconocidas o no oficialmente como refugiadas, podían ser objeto de persecución si se las devolvía a su país de origen” (*Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la No Devolución*, Conclusión No. 6 (XXVIII), 28º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1977).

<sup>483</sup> En la conclusión 15 relativa a los *Refugiados sin país de Asilo* el Comité Ejecutivo enumeró una serie de consideraciones por las cuales debían guiarse los Estados, entre ellas resalto que: “b) Las medidas por las que se obliga a un refugiado a volver a su país en el que tiene motivos de temer persecución, o se lo envía a ese país constituyen una grave violación del principio reconocido de la no devolución” (*Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a los Refugiados sin país de asilo*, Conclusión No. 15 (XXX), 30º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1979). En igual sentido lo ha reafirmado en subsecuentes conclusiones de la siguiente manera:

i) En la conclusión 17 “b) Reafirmó el carácter fundamental del principio de no devolución universalmente reconocido (*Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a los Problemas de Extradición que afectan a los refugiados*, Conclusión No. 17 (XXXI), 31º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1980);

ii) En la conclusión 25 “b) Reafirmó la importancia de los principios básicos de la protección internacional y, en especial, del principio de la no devolución, que estaba adquiriendo progresivamente el carácter de una norma perentoria del derecho internacional (*Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a Conclusiones Generales*, Conclusión No. 25 (XXXIII), 33º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1972);

iii) En la conclusión 79 “j) Reafirma la importancia fundamental del principio de no devolución, que prohíbe la expulsión y repatriación de refugiados, de cualquier modo que sea, a las fronteras de territorios en los que su vida o su libertad pudieran verse amenazadas por razón de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social concreto o a una ideología política, tanto si se les ha concedido oficialmente el estatuto de refugiados como si no, o de las personas respecto de las cuales haya fundamento para creer que correrían peligro de ser objeto de torturas, en los términos previstos en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (*Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a Conclusión General sobre la Protección Internacional*, Conclusión No. 79 (XLVII), 47º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1996);

iv) En la conclusión 81 “i) Reconoce la importancia fundamental del principio de no devolución, que prohíbe la expulsión o devolución en modo alguno de los refugiados para ponerlos en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas, independientemente de que se les haya otorgado o no oficialmente la condición de refugiados, o de las personas respecto de las cuales haya razones fundadas para creer que estarían en peligro de ser sometidas a tortura, según se señala en la Convención de 1984 contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (*Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a Conclusión General sobre protección internacional*, Conclusión No. 81 (XLVIII), 48º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1997).

en resoluciones, declaraciones y principalmente en las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR, en las que se hace referencia al mismo.

De esta manera, y con fundamento en el hecho de que dicho principio está reconocido ampliamente por los Estados miembros de la sociedad internacional, además de que forma parte de diferentes textos convencionales y ha sido ampliamente reiterado y aceptado como tal por las organizaciones internacionales más autorizadas en la materia, los defensores de esta posición señalan que la no devolución debe considerarse como principio general de Derecho internacional en sentido clásico, lo que ha permitido que los Estados lo reconozcan en sus ordenamientos internos, de un modo generalizado e independiente de la regla convencional, confirmando así su naturaleza<sup>484</sup>.

Los Estados miembros de la Convención de 1951 han desarrollado de una manera más o menos similar sus legislaciones internas sobre refugiados, en las cuales han incluido la obligación de no devolución. Como fundamento de la consideración de la no devolución como principio general, GORTÁZAR ROTAECHE considera que la jurisprudencia ha especificado que son los principios generales del Derecho en materia de refugiados los que constituyen un obstáculo para que cualquier refugiado sea entregado al país de origen.

En este orden de ideas, este principio es considerado por esta parte de la doctrina como uno de los principios consagrados por la Convención de 1951, y es caracterizado como un principio esencial para la salvaguarda de la persona humana, pues se considera un elemento esencial del derecho de asilo<sup>485</sup>. Por tanto, es una regla común y obligatoria siempre que se habla de la recepción de refugiados y de ahí su importancia para el Derecho internacional: “It may be affirmed that the prohibition on the return of refugees to countries of persecution has established itself as a general principle of international law, binding on States automatically and independently of any specific assent”<sup>486</sup>.

---

<sup>484</sup> GRAHL-MADSEN, A.: *Territorial Asylum...*, cit., pág.40, GRAHL-MADSEN, A.: *The status of Refugees in International Law*, Sijthoff, Leiden, 1972, vol.II, pág.94.

<sup>485</sup> “Le principe de non refoulement en tant que règle générale de droit international, paraît mieux assuré que ne l’est le droit d’admission lui-même” (SCHNYDER, F.: “Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés”, en *RCADI*, vol. 114-I, 1965, pág. 383).

<sup>486</sup> GOODWIN-GILL, G. S.: *International Law and the Movement...*, cit., pág.141.

Una vez realizado este breve recorrido doctrinal, atendiendo a que la función principal que cumplen los principios generales del Derecho es la suplir las posibles lagunas jurídicas evitando el *non liquet* en el momento de resolver una controversia, por ausencia de una norma convencional o consuetudinaria aplicable a la misma, cabe señalar que los principios generales son utilizados con carácter supletorio, pues sólo cuando el órgano jurisdiccional no encuentre una costumbre o tratado aplicable al asunto recurrirá, para impedir el *non liquet*, a estos principios. Empero, la afirmación realizada debe ser matizada en el siguiente sentido: ante la falta de normas convencionales y consuetudinarias aplicables al caso, para no pronunciarse por el *non liquet*, el TIJ ha utilizado los principios generales del Derecho para deducir reglas jurídicas aplicables al caso. Esta afirmación encuentra su razón de ser en la práctica internacional, ya que de forma muy limitada y excepcional se ha recurrido a los principios generales del Derecho para esgrimirlos "como método de raciocinio jurídico, como argumentos a mayor abundamiento o como *obiter dicta* en las decisiones jurisprudenciales" y, en todo caso, nunca "ha decidido un tribunal internacional en ningún supuesto litigioso sobre la base exclusiva de un principio general"<sup>487</sup>.

En atención a la función de los principios generales, el principio de no devolución vendría dado por la existencia de una laguna en la materia, esto es, por ausencia de una norma convencional o consuetudinaria en la materia porque la evolución de la no devolución ha hecho referencia desde siempre a la existencia de una norma positiva que desarrolla dicha prohibición.

Desde sus orígenes las manifestaciones relativas a la prohibición de devolución estuvieron desarrolladas en disposiciones jurídicas contenidas en los acuerdos de la etapa inicial de la protección de los refugiados. Estas disposiciones establecían obligaciones para los Estados aunque su alcance era restringido y su aceptación no era muy amplia. La Convención de 1951 recoge la prohibición de devolución por vez primera en un convenio multilateral.

Por tanto, con fundamento en lo antes inscrito no puede considerarse la prohibición de devolución como una regla común o pauta pues sus orígenes reposan en

---

<sup>487</sup> RODRIGUEZ CARRION, A.: *Lecciones...*, cit., págs. 234 y 235.

normas escritas redactadas para la protección de las personas en circunstancias concretas y no están relacionados a una costumbre anterior a esta norma positiva, proveniente de legislaciones internas.

Desde el momento de la positivación de esta norma se da inicio a la práctica estatal y a la generalización de su aceptación como una obligación de los Estados, lo cual confirma que la prohibición de devolución se genera a partir de una norma convencional que ha impulsado una práctica constante y una *opinio iuris* que ha permitido considerarla como una norma consuetudinaria de carácter general.

De esta manera, la prohibición de devolución representa una norma convencional y una norma consuetudinaria, que protege a las personas contra cualquier forma de devolución y por tanto representa una de las más importantes funciones de los Estados pues a través de este respeto se protege uno de los valores de la sociedad internacional que es la Paz y la Seguridad internacional.

La prohibición de devolución no puede entenderse como un modo de formación de normas, pues su naturaleza es positiva y es precisamente en función de su inclusión en la Convención y su práctica posterior, principalmente su inclusión en el artículo 3.1 la Declaración de Asilo Territorial en 1967, en el Protocolo de 1967 y en las Conclusiones del Comité Ejecutivo, cuando se comienza a considerar como una norma de carácter general, que ha sido desarrollado en las legislaciones internas de gran parte de los Estados que forman la sociedad internacional.

## **5. LA NO DEVOLUCIÓN COMO NORMA GENERALMENTE ACEPTADA POR LA SOCIEDAD INTERNACIONAL EN SU CONJUNTO**

La prueba del desarrollo o la existencia de una costumbre en el plano internacional resulta una tarea difícil de concretar, no sólo en lo que se refiere al análisis de la práctica sino principalmente en la consideración de la existencia de la *opinio iuris*, también necesaria para el nacimiento de una norma consuetudinaria<sup>488</sup>.

---

<sup>488</sup> “En réalité l’analyse de la règle coutumière internationale met en cause deux problèmes théoriques qui ne sont pas toujours distingués: l’un de *théorie générale du droit* (pourquoi le droit est-il de droit) l’autre de conception du droit international (par qui est élaboré le droit international?). Mais le problème est

Las actuaciones positivas de los Estados, la repetición de usos, las prácticas en el seno de las organizaciones internacionales, por un lado, y las discusiones en las conferencias diplomáticas, la incorporación en el derecho interno, la correspondencia diplomática, por el otro, representan indicios que permiten comprobar tanto la práctica como la *opinio iuris* respecto a la no devolución. Así, y considerando que aún existen varios países que no han ratificado las Convención de 1951 y el Protocolo de 1967<sup>489</sup>, y otros ya signatarios que han manifestado sus dificultades para cumplir la obligación de no devolución por distintos motivos, como por ejemplo recepción de desplazamientos masivos, se pasará a determinar si a pesar de estas manifestaciones negativas de algunos Estados se ha conformado una norma que permita obligar a todos los Estados que hacen parte de la sociedad internacional y no sólo a los Estados signatarios de la Convención de 1951.

La redacción del instrumento convencional sobre los refugiados de 1951, la enmienda elaborada a ésta en 1967 a través del Protocolo, y sobre todo la observancia de la prohibición de devolución a los refugiados que puedan estar en peligro, ha generado una práctica estatal uniforme tendente a brindar protección a los que huyen de sus hogares por fundados temores de persecución.

Como ha podido señalarse en varias oportunidades a lo largo de este trabajo, no existe en el ámbito del Derecho internacional una norma que obligue a los Estados a otorgar asilo a las personas que ingresan por sus fronteras. No obstante, en virtud del *non refoulement* se han logrado limitar las facultades soberanas de acogida y recepción, impidiendo que se pueda con absoluta libertad y de manera deliberada devolver a las personas que posean temor de persecución.

---

encore rendí plus complexe du fait que la coutume n'échappe pas dans la *pratique internationale* au relativisme général du droit international, aussie bien dans la détermination de son contenu que dans sa définition même" (STERN, B.: "La coutume au coeur du droit international: Quelques réflexions", en REUTER, P.: *Le Droit international: unite et diversité*, Pédone, Paris, 1981, págs. 479-500).

<sup>489</sup> A fecha de 18 de octubre de 2005, 143 Estados son Parte la Convención de 1951 y en el Protocolo de 1967. Madagascar, Mónaco, Saint Kitts y Nevis son países signatarios de la Convención, pero no han ratificado el Protocolo. Por otra parte, Cabo Verde, Estados Unidos y Venezuela son los únicos tres países que se han hecho parte del Protocolo sin ratificar la Convención sobre el Estatuto de refugiados de 1951.

### 5.1. El artículo 33 de la Convención de 1951 y el efecto generador resultante de la interacción entre costumbre y tratado

El Derecho consuetudinario está dotado de gran dinamicidad<sup>490</sup>. Así, las normas establecidas por tratado pueden contribuir como precedentes convencionales a la formación de costumbres nuevas, o incluso generar a través de la práctica subsiguiente un nuevo Derecho consuetudinario<sup>491</sup>.

El artículo 38 del Convenio de Viena señala que:

“Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal”.

Existe pues una interacción recíproca de estas vías normativas en el proceso de creación de algunas normas internacionales, las cuales han sido reconocidas por el TIJ y sistematizadas por JÍMENEZ DE ARÉCHAGA en orden de establecer la relación entre las dos fuentes<sup>492</sup>. Según el autor, la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional han creado ciertos efectos en la formación del Derecho internacional consuetudinario, los cuales ha descrito como efecto declarativo, efecto cristizador y efecto constitutivo o generador<sup>493</sup>.

Según explica DÍEZ DE VELASCO, la clasificación de estos efectos pretende averiguar la naturaleza formal del *consensus* finalmente alcanzado y el carácter

---

<sup>490</sup> Para un análisis de las fuentes del Derecho en el cambio de orden internacional puede revisarse BROWNLIE, I.: “International Law in the context of the Changing World Order”, en JASENTULIYANA, N.: *Perspectivas on International Law*, Kluwer Law International, London, 1995, págs. 49-62.

<sup>491</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, F.: *Derecho Internacional Público. Parte General*, Trotta, 1999, pág. 393.

<sup>492</sup> JÍMENEZ DE ARÉCHAGA, E.: *El Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, 1980, págs. 19-20.

<sup>493</sup> El efecto declarativo hace referencia a una costumbre preexistente que es declarada o enunciada en un tratado. Por su parte el efecto cristizador, refiere a una costumbre en formación que cristaliza en norma consuetudinaria mediante la adopción de un tratado. Por último, el efecto constitutivo y generador que implica la formación de una costumbre a partir de la disposición de un tratado gracias a una práctica posterior constante y uniforme de los Estados conforme con dicha disposición. *Vid.* JÍMENEZ DE ARÉCHAGA, E.: *El Derecho Internacional...*, cit., págs. 19-28, y del mismo autor “The work and the Jurisprudence of the International Court of Justice, 1947-1986”, *British Yearbook of International Law*, núm. 58, 1988, págs. 33-35.

normativo concreto de cada proceso donde se haya dado la interacción entre costumbre y tratado en orden a la formación de alguna regla de Derecho internacional<sup>494</sup>.

En relación al tema que nos ocupa, es preciso indicar que en la etapa inicial de la protección de los refugiados, la prohibición de devolución estaba inscrita en los instrumentos jurídicos convencionales<sup>495</sup>. No obstante su aplicabilidad no llegó a generalizarse debido a su bajo índice de ratificaciones, con lo cual es imposible afirmar la existencia de una práctica generalizada de la no devolución en este contexto.

En igual sentido, tampoco parece que el período transcurrido entre la finalización de la Segunda Guerra Mundial y la redacción de la Convención en 1951 fuera escenario de una práctica generalizada de la prohibición de devolución<sup>496</sup>, aunque es preciso indicar que las devoluciones en este período a países donde las personas habían sufrido persecución eran poco frecuentes.

Pero esta situación ha cambiado a partir de la redacción de la Convención de 1951, pues la ratificación progresiva de la misma en estas últimas décadas, permite afirmar que la gran mayoría de los Estados que forman parte de la sociedad internacional han ratificado dicha Convención, aceptando de manera formal el compromiso de su aplicación para la protección de los refugiados.

Así, con la ratificación y posterior inclusión en sus ordenamientos internos los Estados han enfocado de manera positiva sus acciones en función del respeto de las normas contempladas en la Convención, asumiendo sus obligaciones e incrementando el disfrute de los derechos y libertades de los refugiados, entre los cuales se destaca la prohibición de devolución desarrollada en el artículo 33 de la Convención de 1951.

---

<sup>494</sup> DÍEZ DE VELASCO, M (dir.): *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 129.

<sup>495</sup> *Acuerdo relativo al estatuto legal de los refugiados rusos y armenios*, de 30 de junio de 1928, párr.7; *Convención relativa a la condición jurídica internacional de los refugiados*, de 28 de octubre de 1933, art.3; *Convención concerniente a la condición de refugiados procedentes de Alemania*, de 10 de febrero de 1938, art.5.

<sup>496</sup> GORTÁZAR ROTAECHE, C.: *Derecho de asilo y “no rechazo”*, cit., pág. 338.



En el marco de la práctica de la prohibición de devolución llevada a cabo por los Estados, es preciso resaltar que la misma ha sido observada y desarrollada fuera del ámbito descrito por la Convención de 1951, porque la prohibición de no devolver a los refugiados es respetada y considerada como una acción prohibida incluso por Estados que no han firmado los convenios, con lo cual se puede afirmar que la ratificación y aceptación de la Convención de 1951 inicia la práctica, pues es a través de este instrumento que los Estados que no han asumido formalmente los compromisos desarrollados por los instrumentos de protección de refugiados, y el respeto de la prohibición de devolución: “State practice before 1951 is, at least, equivocal as to whether, in that year, article 33 of the Convention reflected or crystallized a rule of customary international law. State practice since then, however is persuasive evidence of the concretization of a customary rule, even in the absence of any formal judicial pronouncement”<sup>497</sup>.

En este sentido, es posible afirmar que en relación con la norma que prohíbe la no devolución, se produce una interacción entre tratado y costumbre, esto es, un efecto generador que supone un desarrollo progresivo<sup>498</sup>. Por tanto, en virtud de esta afirmación se analiza cómo la práctica ha originado una *opinio iuris* y ha permitido que la prohibición de devolución haya madurado en una norma consuetudinaria que posee una aceptación de la sociedad internacional en su conjunto y por tanto obliga a todos y cada uno de sus miembros.

Además, en el aspecto de la práctica estatal no puede dejar de mencionarse el papel del ACNUR, que ha sido un actor importante a la hora de establecer y discutir conductas estatales en relación con la protección de los refugiados, y más concretamente respecto a la prohibición de devolución. Esta práctica estatal se ha podido evidenciar en la participación activa de los Estados en el Comité Ejecutivo del

---

<sup>497</sup> GOODWIN-GILL, G. S.: *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pág. 198. Esta opinión representa una modificación de la opinión sostenida por este autor en una publicación anterior: “Earlier State practice supports the contention that, for example, Article 32 and 33 of the 1951 Convention reflected or crystallized a rule of customary international law at the time of their formulation(...)” (GOODWIN-GILL, G.: *International law and the movement of persons between states*, Clarendon Press, Oxford, 1978, pág. 141).

<sup>498</sup> El efecto generador hace referencia a que ciertas disposiciones de un tratado se convierten en modelo de la conducta subsiguiente de los Estados en el plano consuetudinario, dando lugar a una norma de derecho internacional consuetudinario si la práctica posterior es suficientemente constante y uniforme. Al respecto puede consultarse JÍMENEZ DE ARÉCHAGA, E.: *El Derecho internacional...*, cit., págs.19-20.

ACNUR, en el cual se debaten las actuaciones de cada uno de ellos. Estas actuaciones se materializan a través de las conclusiones del Comité Ejecutivo en las que generalmente se reitera la necesidad de cumplir con las obligaciones y de cooperar entre sí para una mejor protección de los refugiados<sup>499</sup>.

La formación de una norma consuetudinaria y su prueba requieren consistencia y generalidad en la práctica. Pero además, esta práctica debe de ser aceptada como derecho. En este orden de ideas, la mayoría de los casos este elemento psicológico es el más difícil de comprobar, pero se debe tener en consideración que la misma puede inferirse a partir de una práctica general evidente además de por el consenso de los Estados plasmado por escrito.

En relación con la prohibición de devolución que nos ocupa, se puede comenzar puntualizando que la misma está desarrollada en la Convención de 1951 y en el Protocolo de 1967 como una norma que no puede ser sometida a reservas, por lo cual debe ser siempre respetada por los Estados parte en uno o en otro instrumento.

La generalidad de la no devolución resulta manifiesta en la cantidad de los Estados que aplican la Convención de 1951 y además en el número de Estados no Partes en los instrumentos de protección que respetan dicha prohibición<sup>500</sup>. Su obligatoriedad representa la acción más fundamental para aquellos Estados que protegen a los

---

<sup>499</sup> Vid. Conclusión 79: “b) Reitera que la función de protección internacional del Alto Comisionado sólo puede llevarse a cabo con eficacia si cuenta con el pleno apoyo de los gobiernos, en particular mediante la aportación de soluciones duraderas; y saluda la permanente disposición de los Estados a recibir y proteger a los refugiados y también al legar recursos con los que atender sus necesidades” (*Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a Conclusión General sobre la Protección Internacional*, Conclusión No. 79 (XLVII), 47º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1996); Conclusión 81: “g) Subraya la importancia del papel que desempeña el Comité Ejecutivo en el suministro de orientación y el logro de consenso sobre políticas y prácticas de protección esenciales y, a este respecto, hace hincapié en la necesidad de que se tengan debidamente en cuenta las conclusiones del Comité Ejecutivo” (*Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a Conclusión General sobre protección internacional*, Conclusión No. 81 (XLVIII), 48º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1997).

<sup>500</sup> GORTÁZAR ROTAECHE luego de su análisis sobre la práctica estatal en la región asiática y Oceanía ha afirmado que los países asiáticos que no son parte en la Convención de Ginebra, “entienden en general como práctica arraigada el refugio temporal, lo cual implica aceptación del *non refoulement*”. Al respecto, continua afirmando en relación con estos países que “tratar de probar que la no aceptación de la Convención de Ginebra por una parte importante de éstos no implica que rechacen la institución del *non refoulement* como obligación jurídico-internacional, lo cual me importa especialmente a los efectos de poder constatar la existencia de una costumbre universal en materia de *non refoulement*” (GORTÁZAR ROTAECHE, C.: *Derecho de asilo y “no rechazo”*, cit., págs. 356-357).

refugiados, por lo que su importancia para la efectiva protección de las personas que huyen por motivos de persecución impulsa su aplicabilidad. Existe por tanto una práctica que, de forma progresiva y aunada a la *opinio iuris*, ha dado paso a una norma consuetudinaria.

Sobre este particular existen diversos instrumentos que pueden servir como prueba de esta *opinio iuris*. Entre estos instrumentos, resultan de particular trascendencia las Conclusiones Generales del Comité Ejecutivo del ACNUR<sup>501</sup>, en las cuales se ha afirmado que la no devolución ha ido progresivamente adquiriendo el carácter de “peremptory rule of international law”<sup>502</sup>, posición que ha sido reiterada en las distintas oportunidades por este órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>503</sup>.

La importancia de las Conclusiones del Comité Ejecutivo se fundamentan principalmente en el hecho de que en las mismas se resumen las opiniones de los Estados que son parte en dicho Comité<sup>504</sup>, las cuales permiten sistematizar el contenido

---

<sup>501</sup> Resulta importante destacar que las conclusiones en sí mismas no poseen fuerza vinculante, por no ser instrumentos jurídicos obligatorios, ni crean tampoco obligaciones vinculantes. Empero “[t]hey may contribute, however, to the formulation of *opinio iuris* - the sense of legal obligations with which Status may or may not approach the problems of refugees. Some conclusions seek to lay down standards of treatment, or to resolve differences of interpretation between States or between States and UNHCR, while others are more hortatory, repeating and reaffirming basic principles without seeking either to expand their field of application” (GOODWIN GILL, G.S., *The Refugee...*, cit., pág.128). Para un análisis más completo sobre el tema, puede revisarse SZTUCKI, J.: “The conclusions on the international Protection of Refugees Adopted by the Executive Committee of the UNHCR Programme”, *IJRL*, vol. 1, 1989.

<sup>502</sup> *Report of the 33<sup>rd</sup> Session*: UN Doc. A/AC.96./614, párr.70.

<sup>503</sup> Por ejemplo, *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a Conclusiones sobre protección internacional de los refugiados*, Conclusión No. 55 (XL), 40º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1989; *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a La protección internacional de los refugiados*; Conclusión No. 74 (XLV), 45º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1994; *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a Conclusión General sobre protección internacional*, Conclusión No. 77 (XLVI), 46º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1995.

<sup>504</sup> El Comité Ejecutivo del ACNUR está integrado por 70 Estados: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Costa de Marfil, Dinamarca, Ecuador, Egipto, España, Estados Unidos de América, Etiopía, Federación de Rusia, Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Guinea, Ghana, Hungría, Irán (República Islámica de), Irlanda, Israel, Italia, Japón, Kenia, Lesotho, Madagascar, Marruecos México, Mozambique, Namibia, Nueva Zelanda, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Países Bajos, Pakistán, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Democrática del Congo, República Unida de Tanzania, Rumania, Santa Sede, Serbia y Montenegro, Somalia, Sudáfrica, Sudán, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Uganda, Venezuela, Yemen, Zambia. Entre los miembros de este Comité están Bangladesh, Corea (República de), India, Jordania, y Líbano que no son Partes ni en la Convención de 1951 ni en el Protocolo de 1967.

de la práctica estatal en relación con la protección de los refugiados incluso en Estados que no son parte de la Convención de 1951 ni en el Protocolo de 1967. Así, en el marco de las reuniones del Comité Ejecutivo se establecen discusiones que permiten obtener una visión diáfana de las políticas estatales y son muestra del consenso de los Estados miembros. Por tanto, aunque no desarrollan obligaciones, sí resultan importantes a la hora de identificar la existencia de una *opinio iuris*, necesaria para la concreción de una norma consuetudinaria, como ha ocurrido con la prohibición de devolución.

De esta manera, y justamente en el ámbito de esta actividad de deliberación se ha obtenido pruebas para constatar, junto a la práctica constante de los Estados, el establecido del carácter consuetudinario de la norma de no devolución. Por tanto, la norma consuetudinaria de no devolución se ha generado a partir de una norma positiva recogida en el artículo 33 de la Convención de 1951 cuya evolución normativa ha sido posible gracias al compromiso de los Estados en la aplicación de la misma como norma protectora de los derechos de las personas.

Aunado a lo anterior, la práctica promovida con la inclusión de la obligación de no devolución en los instrumentos de derechos humanos<sup>505</sup> también evidencia una *opinio iuris* que ha permitido el surgimiento de una norma consuetudinaria cuyo contenido se ha ido ampliando hasta permitir proteger a cualquier persona contra el retorno involuntario, que puede ponerles en peligro.

En efecto, la inclusión de la no devolución como una garantía necesaria para la protección de la persona humana ha llegado a considerarse una acción prohibida para todos los miembros de la sociedad internacional en los casos en que se tema la exposición de los individuos a torturas, tratos inhumanos o degradantes o cualquier otro tratamiento o castigo. Por ello, la interpretación y observancia de la norma consuetudinaria de *non refoulement* no podría realizarse únicamente respecto al artículo 33 (1) de la Convención de 1951, pues su evolución en el campo de los derechos

---

<sup>505</sup> En el ámbito europeo, la prohibición de devolver se ha incluido entre las situaciones que pueden ser consideradas como tortura, o tratos humanos o degradantes en virtud el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950. En el ámbito latinoamericano el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 establece una disposición sobre la no devolución. El Art. 3.1 de la Convención de contra la Tortura y otros tratos o penas crueles o degradantes de 1984, prohíbe la no devolución.

humanos le ha dado fuerza para dicha consideración, al punto que en el ámbito del Derecho internacional, a esta altura, resulta difícil analizarlo en ausencia de dichos instrumentos.

En el ámbito del Derecho internacional de los refugiados la observancia y aplicabilidad de la prohibición de devolución es una práctica reiterada por parte de los Estados, además cómo ha podido observarse en el desarrollo de este capítulo parece que existe una convicción de ser jurídicamente vinculante. Estos dos elementos son los que dan forma a la costumbre y es precisamente ésta la posición doctrinal más defendida entre los especialistas en el tema.

En el estudio más reciente sobre el alcance y el contenido de la no devolución, LAUTERPACHT y BETHLEHEM<sup>506</sup> han afirmado la existencia de una norma consuetudinaria, fundamentando dicha consideración en la interpretación ampliada de la no devolución, en virtud de la cual se establece una prohibición expresa de cualquier forma de expulsión de un extranjero a un Estado donde sus derechos fundamentales puedan ser afectados, ya que estos representan el estándar mínimo universal cuya validez no puede derogarse. Esta prohibición incluye además las actividades de interceptación, rechazo en frontera o devolución indirecta.

Pero hay quienes, sin negar la naturaleza consuetudinaria de este principio prefieren considerar que es prematuro hablar de un carácter general. Entre estos, FELICIANO expresa que “thus it appears that *non refoulement* is a principle not of general customary law but of regional or hemispherical customary law, being widely or generally acknowledged in the non-socialist part of the globe”<sup>507</sup>. En la opinión de este autor, la consideración de la obligación de no devolución estaría limitada al continente europeo, al continente americano y al africano, que fueron precisamente las regiones donde han concurrido los elementos necesarios para se genere una norma

---

<sup>506</sup> LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...*, cit, párr.253, pág. 87.

<sup>507</sup> FELICIANO, F.P.: “The principle of Non refoulement: A note on International Legal Protection of refugees and displaced persons”, *Philippine Law Journal*, vol. 57, 1982, págs. 608-609.

consuetudinaria, por que la generalidad y la universalidad según este autor no son características del principio de no devolución<sup>508</sup>.

Pero a pesar de estas opiniones que pretenden restar generalidad a la prohibición de devolución, LAUTERPACHT y BETHLEHEM prefieren resaltar su aceptación generalizada y no rechazo por parte de los Estados: “in view of the evident lack of expressed objection by any State to the normative character of the principle of non-*refoulement*, we consider that non-*refoulement* must be regarded as a principle of customary international law<sup>509</sup>”.

Ante la amplísima aceptación de la no devolución en los ordenamientos internos de los Estados, la práctica uniforme de todos aquellos Estados -sean o no parte de la Convención- la inclusión en las convenciones internacionales, la mención obligada de la observancia de esta obligación en todas y cada una de las reuniones o conferencias estatales, la repetición en varias de las Conclusiones del ACNUR, y la convicción de que su aplicabilidad y observancia es respetada por gran parte de los Estados que forman la sociedad internacional, parece que existen suficientes pruebas de la existencia de una norma consuetudinaria de carácter general.

La protección que se deriva de la no devolución está fundamentada en la salvaguardia de la persona a través de su acogida en el territorio del Estado receptor y en el resguardo contra el retorno involuntario como garantía de los derechos fundamentales cuya violación no está permitida en el Derecho internacional. Ante tal afirmación la obligatoriedad de la prohibición de devolución resulta indiscutible para la sociedad internacional en su conjunto.

En este sentido, LAUTERPACHT y BETHLEHEM<sup>510</sup>. explican que la consideración de la no devolución como norma consuetudinaria se encuentra

---

<sup>508</sup> El autor fundamenta esta opinión en la falta de ratificación del Convención de 1951 y del Protocolo por parte de los Estados en Asia, quienes además se encontraban especialmente afectados por los flujos masivos de refugiados. *Vid.* FELICIANO, F.P.: “The principle of Non refoulement, op cit., pág. 609.

<sup>509</sup> LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...* , cit, párr.216, pág. 70

<sup>510</sup> LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...* , cit, párrs.196-215, págs. 62-70. Estos autores fundamentan dicha consideración en el análisis aplicado a la no devolución de la sentencia North Sea Continental Shelf case: “the Court identified three elements that will be material to any determination

fundamentada en tres elementos a) el carácter fundamental creador de la norma, b) el amplio y representativo apoyo de los Estados c) la práctica y reconocimiento general por parte de los Estados.

Como prueba de su carácter fundamental creador del *non refoulement* puede señalarse su desarrollo como disposición esencial en tratados internacionales como la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles o degradantes de 1984, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y la Convención de la OUA de 1969 y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981, como se indicara con anterioridad.

Este carácter normativo puede además identificarse en Declaraciones y resoluciones, entre las cuales se puede mencionar los Principios relativos al tratamiento de los Refugiados del Comité Consultivo Legal Asiático-Africano (AALCC), la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial de 1967, la Declaración de Cartagena de 1984.

Además, hay que tener en cuenta las interpretaciones que se han ido dando en relación a ciertas normas que en su redacción inicial no han establecido dicha prohibición y que posteriormente han reconocido la devolución como una acción prohibida. Tal es el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950<sup>511</sup> y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>512</sup>.

---

of whether such a process of crystallisation has occurred. First, the conventional rule “should, at all events potentially, be of a fundamentally norm-creating character such as could be regarded as forming the basis of a general rule of law”. Second, “even without the passage of any considerable period of time, a very widespread and representative participation in the convention might suffice of itself, provided it included that of States whose interests were specially affected”. Third, within whatever period has passed since the first expression of the conventional rule, “State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked; - and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved” (North Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ Reports 1969, págs. 72-73).

<sup>511</sup> “Article 3 [of the ECHR] makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible ... This absolute prohibition of torture and of inhuman or degrading treatment or punishment under the terms of the Convention shows that Article 3 enshrines one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe. It is also to be found in similar terms in other international instruments such as the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights and the 1969 American Convention on Human Rights and is generally recognised as an internationally accepted standard. The question remains whether the extradition of a fugitive to another State where he would be subjected or be likely to be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment would itself engage the responsibility of a Contracting State under Article 3. That the abhorrence of torture has such

La prohibición de la no devolución posee un amplio y representativo apoyo estatal. Dicha afirmación puede fundamentarse en la ratificación significativa de los Estados en la Convención de 1951, en el Protocolo de 1967 y en la Convención contra la Tortura, el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, lo que nos permite afirmar la existencia de una obligación a la que los Estados han manifestado su voluntad de acogerse y de respetarla.

Con relación a la práctica y reconocimiento por parte de los Estados, podría volverse a citar el consenso en la inclusión y reconocimiento de dicha obligación en las Declaraciones no vinculantes como la Declaración de Asilo Territorial y la Declaración de Cartagena, las cuales reflejan un apoyo para la consideración de la norma como derecho consuetudinario. Además esta aceptación se ha visto traducida en la incorporación de estos tratados internacionales y de los contenidos de estas

---

implications is recognised in Article 3 of the United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, which provides that ‘no State Party shall ... extradite a person where there are substantial grounds for believing that he would be in danger if being subjected to torture’. The fact that a specialised treaty should spell out in detail a specific obligation attaching to the prohibition of torture does not mean that an essentially similar obligation is not already inherent in the general terms of Article 3 of the European Convention. It would hardly be compatible with the underlying values of the Convention, that ‘common heritage of political traditions, ideals, freedoms and the rule of law’ to which the Preamble refers, were a Contracting State knowingly to surrender a fugitive to another State where there were substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture, however heinous the crime allegedly committed. Extradition in such circumstances, while not explicitly referred to in the brief and general wording of Article 3, would plainly be contrary to the spirit and intendment of the Article, and in the Court’s view, this inherent obligation not to extradite also extends to cases in which the fugitive would be faced in the receiving State by a real risk of exposure to inhuman or degrading treatment or punishment proscribed by that Article” (Soering vs. United Kingdom, (7 de Julio de 1989) ILR vol. 270, párr.88).

<sup>512</sup> “2. The aim of the provisions of article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights is to protect both the dignity and the physical and mental integrity of the individual. It is the duty of the State party to afford everyone protection through legislative and other measures as may be necessary against the acts prohibited by article 7, whether inflicted by people acting in their official capacity, outside their official capacity or in a private capacity. ... 3. The text of article 7 allows of no limitation. The Committee also reaffirms that, even in situations of public emergency such as those referred to in article 4 of the Covenant, no derogation from the provision of article 7 is allowed and its provisions must remain in force. The Committee likewise observes that no justification or extenuating circumstances may be invoked to excuse a violation of article 7 for any reasons, including those based on an order from a superior officer or public authority. ..8. The Committee notes that it is not sufficient for the implementation of article 7 to prohibit such treatment or punishment or to make it a crime. States parties should inform the Committee of the legislative, administrative, judicial and other measures they take to prevent and punish acts of torture and cruel, inhuman and degrading treatment in any territory under their jurisdiction. 9. In the view of the Committee, States parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement. States parties should indicate in their reports what measures they have adopted to that end. ...” (Human Rights Committee, *General Comment 20 Article 7*(Forty-fourth session, 1992), *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 al 30 (1994).



Declaraciones en las legislaciones internas y en el desarrollo de normativas concretas al respecto: “The widespread incorporation of this principle into the internal legal order of States can be taken as evidence of State practice and *opinio juris* in support of a customary principle of *non-refoulement*”<sup>513</sup>.

En todo lo anterior existen suficientes indicios para deducir que la formación de la norma consuetudinaria de no devolución partió de la norma convencional prevista por la Convención de 1951. LAUTERPACHT y BETHLEHEM<sup>514</sup> indican que la formación consuetudinaria de la no devolución se ha desarrollado en dos contextos diferentes, a saber su desarrollo en el marco de los refugiados y en el de los derechos humanos. Pero precisan que aun cuando se reconoce la existencia de contenidos distintos en el Derecho internacional de los refugiados<sup>515</sup> y en el de los derechos humanos<sup>516</sup>, el alcance y contenido en estos ámbitos ha implicado la práctica y la *opinio iuris* en relación con las obligaciones impuestas<sup>517</sup>: “The principal point of distinction between *non-refoulement* in a refugee context and in the context of human rights arises in respect of the nature of the risk. Whereas *non-refoulement* in a refugee context is predicated of a threat of

---

<sup>513</sup> LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...*, cit, párrs.196-215, párr. 213, pág. 69.

<sup>514</sup> LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...*, cit, párrs.196-215, párr. 217, pág. 71

<sup>515</sup> “The content of the customary principle of non-refoulement in a refugee context may be expressed as follows: 1. No person seeking asylum may be rejected, returned or expelled in any manner whatever where this would compel them to remain in or to return to a territory where they may face a threat of persecution or to life, physical integrity or liberty. Save as provided in paragraph 2, this principle allows of no limitation or exception. 2. Overriding reasons of national security or public safety will permit a State to derogate from the principle expressed in paragraph 1 in circumstances in which the threat does not equate to and would not be regarded as being on a par with a danger of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment and would not come within the scope of other non-derogable customary principles of human rights. The application of these exceptions is conditional on strict compliance with due process of law and the requirement that all reasonable steps must first be taken to secure the admission of the individual concerned to a safe third country”(LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...*, cit, párr. 219, pág.71).

<sup>516</sup> “The content of the principle of non-refoulement in a human rights context is relatively easily identified as the principle is in large measure an implied derivation from the commonly formulated prohibition of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Nevertheless, three elements must be distinguished: a) the scope of the customary prohibition of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; b) non-refoulement as a fundamental component of the customary prohibition of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; c) the content of non-refoulement as a component of the customary prohibition of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment”(LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...*, cit, párr. 221, pág.73).

<sup>517</sup> “As with the scope and content of the customary principle of non-refoulement in a refugee context, the parameters of the principle in the context of human rights must also reflect the crystallisation of State practice and *opinio juris*” (LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...*, cit, párr. 220, pág. 72).

persecution, the essential element of *non-refoulement* in a human rights context is a risk of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. This element flows explicitly from the formulation of the underlying prohibition. While this amounts to a clear distinction between *non-refoulement* in a refugee context and in the context of human rights more generally, in practice the distinction is likely to be more apparent than real given the potential overlap of the two types of risk”<sup>518</sup>.

De esta manera, la conformación de la norma consuetudinaria de no devolución es el resultado de la convergencia que se ha dado entre el artículo 33 y la protección de la persona humana en los ámbitos de las Convenciones que desarrollan dicha prohibición. Por tanto, la aplicación del principio de no devolución resulta obligatoria para todos los Estados, hayan asumido o no la obligación por vía convencional<sup>519</sup>, por ser una norma obligatoria y vinculante<sup>520</sup> cuya aplicación se ha hecho general<sup>521</sup>.

---

<sup>518</sup> LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...*, cit, párr.244. “The risk threshold in respect of non-refoulement in a human rights context may best be described as circumstances in which substantial grounds can be shown for believing that the individual would face a real risk of being subjected to torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. This reflects the fullest formulation of the threshold articulated in international practice” (LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...*, cit, párr. 249).

<sup>519</sup> “Para la validez de la costumbre, para que una norma consuetudinaria se imponga a un Estado, no se necesita que haya sido aceptada expresa o tácitamente por ese Estado: es menester solamente que haya sido generalmente aceptada. No depende si validez, entonces, del consentimiento de cada uno de los Estados partes en el litigio, sino de la voluntad que pueda desprenderse de la generalidad de la comunidad internacional” (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., pág. 60).

<sup>520</sup> Para inferir las prácticas generalmente aceptadas se debe analizar las prácticas seguidas por los Estados “la determinación de una regla consuetudinaria resulta de un razonamiento inductivo de que infiere de la conducta de los Estados una norma abstracta”. No basta analizar uno o dos Estados “por lo menos hay que ver si determinada práctica es seguida por los Estados que se encuentran o han encontrado en situación de aplicarla” (JIMÉNEZ DE ARRECHAGA, E.: *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., págs. 63-64).

<sup>521</sup> “The essential content of the principle of non-refoulement at customary law may be stated as follows: 1. No person shall be rejected, returned or expelled in any manner whatever where this would compel them to remain in or return to a territory where substantial grounds can be shown for believing that they would face a real risk of being subjected to torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. This principle allows of no limitation or exception. 2. In circumstances which do not come within the scope of paragraph 1, no person seeking asylum may be rejected, returned or expelled in any manner whatever where this would compel them to remain in or to return to a territory where they may face a threat of persecution or to life, physical integrity or liberty. Save as provided in paragraph 3, this principle allows of no limitation or exception. 3. Overriding reasons of national security or public safety will permit a State to derogate from the principle expressed in paragraph 2 in circumstances in which the threat of persecution does not equate to and would not be regarded as being on a par with a danger of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment and would not come within the scope of other non-derogable customary principles of human rights. The application of these exceptions is conditional on the strict compliance with principles of due process of law and the requirement that all

En este orden de ideas, siguiendo a MARIÑO MENÉNDEZ, la norma del *non refoulement* es una norma consuetudinaria 'autoejecutiva', es decir, completa y susceptible de producir efecto directo en el ordenamiento interno de todo Estado sin necesidad de que éste haya procedido a su 'incorporación' o 'aplicación' por vía de normas internas. Siendo así, toda persona podría alegar su derecho al *non refoulement* ante las autoridades internas"<sup>522</sup>.

En definitiva, esta norma consuetudinaria obliga a los Estados, al menos a aceptar a las personas en su territorio, como medida de protección inmediata, ya que no existe en la normativa internacional el derecho subjetivo a disfrutar del asilo, por lo que la obligatoriedad de la prohibición de devolución<sup>523</sup> se entiende como única norma de garantía mientras se determina la posibilidad de solicitar o se espera a ser reconocido como refugiado.

## 5.2. La prohibición de devolución y las normas imperativas

El ordenamiento jurídico internacional se encuentra integrado por normas dispositivas (*ius dispositivum*) y normas imperativas (*ius cogens*). La esencia de las primeras radica en la facultad que concede el ordenamiento positivo a los sujetos para que puedan modificar, por obra de su voluntad, en el seno de sus relaciones mutuas el alcance de la regulación dispuesta por el Derecho. Por el contrario, las normas imperativas no admiten acuerdo en contrario, ya que protegen los intereses fundamentales o esenciales que la sociedad internacional precisa para su supervivencia y, en consecuencia, imposibilitan a los sujetos el sustraerse de las mismas. Dicho de otro modo, las normas de *ius cogens* están por encima de las voluntades estatales en tanto que no pueden ser

---

reasonable steps must first be taken to secure the admission of the individual concerned to a safe third country"(LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...* , cit, párr. 253, pág. 87).

<sup>522</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, F.: "Asilo y sus modalidades en el Derecho Internacional", en MARIÑO MENÉNDEZ Y OTROS: *Derecho de extranjería...*, cit., pág. 515). En el mismo sentido, NIKKEN, P.: "El concepto de derechos humanos...", cit., pág. 22; LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...* , cit, párrs.196-215, pág. 155.

<sup>523</sup> COLES, J.G.: "Temporary Refuge and the Large-Scale Influx of Refugees", paper submitted to the UNHCR Meeting of the Expert Group on Temporary Refuge in Situations of Large-Scale Influx, Geneva, Apr. 21-24, 1981, EC/SCP/16/Add.1, July 17, 1981, pág. 6.

derogadas mediante acuerdos de voluntades entre los Estados<sup>524</sup>. Por tanto, el Derecho internacional en la actualidad no se reduce solamente a ser un producto resultante de la voluntad de los Estados, sobre la base del principio de la soberanía estatal, sino que la autonomía de la voluntad de los Estados es limitada<sup>525</sup>, pues, los conceptos abstractos de libertad y de soberanía absoluta de los Estados son incompatibles con la existencia misma de una sociedad internacional<sup>526</sup>.

La norma de *ius cogens* se presenta como una norma de Derecho internacional general, jerárquicamente superior y cuya importancia viene determinada por la sociedad internacional. Esta afirmación tiene su razón de ser en el hecho de que las normas de *ius cogens* tienen por finalidad la consecución de los fines esenciales del Derecho internacional; es decir, responden a la utilización de una técnica encaminada a establecer la tutela y salvaguardia de intereses fundamentales de la sociedad internacional. Por tanto, las normas de *ius cogens* son unas normas jurídico-internacionales superiores a la voluntad individual de los Estados, que son aceptadas y reconocidas por la *sociedad internacional en su conjunto*, derivando de un consenso general de los Estados referido a ciertos valores jurídicos, no siendo susceptibles de acuerdo en contrario y qué sólo podrán ser derogadas por otras normas posteriores que tengan el mismo carácter.

---

<sup>524</sup> Respecto a las características de las normas de *ius cogens* puede consultarse VIRALLY, M.: *Le Droit International en Devenir*, Presses Universitaires de France, Paris, 1990, págs. 148-158.

<sup>525</sup> “All changes which have occurred in the field of international law must be related, if one wishes to understand their substance, with the changes which have taken place in the role of States in its framework. Truly, although States represent main subjects of international law, yet owing to the forces in the contemporary international community, they have begun gradually to change their attitudes and behaviour. We are now such a phase in the evolution of the global community when the sovereignty of States is subject to profound transformations. The mechanism of supervision of implementation of international obligations (the most characteristic in this context is the evolution in the human right field) has developed to such an extent that international political and legal bodies and even particular States have increasing possibility to participate directly in the supervision of internal life of other states. That situation resulted in two very important consequences. First of all, the legal personality of individuals has become in considerable degree autonomous with the extension of the international protection of human rights within internal legal system of States. Independently of the fact that governments have still full power over everything within their respective territories, their responsibility for the implementation of obligations and general norms of international law has increased. The limitations imposed on the States are a clear expression of the rise of the authority of international law in relation to their sovereignty” (SAHOVIC, M.: “The concept of International Law at the end of the Twentieth Century”, PATHAK, R.S.; DHOKALIA, R.P.: *International Law in Transition*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992, págs. 92-93)

<sup>526</sup> *Vid.* SPERDUTI, G.: “La souveraineté, le droit international et la sauvegarde des droits de la pesonne, en DINSTEIN, Y. (ed): *International Law at a Time of Perplexity*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1989, págs. 879-886.

Esta afirmación permite sostener la *inderogabilidad* como nota esencial de las normas de *ius cogens*, pero no exclusiva. En otras palabras, la inderogabilidad de las normas de *ius cogens* es una característica inherente a las mismas resultante de su propia naturaleza imperativa, pero ello no significa que todas las normas inderogables sean de *ius cogens*, pues mediante estipulación expresa interpartes puede acordarse la inderogabilidad de una norma y, como es obvio, tal circunstancia no implica estar ante una norma imperativa.

El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 dispone que una norma de *ius cogens* es una norma aceptada y reconocida, por la sociedad internacional en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario, y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter. El precepto indicado formula una concepción mutable y cambiante, y no rígida e inmutable, de *ius cogens*, siendo dicha institución esencialmente abierta y dinámica y de ahí que, ante la ausencia de un texto donde se enumeren, la determinación de las normas imperativas de Derecho internacional sea un problema de difícil solución.

Las fuentes formales de Derecho podrán generar normas de *ius cogens* encaminadas a la consecución de los fines esenciales del Derecho internacional; sin embargo, el origen consuetudinario de todas las normas de *ius cogens* aceptadas en la actualidad como tales es innegable<sup>527</sup>. Como es obvio, a partir de tal planteamiento, una norma para ser de *ius cogens* debe ser universal, pero no toda norma de Derecho internacional general es de *ius cogens*. Así, siguiendo a CARRILLO SALCEDO<sup>528</sup>, en el Derecho internacional contemporáneo son normas de *ius cogens* las relativas a 1) La existencia de unos derechos fundamentales de la persona humana que todo Estado tiene el deber de respetar y proteger; 2) El derecho de los pueblos a su libre determinación; 3) La prohibición del recurso al uso de la fuerza o a la amenaza de fuerza en las relaciones internacionales y la obligación de arreglo pacífico de las controversias internacionales y 4)

---

<sup>527</sup> A modo de ejemplo, los apartados 3 y 4 del artículo 2 de la Carta han recogido unas normas de origen consuetudinario, esto es, la Carta ha constitucionalizado *a posteriori* unas normas de *ius cogens*. Por otra parte, el artículo 53 de la Convención de Viena habla de normas de Derecho internacional general y cabe sostener que las actuales normas internacionales con carácter de *ius cogens* tienen un origen consuetudinario, con independencia de que después sean recogidas en instrumentos convencionales.

<sup>528</sup> CARRILLO SALCEDO, J: *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1976, pág. 284.

La igualdad de *status* jurídico de los Estados y el principio de no intervención en asuntos que sean de la jurisdicción interna de los Estados.

Del planteamiento efectuado se deduce que la relación entre disposiciones de *ius cogens* y normas dispositivas debe resolverse en atención al principio de jerarquía normativa, por lo que si se pacta una norma dispositiva que esté en oposición con una norma imperativa será nula por infracción del referido principio. En efecto, la norma de *ius cogens* determina la nulidad *ab initio* -efectos *ex tunc*- de las normas dispositivas opuestas a ella. Así pues, no hay jerarquía entre las fuentes del Derecho internacional, pero sí entre sus normas, (jerarquía normativa), ya que una norma de *ius cogens* primará sobre cualquier otra norma -incluso posterior- que no revista esta naturaleza<sup>529</sup>. En consecuencia, como asevera DUPUY, el ordenamiento internacional pierde su carácter eminentemente dispositivo y, de esta forma, sus normas ya no revestirán idéntico rango normativo: "el *ius cogens* introduce el principio de jerarquía de normas en el Derecho internacional general"<sup>530</sup> que es resultado de la nulidad absoluta en que incurren todos los acuerdos internacionales que se opongan a las normas imperativas.

En cuanto a su naturaleza normativa existen posiciones encontradas respecto a la consideración de la no devolución como una norma perteneciente al llamado *ius cogens*<sup>531</sup>. Los autores que consideran que la no devolución es una norma de *ius cogens* parten de la íntima relación que se ha establecido entre ésta y la protección de los derechos humanos. Así, de conformidad con el listado propuesto por CARRILLO SALCEDO de normas imperativas, la no devolución se incluiría en el apartado relativo

---

<sup>529</sup> Sostiene SÁNCHEZ RODRÍGUEZ que "puede afirmarse que las normas internacionales de *jus cogens* no están situadas exactamente en una posición de superioridad jerárquica sobre las restantes normas, pues de conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados la relación de las normas imperativas con las normas dispositivas convencionales no es de primacía, sino que establece la máxima fuerza de resistencia contra éstas: su nulidad y terminación" (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L: Derecho internacional y crisis internacionales, Iustel, Madrid, 2005, pág. 42).

<sup>530</sup> DUPUY, R: "Cours général de Droit international public", en *RCADI*, 1979, t. 165, págs. 201-203.

<sup>531</sup> Entre ellos ALLAIN, J.: "The *jus cogens* nature of non-refoulement", en *IJRL*, vol. 13, n° 4, 2002, págs. 533-558; GOODWIN-GILL, G.: *The Refugee...*, cit., págs. 118-127; GALINSOGA JORDÁ, A.: "El Estatuto de los refugiados ...", cit., págs. 52-54; O'DONNELL, D.: *Protección internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989, pág. 230; MARÍÑO MENÉNDEZ, F.: "El asilo y sus modalidades en Derecho internacional", en MARÍÑO MENÉNDEZ, F. (ed.): *Derecho de Extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asunto Exteriores Sociales/INSERSO, Madrid, 1995, págs. 514, GROS ESPIELL, H.: *Derechos Humanos*, Instituto Peruano de Derechos Humanos, Cultural Cuzco, Lima, 1991, pág. 512. Así como instrumentos internacionales como la Declaración de Cartagena sobre el Problema de los Refugiados en el Continente Americano de 1984, inciso 5.

a los derechos fundamentales de la persona humana que todo Estado tiene el deber de respetar y proteger porque la no devolución no sólo es un derecho fundamental, que se engloba en la esfera del núcleo duro de los derechos humanos (inderogables), sino que además se constituye en un mecanismo esencial encaminado a la protección jurídica de los restantes derechos humanos fundamentales. En otras palabras, atendiendo a que la tutela de los derechos fundamentales de la persona es pacíficamente considerada como norma imperativa, un corolario a estos derechos es la no devolución y, por ende, también constituye un ejemplo de norma imperativa inderogable<sup>532</sup>.

Se ha afirmado que la no devolución reúne las características para ser catalogada como una norma de *ius cogens* internacional y, para apoyar esta posición, se recurre al hecho de que el *non refoulement* no está solamente contenido en las normas relativas a la protección de los refugiados, sino que además encuentra un desarrollo normativo importante fuera del Derecho internacional de los refugiados, concretamente en el ámbito de los derechos humanos<sup>533</sup>. Al respecto GALINSOGA JORDÁ considera que la obligatoriedad de la no devolución se deduce: “del conjunto de normas vigentes, de los instrumentos normativos no vinculantes, de la práctica estatal, de su coherencia y necesidad en el *conjunto* del ordenamiento”, además añade que “el hecho de que no se admitan reservas a esta disposición (art. 42 del Convenio y VII del Protocolo) constituye evidencia de su carácter imperativo”<sup>534</sup>.

Como referencia relevante en apoyo a esta afirmación, el Comité Ejecutivo del ACNUR promovió a partir de 1987 la caracterización de la no devolución como una norma de *ius cogens*<sup>535</sup>. Desde entonces esta perspectiva ha sido la posición institucional del ACNUR, siendo reiterada recientemente en el marco de la *Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la protección de los refugiados en América*

---

<sup>532</sup> GALINSOGA JORDÁ, A.: “El Estatuto de los refugiados ...”, cit., págs. 53.

<sup>533</sup> Entre los instrumentos que desarrollan esta prohibición están la Convención en contra de la Tortura y otros tratos o penas crueles o degradantes de 1984 (art.3.1), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (art. 12), Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (art. 22.8) y la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (art.3).

<sup>534</sup> GALINSOGA JORDÁ, A.: “El Estatuto de los refugiados ...”, cit., págs. 52.

<sup>535</sup> UNHCR, Executive Committee of the High Commissioner's Programme, Summary Record of the 431st Meeting, UN Doc. A/AC.96/SR.431, para.32 (1988).

*Latina*, afirmando que el Derecho internacional de los refugiados y el Derecho interno de los Estados imponen, a través de la no devolución, límites insoslayables a la facultad de los Estados de controlar el cruce de la frontera y que esta prohibición tiene, en efecto, el mismo carácter absoluto que las obligaciones de derechos humanos cuyo cumplimiento se trata de garantizar, por ello en dicha reunión se afirmó la existencia de “un vínculo directo entre el carácter de *ius cogens* del *non refoulement* y el compromiso de los países de América Latina con el mantenimiento de las fronteras abiertas para garantizar la protección y la seguridad de quienes tienen el derecho a la protección internacional”<sup>536</sup>.

Por su parte GORTÁZAR ROTAECHE, tras de un análisis exhaustivo, expone que “(...) la regla de *non refoulement* forma parte del *ius cogens* internacional, ya que los derechos humanos básicos- el derecho a la vida, y a la libertad-, son ejemplo claro de norma de *ius cogens* y, como corolario de ellos, debe seguirse el derecho de *non refoulement*”. Y con relación a las consecuencias de esta opinión, considera que “esta catalogación de la regla de *non refoulement* como norma general imperativa tiene indudables consecuencias en cuanto a la relación con otras normas jurídicas- sean convencionales o consuetudinarias-, sobre las que, incluso en un ordenamiento no regido por el principio de jerarquía normativa, primarían de modo absoluto y con carácter inderogable”<sup>537</sup>.

La determinación de una norma de *ius cogens* en el Derecho internacional no es una tarea sencilla y su consideración ha sido un tema bastante controvertido en el ordenamiento jurídico internacional. Así, según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “[u]na norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

---

<sup>536</sup> *Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la protección de los refugiados en América Latina Declaración*, Preámbulo, párr.7, en [www.acnur.org/biblioteca/pdf/3016.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3016.pdf).

<sup>537</sup> GORTÁZAR ROTAECHE, C.: *Derecho de asilo y “no rechazo”*, cit., pág. 372.



Tomando como base la norma del Convenio de Viena antes transcrita, se puede afirmar que las normas de *ius cogens*, no admiten pacto en contrario, son parte del Derecho internacional general, son aceptadas y reconocidas por los Estados en conjunto y que sólo pueden ser modificadas por otra norma de la misma naturaleza y fuerza vinculante<sup>538</sup>. En el artículo 64 del Convenio de Viena se precisa además que si surge una nueva norma imperativa de Derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

Estas disposiciones identifican las características de las normas de *ius cogens* pero no les otorga contenido<sup>539</sup>, lo cual ha generado una dificultad que se ha traducido en discusiones y enfrentamientos a la hora de determinar la naturaleza jurídica reglas, como ocurre precisamente con el *non refolulement*. Ahora bien, cabe advertir con PASTOR RIDRUEJO que la enumeración de las normas imperativas en un texto resultaría difícil, pues “se trataría nada menos que de redactar algo parecido a una Constitución de la comunidad internacional”<sup>540</sup>. Y, además, como indican GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, es cierto que “no existe hoy ningún texto internacional donde se identifiquen las normas de *ius cogens*. Pero, frente a lo afirmado por algún sector de la doctrina, ello no introduce en modo alguno un elemento de incertidumbre sobre el derecho imperativo. Basta reparar, en primer lugar, que tampoco existe una identificación similar respecto al resto del Derecho internacional general, la costumbre, y al juez corresponderá determinar su existencia y alcance. En segundo término... no hay discrepancias fundamentales sobre las normas o principios de derecho internacional que deben calificarse como imperativas. Finalmente, la identificación del *ius cogens* se facilita acudiendo a la

---

<sup>538</sup> Las normas de *ius cogens* internacional no sólo despliegan una eficacia *erga omnes*, sino que excluyen incluso la posibilidad del pacto válido en contrario. “Las normas de *ius cogens* desbordan pues necesariamente los estrechos límites de la ‘relatividad’ y constituyen la fuente principal de obligaciones jurídicas *erga omnes* en el Derecho internacional actual”. En este sentido, el autor afirma que “las obligaciones *erga omnes* vinculan por igual a todos los Estados” (JUSTE RUIZ, J.: “Las obligaciones ‘*erga omnes*’ en el Derecho internacional público”, en *Estudios de Derecho internacional en Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1979, pág. 227).

<sup>539</sup> YASSEN, K.: “Reflexions sur la détermination du *ius cogens*”, Societe Française pour le Droit International, Colloque de Toulouse, Pédone, 1974.

<sup>540</sup> PASTOR RIDRUEJO, J: *La determinación del contenido del ius cogens*, Anteproyecto de Ponencia al Noveno congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, Madrid, 1972, pág. 13.

Resolución 2625 (XXV), en la que se recogen... los principios estructurales del ordenamiento internacional, núcleo indiscutido de las normas imperativas”<sup>541</sup>.

Como puede observarse, en el ámbito internacional no existen posiciones encontradas acerca de la existencia de normas de *ius cogens*, la discusión más bien se basa en la identificación de estas normas. En palabras de REUTER, el *ius cogens* representa un conjunto de normas consuetudinarias cuyo carácter absoluto se fundamenta en que son objeto de una convicción particular relativa a dicho carácter<sup>542</sup>.

La imperatividad de la no devolución deriva de su naturaleza normativa, además de su fuerte vinculación con el núcleo duro de los derechos humanos fundamentales, pues su defensa es un ejemplo de norma imperativa inderogable: “Dado que la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana es pacíficamente considerada como regla de *ius cogens*, junto al derecho a la vida y a la libertad, y como colorario de ellos, habría que mencionar la regla del *non refolulement*”<sup>543</sup>.

La no devolución como norma general es el resultado de un desarrollo iniciado a partir de la norma inscrita en el artículo 33 de la Convención de 1951, en el cual se establece una prohibición de no devolver a las personas a donde puedan correr riesgos. Pero en esta misma disposición, en el apartado 2 se establecen excepciones que pueden ser interpuestas para la no aplicación de dicha norma, lo que deja en evidencia que no se está frente a una prohibición absoluta; no obstante, esta posibilidad de excepciones de forma general no impide que la no devolución pueda considerarse como una norma de *ius cogens*<sup>544</sup>, pues su naturaleza normativa y su vinculación con la protección de los derechos humanos fundamentales permite reforzar su carácter imperativo, pues su

---

<sup>541</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, J; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P: *Curso de Derecho internacional público*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 112 y 113.

<sup>542</sup> REUTER, P.: *Derecho internacional...*, cit., pág. 49.

<sup>543</sup> GORTÁZAR ROTAECHE, C.: *Derecho de asilo y “No rechazo”*, cit., págs. 367.

<sup>544</sup> “En mi opinión el hecho de que una regla admita excepciones no tiene porque privarle de su carácter de *ius cogens*, pues la regla indiscutible de *ius cogens* es la que prohíbe el recurso a la fuerza armada para la solución de los conflictos y, como es sabido, dicha regla cuenta también con excepciones admitidas por el Derecho internacional para los casos de legítima defensa o cuando razones graves de amenaza para la paz y seguridad mundial las justifiquen” (GORTÁZAR ROTAECHE, C.: *Derecho de asilo y “No rechazo”*, cit., pág. 364).

defensa constituye una norma imperativa que conlleva a la nulidad de todo aquel convenio que lo contradiga<sup>545</sup>.

El artículo 42 de la Convención de Ginebra de 1951 establece en su primer apartado que:

“1. En el momento de la firma de la ratificación o de la adhesión, todo Estado podrá formular reservas con respecto a artículos de la Convención que no sean los artículos 1, 3, 4, 16 (1), 33 y 36 a 46 inclusive”.

Esta disposición permite complementar su consideración como norma imperativa, pues deja claro que en el marco de la Convención de 1951, la no devolución se encuentra incluida entre las disposiciones que no pueden ser objeto de reserva. O sea que representa una prohibición de la que el Estado no puede sustraerse.

Estas prohibiciones respecto a las reservas a la obligación de no devolver sustraen el contenido del artículo a la voluntad del Estado, lo que en Derecho internacional permite indicar la consideración de dicha norma como de *ius cogens*<sup>546</sup>, pues su jerarquía dentro del ordenamiento jurídico limita el carácter dispositivo en el Derecho internacional, al menos *prima facie*.

De esta manera, y en función de la opinión de que existen determinadas normas relativas a la protección de los derechos fundamentales que los Estados están obligados a respetar y proteger por ser estas normas de *ius cogens*<sup>547</sup>, se puede llegar a afirmar que siendo la no devolución una norma protectora de derechos humanos fundamentales que todo Estado tiene el deber de respetar, la misma no puede derogarse pues su inobservancia sería prueba directa de la violación de una norma de *ius cogens*. En este

---

<sup>545</sup> Para GOODWIN-GILL la no devolución no representa un principio absoluto, pues tanto la seguridad nacional como el orden público han sido reconocidos como “potencial justifications for derogation”. Por lo cual afirma que su consideración como norma de *ius cogens* “is far certain, and little is likely to be achieved by insisting on its status as such” (GOODWIN GILL, G.S., *The Refugee...*, cit., págs.139 y 168).

<sup>546</sup> Así, por ejemplo, MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “El asilo y sus modalidades en Derecho internacional”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.): *Derecho de Extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asunto Exteriores Sociales/INSERSO, Madrid, 1995, págs. 514 y 515.

<sup>547</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 151.

sentido, GALINSOGA JORDÁ estima que la necesidad de la no devolución es perentoria “puesto que el *non refoulement* se presenta como la garantía única de protección de dichos derechos fundamentales en las situaciones que contempla”<sup>548</sup>.

Así, la obligación de no devolución prohíbe cualquier forma de expulsión o entrega de un extranjero a un lugar donde su vida, libertad e integridad corran riesgo porque si se llevara acabo dicha acción se estaría poniendo en peligro el respeto a los derechos humanos fundamentales. En este sentido, con el reconocimiento del carácter de norma imperativa, la no devolución se constituye en la “columna vertebral” del Derecho protector de los refugiados.

Con lo anterior, se pretende dejar claro que una disposición de un tratado no tiene carácter imperativo por el solo hecho de que las partes estipulen que no es posible derogarla, pues no es la forma de una norma sino la naturaleza particular de la materia a la que se aplica la que puede darle el carácter de *ius cogens*. Lo que quiere decir que siendo la prohibición de la no devolución una norma meramente convencional en su origen, ha pasado a formar parte del Derecho internacional general<sup>549</sup> y vinculante para todos los miembros de la sociedad internacional, tal como se pronuncian, por ejemplo, CARRILLO SALCEDO<sup>550</sup> y MARIÑO MENÉNDEZ<sup>551</sup>, porque –con independencia de la aceptación de la Convención de 1951- la práctica relativa a la no devolución se ha extendido a esferas de Estados no parte de la misma, pues han entendido que se encuentran ante una obligación jurídica, sin olvidar la constante reiteración de la no devolución por parte de diferentes organizaciones internacionales.

---

<sup>548</sup> GALINSOGA JORDÁ, A.: “El Estatuto de los refugiados ...”, cit., pág. 53.

<sup>549</sup> Sobre el cumplimiento de la no devolución, en tanto que costumbre internacional universal, de los elementos material (práctica) y espiritual (*opinio iuris*), STENBERG, S: *Non-Expulsion and Non-Refoulement*, Uppsala, Juridicum, 1989, pág. 266 y ss. Sobre las posibles dudas de la práctica seguida en la materia por Estados de Asia y Oceanía, GORTÁZAR ROTAECHE, C.: *Derecho de asilo y “No rechazo”*, cit., pág. 350 y ss.

<sup>550</sup> CARRILLO SALCEDO, J: *La Convention Europeenne des Droits de l’Homme et le demandeur d’asile*, en *Le droit de l’asile et des réfugiés: tendances actuelles et perspectives d’avenir. Actes du sisième colloque de Droit Européen*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1987, pág. 33.

<sup>551</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “El asilo y sus modalidades en Derecho internacional”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.): *Derecho de Extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asunto Exteriores Sociales/INSERSO, Madrid, 1995, págs. 514 y 515.

Así, pues, al tenor de dicha práctica, cabe sostener la existencia de una auténtica costumbre internacional universal<sup>552</sup> ya que, como señala y ejemplifica GOODWIN-GILL<sup>553</sup>, cuándo uno de estos Estados no ha sido respetuoso con la no devolución jamás ha dudado ni puesto en tela de juicio su carácter jurídico, sino que se ha justificado alegando que la persona afectada no cumplía los requisitos para ser considerada como refugiado.

En fin, cabe traer a este contexto la afirmación de GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y ANDRES SAENZ DE SANTA MARÍA, cuando escriben que “algunos principios y normas del derecho internacional de los derechos humanos, aun teniendo un origen convencional, han pasado a formar parte del derecho consuetudinario y, por tanto, poseen un alcance general”<sup>554</sup>. Como puede advertirse, esta afirmación realizada en sede de los derechos humanos, es perfectamente aplicable en el ámbito de la no devolución y sostener, en consecuencia, su doble naturaleza convencional y consuetudinaria.

El *non refoulement* es una norma de *ius cogens*, lo que le proporciona unas características particulares en el ámbito internacional que permiten destacar su importancia: “la regla de *non refoulement* forma parte del *ius cogens* internacional; afirmar lo contrario sería negar dicho carácter a los más fundamentales derechos

---

<sup>552</sup> Las costumbres generales tienen un ámbito universal y obligan a todos los Estados de la sociedad internacional, excepto a aquellos que se hayan opuesto a dicha costumbre, de manera inequívoca y expresa, durante su fase de formación. En los *Asuntos sobre la delimitación de la plataforma continental del Mar del Norte*, el TIJ declaró que “es característico de las normas y obligaciones convencionales que se admita, dentro de ciertos límites, la facultad de formular reservas unilaterales; sin embargo, esto no puede ser así en el supuesto de normas y obligaciones de Derecho general o consuetudinario que, por su misma naturaleza, deben aplicarse en iguales condiciones a todos los miembros de la comunidad internacional y no pueden subordinarse a un derecho de exclusión ejercido unilateralmente y a voluntad por cualquiera de los miembros de la comunidad en su propio beneficio. Por consiguiente, parecería probable que, si por cualquier razón, normas u obligaciones de este tipo se incorporan o se intentan reflejar en ciertas provisiones de una convención, tales provisiones figurarán entre aquellas respecto de las cuales no se confiere o se excluye un derecho de reserva unilateral” (CIJ, *Recueil* 1969, pág. 38). No obstante, puede plantearse la cuestión relativa a si una costumbre general vincula a los Estados que no han participado en su formación. En respuesta a esta cuestión cabe decir que “el Derecho internacional no exige, para la formación de la costumbre, el consentimiento de los Estados. El silencio basta y vale como aquiescencia” (CAHIER, Ph: “Cours général de Droit international public”, en *RCADI*, 1985, vol. 195, pág. 233). Por tanto, los Estados que no hayan participado activamente en el proceso de formación de la costumbre, pero que tampoco se hayan opuesto a la misma, quedarán vinculados por la norma consuetudinaria.

<sup>553</sup> GOODWIN-GILL, G.: *The Refugee...*, cit., págs. 168 y 169.

<sup>554</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, J; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P: *Curso de Derecho internacional público*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 742.

humanos; i.e, el derecho a la vida, a la libertad y a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”<sup>555</sup>:

Desde el punto de vista práctico, el ACNUR, a partir de 1982, ha reconocido que la no devolución es una regla de *ius cogens*, y desde entonces ha reiterado dicha afirmación en subsecuentes Conclusiones del Comité Ejecutivo<sup>556</sup>. Esta norma está fundamentada en la protección del “núcleo duro” de los derechos humanos fundamentales, por tanto su obligatoriedad es manifiesta pues su inobservancia los pondría en peligro<sup>557</sup>.

Por tanto, en virtud de su naturaleza normativa, el interés colectivo que la misma produce y la limitación que dicha prohibición supone para los Estados permite afirmar que su obligatoriedad no se asienta en la voluntad de los Estados. Ahora bien, hay que recordar que el artículo 33.2 de la Convención de 1951 dispone las siguientes excepciones: “Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”. Atendiendo a esta admisibilidad de excepciones cabe preguntarse si ello es un obstáculo insalvable para la consideración de la no devolución como norma imperativa. La respuesta es negativa. Por vía de ejemplo, la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, que es una norma de *ius cogens* pacíficamente aceptada, también admite como excepciones la legítima defensa y la fuerza utilizada en el marco del sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas y no por ello se pone en duda su carácter de *ius cogens*. Así, la vigencia de la no devolución como norma imperativa no depende de las posibles excepciones que puedan versar sobre la misma, sino de la condición imperativa de su contenido.

---

<sup>555</sup> GORTÁZAR ROTAECHE, C.: *Derecho de asilo y “No rechazo”*, cit., pág. 368.

<sup>556</sup> Por ejemplo en: Conclusión No.25 (XXXIII) de 1982, Conclusión No.79 (XLVII) de 1996.

<sup>557</sup> En la Nota de Protección Internacional, de 7 de marzo de 1994, se afirma que la mayoría de los países no obligados por la Convención “han reafirmado y demostrado su apoyo a los principios fundamentales de protección, particularmente al principio de no devolución, reconociendo al menos implícitamente su carácter normativo” (Documento A/AC.96/830).

Pero, a pesar de su consideración como norma imperativa o de *ius cogens*, no es posible afirmar que la prohibición de devolución pudiera equivaler a un derecho subjetivo individual al asilo en el Derecho internacional. Así, si bien un Estado no puede negarse a recibir a las personas necesitadas de protección, debe, en virtud de esta obligación de no devolución, acogerlo en su territorio. Sin embargo, en ningún caso está obligado a dar el asilo, lo que deja en clara evidencia que si bien puede hablarse de un derecho de no devolución, el mismo no implica una acogida permanente en el territorio de un Estado y puede dar paso a otras formas de protección, como el envío a un tercer país seguro o el otorgamiento de protección temporal: “This does not mean however, that States are free to reject at the frontier without constraints, those who have a well-founded fear of persecution. What it does mean is that, where states are not prepared to grant asylum to persons who have well-founded fear of persecution, they must adopt a course that does not amount to *refoulement*. This may involve removal to a safe third country or some other solution such as temporary protection or refuge. No other analysis, in our view, is consistent with the terms of article 33 (1)”<sup>558</sup>.

Esta naturaleza normativa de la no devolución es un claro ejemplo de la evolución en la protección internacional en función de las limitaciones impuestas a las competencias estatales y ha permitido elevar dicha necesidad de protección a un interés colectivo que no podría haberse logrado tiempo atrás cuando la interrelación entre el Derecho internacional de los derechos humanos y la de los refugiados parecía no existir y la Convención de 1951 era interpretada en solitario.

### 5.3. La no devolución y el efecto *erga omnes*

La cuestión a tratar en este apartado es la relativa a los efectos *erga omnes* u obligaciones que tienen los Estados frente a toda la sociedad internacional. La sentencia del Tribunal Internacional de Justicia, de fecha 5 de febrero de 1970, relativa *al Asunto Barcelona Traction Light and Power Company Limited*, dispuso la distinción esencial entre efectos *erga omnes* u “obligaciones de los Estados con la comunidad internacional en su conjunto” y obligaciones “que nacen con respecto a otro Estado”. La referida sentencia

---

<sup>558</sup> LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...*, cit, págs. 164.

añade que "por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los intereses en juego, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos; por tanto, las obligaciones en este caso son obligaciones *erga omnes*"<sup>559</sup>. Según el TIJ, las referidas obligaciones "resultan, por ejemplo, de la ilegitimidad de los actos de agresión y del genocidio en el Derecho internacional contemporáneo, así como de los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial"<sup>560</sup>. Las obligaciones de los Estados pueden tener una eficacia normativa respecto a otro Estado o respecto a toda la sociedad internacional (efecto *erga omnes*). La eficacia de las normas *ius cogens* es siempre *erga omnes*. Así pues, la eficacia de las normas de *ius cogens* será siempre *erga omnes* mientras que la eficacia de las normas dispositivas podrá ser *erga omnes* o no.

El efecto *erga omnes* no es exclusivo de las normas de *ius cogens* y así, por vía de ejemplo, en el ámbito del Derecho del Mar, el artículo 3 de la Convención recoge la regla de que "todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con esta Convención". Pues bien, "dada la amplia aceptación de este límite en la Conferencia y la práctica actual de los Estados, cabe decir que estamos ante un principio de Derecho internacional general, oponible *erga omnes*"<sup>561</sup>. También puede ejemplificarse el tema con las declaraciones francesas relativas a la cesación de las pruebas nucleares: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia, de 20 de diciembre de 1974, sobre el Asunto de las pruebas nucleares, determinó la naturaleza *erga omnes* de dichas declaraciones. Así pues, no todas las obligaciones *erga omnes* derivan del *ius cogens*, sino que pueden derivar de normas dispositivas.

Como puede advertirse, en principio, todo acto estatal que viole una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito; empero, en la esfera de dichos hechos cabe afirmar la existencia de algunos particularmente graves susceptibles de engendrar

---

<sup>559</sup> CIJ, *Recueil* 1970, pág. 32.

<sup>560</sup> CARRILLO SALCEDO, J: *El Derecho internacional en un mundo en cambio*, Madrid, 1985, pág. 206 y JUSTE RUIZ, J: "Las obligaciones **erga omnes** en Derecho internacional público", en *Estudios de Derecho internacional*, Homenaje al profesor Miaja de la Muela", Madrid, 1979, t. I, pág. 219 y ss.

<sup>561</sup> PASTOR RIDRUEJO, J: *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid, 1992, pág. 338.



para el Estado culpable un régimen de responsabilidad internacional particularmente severo y aun de dar pie a la posibilidad de que sujetos distintos del Estado directamente perjudicado invoquen su ilicitud para exigir responsabilidad a aquél e incluso para imponerle sanciones; esto es, tales hechos hay que distinguirlos de otros hechos ilícitos de menor gravedad. Por tanto, el contenido de la obligación violada ha llevado a la distinción entre violación de normas dispositivas y normas imperativas.

En atención al planteamiento dispuesto, mientras la reglamentación clásica del hecho internacional ilícito y de sus consecuencias se caracteriza por la relación jurídica de responsabilidad como relación bilateral y directa entre el Estado víctima y el Estado autor del hecho internacionalmente ilícito, las consecuencias de un ilícito internacional derivadas de una norma imperativa implican una desbilateralización de la relación jurídica de responsabilidad, pues ya no se limita al plano bilateral entre el Estado víctima y el Estado autor del ilícito, sino que hace referencia a las relaciones entre éste último y la sociedad internacional en su conjunto. Esta circunstancia conlleva que la responsabilidad del mismo podrá ser exigida no sólo por los Estados víctimas, sino también por terceros Estados porque el régimen jurídico de responsabilidad dispuesto para estos supuestos tiene su fundamento en la naturaleza de la obligación violada y en la gravedad de la violación.

Una vez realizada tal calificación, la cuestión jurídica se centra en el ámbito de la sanción internacional, cuya finalidad es represiva o de ejecución. A la luz de este planteamiento cabe observar que todo Estado podrá exigir responsabilidades al Estado autor de una violación grave de una norma imperativa, pues estará vinculado al Estado víctima, por un lado, y a la sociedad internacional en su conjunto, por otro.

El desarrollo de la no devolución ha logrado ampliar su aplicabilidad a la protección de las personas que necesitan protección internacional, permitiendo que el mismo se constituya en un mecanismo de protección de los derechos fundamentales de las personas. La no devolución, como prohibición de retorno involuntario, representa una norma que tutela a la persona para que no sea privada del ejercicio de sus derechos humanos fundamentales, tales como su vida, libertad e integridad física.

En este orden de ideas, esa prohibición de devolución se constituye en la única garantía de protección de los derechos humanos de las personas que se encuentran en

riesgo ante una devolución al lugar donde corren peligro y por tanto su preservación es norma imperativa de Derecho internacional contemporáneo, como se ha analizado.

Así, como mecanismo protector de los derechos humanos fundamentales, la no devolución tiene como función establecer una prohibición absoluta al Estado receptor de retornar a las personas a lugares donde puedan correr riesgos, y por tanto en caso de que se incumpla dicho mecanismo, cualquier Estado puede exigir el respeto de los mismos por parte del Estado que los viola, es justamente en este aspecto en que GALINSOGA JORDÁ<sup>562</sup> fundamenta el carácter *erga omnes* de la prohibición de devolución<sup>563</sup>.

La admisión y expulsión de los refugiados son acciones que no dependen totalmente de la voluntad del Estado, ya que la protección del derecho a la vida, la integridad personal, la prohibición de discriminación representan normas de derechos humanos con categoría de *ius cogens* que generan obligaciones *erga omnes*. Por tanto, por la naturaleza de la prohibición de devolución su protección concierne a todos los Estados, pues todos poseen un interés jurídico en que esta prohibición, que protege los derechos fundamentales, sea respetada porque al ser una obligación *erga omnes* su violación afecta a todos los demás Estados, incluso aquellos que no se vean afectados directamente por dicha violación<sup>564</sup>.

#### **5.4. La inderogabilidad de la no devolución**

En los derechos humanos se identifica un “núcleo duro” de derechos que son considerados fundamentales y que, por consiguiente, no pueden ser suspendidos o derogados en ninguna circunstancia.

---

<sup>562</sup> GALINSOGA JORDÁ, A.: “El Estatuto de los refugiados ...”, cit., pág. 53.

<sup>563</sup> El TIJ, en su sentencia de 5 de febrero de 1970 sobre el asunto *Barcelona Traction*, admite la existencia de “obligaciones de los Estados respecto de la comunidad internacional en su conjunto(...) obligaciones *erga omnes*”. Al respecto, precisa que “[e]stas obligaciones derivan, por ejemplo en el Derecho internacional contemporáneo, de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo entre ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial” (*Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, TIJ, Reports, 1970, págs. 72-77).

<sup>564</sup> Cuando un Estado viola una obligación *erga omnes* lesiona a todos los demás, incluso a aquellos que no se vean directamente afectados por la conducta desarrollada (MERON, T.: *Human Rights and Humanitarian Law*, Claredon Press, Oxford, 1989, págs. 188).

Al respecto, es importante precisar que estos derechos que son parte del núcleo duro no están incluidos en una lista taxativa. No obstante, sí que existe consenso sobre “un núcleo inderogable de derechos humanos cristalizado en el seno del Derecho internacional de los derechos humanos y pertenecientes, en cuanto tal, al Derecho internacional imperativo (*ius cogens*)”<sup>565</sup>.

En primer lugar, se puede afirmar que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 representa el núcleo irreductible de los derechos aplicables a toda circunstancia<sup>566</sup>. Esta obligación jurídica tiene su complemento en el artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, relativo a los estados de excepción, cuyo apartado 2 expresamente prohíbe la derogación en cualquier circunstancia del derecho a la vida (artículos 6), de la prohibición de las torturas y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, o de los experimentos médicos o científicos que no sean libremente consentidos (artículo 7), de la prohibición de la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre (párrafos 1 y 2 del artículo 8), de la prohibición de ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual (artículo 11), del principio de legalidad en materia penal (artículo 15), del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 16) y de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18) del Pacto. Entre estos derechos habría que añadir, además, la obligación absoluta de respeto del principio de no discriminación, que se introduce en apartado 1 de la mencionada disposición como una condición necesaria e ineludible para que cualquier derogación de los derechos contenidos en este instrumento jurídico pueda justificarse<sup>567</sup>.

---

<sup>565</sup> Vid. JORGE URBINA, J.: *Derecho Internacional Humanitario...*, op. cit., pág. 38-39.

<sup>566</sup> Al respecto, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *Derecho comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona, 2006, pág. 123.

<sup>567</sup> Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha afirmado que “[a]un cuando el artículo 26 y las demás disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación (artículos 2 y 3, párrafo 1 del artículo 14, párrafo 4 del artículo 23, párrafo 1 del artículo 24 y artículo 25) no figuran entre las disposiciones que según el párrafo 2 del artículo 4 no pueden ser suspendidas, existen elementos o dimensiones del derecho a la no discriminación que no admiten excepción en circunstancia alguna” (CDH, *Observación general n° 29: “Estados de emergencia (artículo 4)”*, UN Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, de 31 de agosto de 2001, párr. 8).

En los ámbitos regionales, atendiendo a las disposiciones del artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>568</sup>, encuentra su correspondencia en el artículo 15 de la Convención Europea de los Derechos Humanos<sup>569</sup> en donde se expresa que:

“1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en lo que exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho internacional; 2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos ilícitos de guerra, y a los artículos 3,4 (párrafo 1) y 7; 3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario general del Consejo de Europa de la fecha en que estas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación”.

Por tanto, el a no ser privado de la vida arbitrariamente, el derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a esclavitud o a servidumbre y el derecho a que la ley penal no tenga efectos retroactivos, son derechos absolutos, garantizados por normas impertativas y que no admiten excepción ni derogación<sup>570</sup>.

En el momento de su adopción, el 4 de noviembre de 1950, el artículo 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos supuso dos importantes innovaciones en el Derecho internacional. Por una parte, la admisión de que existen en la materia obligaciones jurídicas que provienen del Derecho internacional. Por otra parte, la precisión de un “núcleo duro” de derechos

---

<sup>568</sup> “1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 3, el Comité pondrá toda comunicación que le sea sometida en virtud del presente Protocolo, en conocimiento del Estado Parte del que se afirme que se ha violado cualquiera de las disposiciones del Pacto. 2. En un plazo de seis meses, ese Estado deberá presentar al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare el asunto y se señalen las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto”.

<sup>569</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio (art. 15 CEDH)”, en GARCIA ROCA, J.; SANTOLAYA, P. (coord): *La Europa de los derechos El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *Las obligaciones de los Estados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.

<sup>570</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 31.

humanos que son inderogables incluso “en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación” y que están protegidos por normas imperativas que dan testimonio de la existencia de un orden público de derechos humanos. De este modo, al establecer límites a la facultad de los Estados de proceder a deregaciones de las obligaciones jurídicas asumidas, este instrumento jurídico dio concreción a la noción de *ius cogens* en el Derecho internacional de los Derechos humanos<sup>571</sup>.

En el ámbito americano el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos<sup>572</sup> se establecen derechos que no pueden derogarse, e incluso amplía la lista de los mismos:

- “1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente los demás Estados partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

---

<sup>571</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: *El Convenio Europeo...*, cit., pág. 32.

<sup>572</sup> Al respecto, RUIZ DE SANTIAGO, J: “El Derecho internacional de los refugiados en su relación con los Derechos humanos y en su evolución histórica”, en NAMIHAS, S. (coord.): *Derecho...*, cit., págs. 20-25; VARGAS CARREÑO, E.: “Algunos problemas que presenta la aplicación y la interpretación de la Convención Americana sobre derechos humanos”, en OEA: *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Publicaciones OEA, 1980.

Así, aunque la formulación del derecho no permite excepciones ni limitantes es importante señalar que de conformidad al artículo 27 de la Convención la totalidad del artículo 22 es derogable “en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte”. Sin embargo, la suspensión de garantías sólo es procedente cuando se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 27, en particular, que las medidas de derogación “no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el Derecho internacional” a los Estados. Por tanto, se deduce que el Estado no podría suspender el artículo 22.8 si esta medida violara las obligaciones establecidas por el artículo 33 de la Convención de 1951, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 3 de la Convención contra la Tortura, siempre cuando el Estado fuera parte de estos instrumentos.

En general los tratados internacionales de protección de derechos humanos, universales y regionales, han contribuido a precisar qué derechos humanos son esenciales o fundamentales y, por ello, no susceptibles de limitaciones o derogaciones<sup>573</sup>.

Pero como se afirmaba con anterioridad, la enumeración de estos derechos inderogables no agota las disposiciones imperativas que no pueden derogarse, pues en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos existen otras que no pueden suspenderse por ninguna causa. Entre ellas, la prohibición de devolución, cuya observancia por parte de los Estados representa una garantía esencial para la salvaguardia de los derechos fundamentales de las personas.

Así en tanto que derecho humano, la no devolución representa un mecanismo de protección de la persona humana, ya que surte como única garantía de protección en momentos en que el retorno involuntario pueda poner en riesgo los derechos fundamentales de las personas que han huido de sus países.

---

<sup>573</sup> Respecto a la protección de estos derechos en América y en Europa, puede consultarse GROS ESPIELL, H.: *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.

La prohibición de devolución protege -y es corolario- el “núcleo duro” de los derechos humanos fundamentales por lo cual su inobservancia pondría en peligro los valores más esenciales de la persona, que, por su importancia, se consideran inderogables en la esfera internacional y por tanto exigen respeto en toda circunstancia y por encima de cualquier compromiso convencional, como se explicara. Por tanto, la no devolución como norma de *ius cogens*, en su doble naturaleza convencional y consuetudinaria (Derecho internacional general), reconoce y protege los derechos humanos fundamentales, y en consecuencia prevalece sobre la voluntad del Estado.

Así, al considerar la no devolución como un mecanismo de protección de los derechos humanos que forman parte del núcleo duro, los Estados deben respetarlo porque su inobservancia aparejaría la exposición de estos derechos que son inderogables y por ello absolutos<sup>574</sup>.

Por tanto, esta prohibición de devolución representa un ejemplo claro del proceso de internacionalización de los derechos humanos, pues demuestra su interdependencia con la protección del núcleo duro y la necesidad de su respeto en conjunto para que los mismos puedan hacerse efectivos. En definitiva, como señala GALINSOGA JORDÁ, hay que tener presente la íntima vinculación de la no devolución con el núcleo de derechos humanos fundamentales, cuya tutela constituye uno de los más claros ejemplos de norma imperativa inderogable<sup>575</sup>.

#### **5.5. El doble plano convencional y consuetudinario de la prohibición de devolución**

El artículo 38 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados expresa que no existen impedimentos para que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal.

---

<sup>574</sup> CARRILLO SALCEDO, J.: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid 1995, pág 133.

<sup>575</sup> GALINSOGA JORDÁ, A.: “El Estatuto de los refugiados ...”, cit., pág. 53.

Por tanto, una norma puede existir tanto en el plano convencional como en el plano consuetudinario, en contextos similares y en relación con un mismo tema. Así que la existencia de una norma convencional no sólo no impide la formación de una norma consuetudinaria sino que más bien puede promover su práctica y con la *opinio iuris* posteriormente su consideración como costumbre<sup>576</sup>.

De esta manera, puede advertirse que en 1951 la no devolución era una norma obligatoria solamente para los Estados que eran signatarios de la Convención, o sea que existía únicamente en el plano convencional. Pero de forma progresiva su importancia para la protección de los derechos fundamentales de las personas la ha hecho obligatoria para todos los Estados que hacen parte de la sociedad internacional.

Desde el punto de vista práctico, es preciso destacar la importancia que el trabajo del ACNUR ha tenido en el avance progresivo del Derecho internacional de los refugiados y la formación de la norma consuetudinaria de no devolución, pues el mismo la ha venido implementando en beneficio de las personas con necesidades de protección: “Although the UNHCR is accorded a special status as the guardian of the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, it is not limited in the exercise of its protective functions to the application of the substantive provisions of these two treaties. The UNHCR may therefore rely on whatever instruments and principles of international law may be pertinent and applicable to the situation which it is called upon to address. Thus, for example, in parallel with reliance on *non-refoulement* as expressed in the 1951 Convention and the 1967 Protocol, the

---

<sup>576</sup> “70. The Court must now proceed to the last stage in the argument put forward on behalf of Denmark and the Netherlands. This is to the effect that even if there was at the date of the Geneva Convention [of 1958 on the Continental Shelf] no rule of customary international law in favour of the equidistance principle, and no such rule was crystallised in Article 6 of the Convention, nevertheless such a rule has come into being since the Convention, partly because of its own impact, partly on the basis of subsequent state practice, - and that this rule, being now a rule of customary international law binding on all States, including therefore the Federal Republic, should be declared applicable to the delimitation of the boundaries between the Parties’ respective continental shelf areas in the North Sea.

71. In so far as this contention is based on the view that Article 6 of the Convention has had the influence, and has produced the effect, described, it clearly involves treating that Article as a norm-creating provision which has constituted the foundation of, or has generated a rule which, while only conventional or contractual in origin, has since passed into the general corpus of international law, and is now accepted as such by the *opinio juris*, so as to have become binding even for countries which have never, and do not, become parties to the Convention. There is no doubt that this process is a perfectly possible one and does from time to time occur: it constitutes indeed one of the recognised methods by which new rules of customary international law may be formed ...”(North Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ Reports, 1969, pág.3, párrs. 70-71).



circumstances of particular cases may warrant the UNHCR pursuing the protection of refugees coming within its mandate by reference to the other treaties, as well as other pertinent instruments, including appropriate extradition treaties, or by reference to *non-refoulement* as a principle of customary international law”<sup>577</sup>.

Esta doble existencia también ha permitido no sólo reafirmar la importancia de la no devolución en los ámbitos en que se ha desarrollado sino además ha servido para resolver lagunas o para fundamentar las interpretaciones relacionadas con las mismas. Así, el *non refoulement* como norma general de Derecho internacional permite además incluir, entre los deberes inherentes a la no devolución, el no rechazo de personas en frontera. Esta norma se configura ya no sólo como un deber de no devolver, sino también como una obligación de no rechazar a la persona en la frontera, lo cual permite entender su doble fundamentación que se ha traducido en una fórmula adecuada que ha fortificado el límite jurídico al derecho del Estado de admitir o no a un extranjero en su territorio con base en la protección de sus derechos humanos<sup>578</sup>.

En los primeros años transcurridos luego de la adopción de la Convención de 1951, no se entendía incluido el de no rechazo en frontera como parte del *non refoulement*, pues los Estados se limitaban a defender a las personas que estaban dentro del territorio, lo cual cambió notablemente con el desarrollo del contenido de derechos humanos de la prohibición de devolución en el plano consuetudinario, gracias a la práctica estatal y a la *opinio iuris*, así como a la importante participación del ACNUR, ayudando a la consideración de una noción o interpretación más amplia de la no devolución.

Los Estados de la sociedad internacional en conjunto han reconocido que la prohibición de devolución representa una obligación que se debe respetar desde el momento en que las personas solicitan el ingreso al territorio. De esta manera los

---

<sup>577</sup> LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...*, cit, párr. 20, pág.8.

<sup>578</sup> Entre los defensores de esta interpretación se puede mencionar a MARIÑO MENÉNDEZ, F: “El concepto de refugiado...”, cit., pág. 363; GRAHL MADSEN, A., “Toward an asylum Convention”, en GRAHL-MADSEN, A.: *Territorial Asylum*, Swedish Institute of International Affairs, Uppsala, 1980, pág. 44 y ss.

Estados han permitido en todos los continentes el cruce de frontera y han acogido a estas personas en sus territorios en espera de soluciones duraderas<sup>579</sup>.

Así pues, con ayuda del ACNUR y con la práctica individual de cada Estado ha sido posible contribuir al desarrollo de las normas protectoras de refugiados, permitiendo incluso obligar a aquellos Estados que no son parte en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967. En palabras de LAUTERPACHT, la obligación de no devolución posee un contenido que impide que las personas sean devueltas a lugares donde su vida o libertad podrían estar en peligro, por lo que tanto su observancia “must be construed to encompass circumstances in which a refugee or asylum-seeker (a) has a well-founded fear of being persecuted, (b) faces a real risk of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, or (c) faces other threats to life, physical integrity or liberty”<sup>580</sup>.

Esta consideración del contenido ampliado deja claro que la prohibición de devolución, además de representar el elemento básico que caracteriza la institución del refugio, se configura como una obligación general que ha sido incluida en tratados de derechos humanos para brindar protección a quienes sufren persecución o temen que la misma se produzca, o a aquellas personas que huyen de sus hogares por razones distintas a las previstas por la Convención de 1951, lo cual ha permitido una ampliación de su aplicación en salvaguarda de las personas que puedan correr peligro en sus países de origen, por lo que haciendo uso de una interpretación extensiva, la presunción de persecución podría ser suficiente para proteger a las personas que huyen de conflictos armados por medio de la Convención de 1951<sup>581</sup>.

---

<sup>579</sup> En cuanto a la discusión sobre si la falta de adhesiones en el continente asiático afecta el ámbito universal de la norma consuetudinaria de no devolución, GORTÁZAR ROTAECHE sostiene firmemente que: “Los precedentes de la región asiática son bastantes y suficientemente representativos como para afirmar que la regla tiene ámbito universal. Las no adhesiones a los instrumentos en la materia auspiciados por las Naciones Unidas (Convención de Ginebra y Protocolo Adicional de Nueva York), tienen su justificación en la prevención que los textos provocan en la zona, junto con un cierto temor de adquirir obligaciones demasiado fuertes respecto de flujos masivos de refugiados; pero, en ningún caso, en un acto de rechazo a la regla consagrada del *non refoulement*” (GORTÁZAR ROTAECHE, C.: *Derecho de asilo y “No rechazo”*, cit., págs. 368).

<sup>580</sup> LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...*, cit, párr.133, pág.43.

<sup>581</sup> STEINBOCK, D.: “The Refugee definition as law: issues of interpretation”, en NICHOLSON, F., TWOMEY, P. (eds) *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, 1999, págs. 34-35. En igual sentido, CASANOVAS i LA ROSA, O.: “La

## **5.6 La consolidación de la no devolución como norma consuetudinaria general aplicable los caso de afluencias masivas**

En este debate sobre la no devolución, el tema más destacado para este estudio luego de su naturaleza jurídica es su aplicación en caso de flujos masivos. Este aspecto representa una cuestión que se ha convertido en un reto para la efectiva protección de las personas con necesidades de protección, principalmente porque está siempre latente la posibilidad de que se presenten flujos masivos.

Las violaciones de los derechos humanos representan la causa principal por la cual las personas huyen masivamente de sus países de origen<sup>582</sup>. En consecuencia, muchas personas cruzan las fronteras en busca de la protección que no pueden encontrar en sus propios Estados, pero se encuentran con la inexistencia aparente de una norma relativa a la protección en casos de flujos masivos.

Como pudo analizarse en el primer capítulo de este trabajo, no existen en la Convención de 1951 disposiciones que excluyan la aplicación de la protección contra la devolución de los flujos masivos. No obstante, queda por determinar si es posible en la actualidad exigir a los Estados el respeto de la no devolución cuando se esté frente a un caso de flujos masivos.

Los Estados han reconocido una obligación convencional y consuetudinaria con respecto a la protección contra la devolución de los individuos, pero no ocurre lo mismo con los desplazamientos masivos, pues cuando se tiene que hacer frente a éstas los Estados pretenden limitar al máximo sus obligaciones. Paradójicamente, ésta ha sido la posición mayoritaria en las últimas décadas del siglo XX, que es cuando se han

---

protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés”, en *RCADI*, vol. 306-III, págs. 32-33.

<sup>582</sup> “En la mayoría de los casos el desplazamiento, siendo una violación en sí mismo, es también consecuencia directa de violaciones de los derechos humanos, con frecuencia cometidas en situaciones de conflicto armado. Por lo tanto, la información sobre el respeto y la promoción de los derechos humanos es un elemento indispensable para el examen de todas las fases de los éxodos en masa, desde la alerta anticipada a la prevención de las violaciones de los derechos durante los éxodos en masa y la protección contra éstas y al proceso de afianzamiento de la paz y de reconciliación posterior a los conflictos. En efecto, una vez terminado un conflicto el regreso de los refugiados o de las personas internamente desplazadas a su país de origen suele ser un elemento fundamental para el afianzamiento de una paz duradera” (*Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre Derechos humanos y éxodos en masa*, NU Doc. E/CN.4/1977/42, de 14 de enero de 1997, párr.7).

producido los mayores movimientos masivos, por lo que desafortunadamente la precariedad de las soluciones dadas por los Estados no se corresponde con sus deberes<sup>583</sup>, pues, muy a pesar de las declaraciones estatales respecto a las riesgos de seguridad nacional, muchas de las personas integrantes de estos flujos son potenciales refugiados y su devolución a su país de origen o residencia pone en peligro su vida y libertad.

Así, una vez analizada la importancia de la no devolución en el ordenamiento jurídico internacional, reconocida su existencia tanto a nivel convencional como a nivel consuetudinario en el ámbito del Derecho internacional de los refugiados y en el de los derechos humanos, resta por indagar si la consideración como norma general permite brindar protección a las personas que huyen en flujos masivos y cruzan la frontera en busca de protección.

En el ámbito doctrinal ZOLLER ha expresado una posición bastante firme en contra de la aplicación de la norma consuetudinaria de no devolución en casos de afluencias masivas: “En cas d’afflux massifs, aucun doute n’est possible. Le non refoulement n’est pas une règle coutumière parce que, dans ces hypothèses, la pratique de refouler ou de ne pas refouler n’est pas “acceptée comme étant le droit”. En un mot, il n’y a pas d’*opinio iuris*, ni positivement, ni négativement. Lorsque des Etats ont appliqué l’obligation de non refoulement, c’est-à-dire lorsqu’ils ont accordé un refuge temporaire aux demandeurs d’asile, ils ont toujours invariablement affirmé qu’ils fondaient leur action sur des considérations humanitaires, ce qui revient à dire qu’ils ne s’estimaient pas obligés de garantir ledit refuge temporaire, bref, qu’ils n’agissaient pas avec le sentiment de se conformer à une obligation juridique. A partir de là, on ne voit pas comment le principe de l’asile temporaire aurait pu devenir un principe coutumier du droit international (...). L’asile temporaire de milliers de réfugiés relève de la charité, mais non du droit international”<sup>584</sup>.

---

<sup>583</sup> KÄLIN, W.: “Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect”, en *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 15, 2001, pág. 427.

<sup>584</sup> ZOLLER, E.: *Le Droit D’asile*, Centre d’Etude et de Recherche de Droit International et de Relations Internationales, Académie de Droit International de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1990, pág. 27. La autora apoya la consideración de la no devolución como norma consuetudinaria aplicable a individuos y no a grupos de ellos.

Desde el punto de vista de la práctica estatal, la razón de no aplicar la no devolución a los flujos masivos se fundamenta en las discusiones anteriores a la Convención de 1951. Durante la Conferencia de Plenipotenciarios reunida para la redacción del mencionado instrumento, los representantes de países como Alemania, Bélgica, Italia, Países Bajos y Suiza se manifestaron de forma expresa en contra de la aplicación de la no devolución a los casos de flujos masivos<sup>585</sup>.

En este sentido, la interpretación que sobre la norma dio el delegado suizo se limitaba a entender que existía una obligación del Estado únicamente respecto a las personas que en efecto se encontraban en el territorio del Estado receptor. Dicha interpretación estaba fundamentada en la consideración de las obligaciones de los Estados frente a las afluencias masivas y no era una interpretación en función de la obligación relativa a protecciones individuales, respecto a las cuales no establecían ningún tipo de restricción<sup>586</sup>. En igual sentido, el delegado holandés consideró que el retorno estaba vinculado a una acción que debía considerarse únicamente en función de las personas que se encontraban ya en el territorio de un Estado, expresando claramente que las migraciones masivas no estaban incluidas en el ámbito de aplicación<sup>587</sup>.

El delegado holandés explicó que su consideración respecto a las afluencias masivas y la imposibilidad de asumir obligaciones incondicionales respecto a estos colectivos no cambiarán “unless international collaboration was sufficiently organized to deal with such a situation”<sup>588</sup>. Sobre este particular resalta GOODWIN-GILL que “[t]he Dutch comments are thus neither an official interpretation of the Convention, nor a binding limitation on the plain language”<sup>589</sup>.

En esta época no pudo establecerse un consenso en la discusión del tema, pues en esos momentos los Estados no estaban preparados para incluir en la Convención

---

<sup>585</sup> WEIS, P.: *The Refugee Convention, 1951. The Travaux Préparatoires Analysed*, Cambridge University Press, Oxford, 1995, págs. 325-344.

<sup>586</sup> NU Doc. A/CONF.2/SR.16, pág. 6.

<sup>587</sup> NU Doc. A/CONF.2/SR.35, pág. 21.

<sup>588</sup> NU Doc A/CONF.2/SR.16, pág. 11.

<sup>589</sup> GOODWIN-GILL, G. S.: *The Refugee...*, cit., pág. 122.

ningún artículo en el que se les comprometiera a la recepción de refugiados. Por ello el resultado fue un arduo debate respecto al contenido de la no devolución, pues el objetivo de los representantes estatales era limitar lo más posible dicha obligación.

Por tanto, con base en la consideración expresada en la Conferencia de Plenipotenciarios puede afirmarse que los Estados en general mantenían su renuencia a aceptar una obligación tendente a proteger grupos, resaltando siempre que fuese necesaria la inexistencia de una obligación convencional relativa a la protección en caso de afluencias masivas. Por lo cual, si bien se acogían poblaciones que huían en flujos masivos, dicha acción se hacía con la convicción de que se trataba de una respuesta humanitaria y no como una protección jurídica.

En relación con las discusiones de los trabajos preparatorios, se afirma la importancia de analizar las disposiciones de un tratado a la luz del artículo 31 de la Convención de Viena<sup>590</sup>, principalmente porque se considera que el criterio objetivo de interpretación es el que debe acompañar la interpretación de los tratado y más que enfocarse en las discusiones previas de la Convención<sup>591</sup> es más importante tener en consideración que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”<sup>592</sup> (Art. 31 de la Convención de Viena de 1969).

En igual sentido, GORTÁZAR ROTAECHE considera que los trabajos preparatorios no deben ser considerados “contexto”<sup>593</sup> sino más bien mecanismo

---

<sup>590</sup> La interpretación de las normas internacionales reposa en a competencia discrecional de los Estados en la materia, en la que los Estados proyectan sus competencias cuasiexclusivas tanto en la creación como en la interpretación de normas. Al respecto, FERNÁNDEZ DE CASAVENTE ROMANÍ, C.: *La interpretación de la Normas Internacionales*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 301.

<sup>591</sup> El artículo 32 de la Convención de Viena afirma que “[s]e podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”

<sup>592</sup> Artículo 31 de la Convención de Viena.

<sup>593</sup> Al respecto el artículo 31, parágrafo 2 establece que “Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado: b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado”.

complementario, dando a la aplicación de la Convención un carácter principal, que en conjunto con el objeto y fin de la Convención de Ginebra parece ampliar su alcance hacia los flujos masivos, fundamentado claro está en la evolución de la obligación de no devolución en el plano consuetudinario que se ha formado a partir de la obligación inscrita en el artículo 33 de la Convención de 1951.

Por ello, KÄLIN considera que se debe analizar la Convención de 1951 bajo un criterio objetivo, más que apoyándose en los trabajos preparatorios: “(...) modern International Law in different areas no longer relies on subjective intent, but on an objective judgment of the situation. Thus, for instance, treaty interpretation is no longer primarily based on the subjective intent will of the drafters, but on the intention as it can be deduced by a third party in good faith from the adopted text”<sup>594</sup>.

En apoyo a esta consideración ARENAS HIDALGO expresa que: “Un análisis basado en los trabajos preparatorios del Convenio de Ginebra, en su *lex lata* y práctica restrictiva estatal, no resulta del todo representativo en los Tratados de carácter humanitario, en los cuales, el objeto y fin del mismo resulta un elemento esencial de las reglas hermenéuticas de interpretación. Los trabajos preparatorios y las circunstancias de adopción del mismo pierden relevancia cuando existe una importante distancia en el tiempo; en ese sentido, tanto la negociación como la letra del Convenio debieran ser interpretadas con el cuidado que requiere un instrumento que está llamado a aplicarse en circunstancias tan diferentes como las actuales”<sup>595</sup>.

No obstante, la excusa de la exclusión llevada a cabo en los trabajos preparatorios no es la única que se ha alejado para negar la protección a los flujos

---

<sup>594</sup> KÄLIN, W.: “Refugees and Civil Wars: Only a Matter of Interpretation?”, en *IJRL*, vol. 3, 1991, pág. 449. Aunque claro está que el artículo 32 considera criterios complementarios de interpretación entre los que podrían estar los trabajos preparatorios y las reuniones para la celebración del tratado, pero su utilidad estará reducida a confirmar el sentido resultante de los criterios generales antes mencionados. El artículo 32 establece que: “Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

<sup>595</sup> ARENAS HIDALGO, N.: *El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa Comunitaria*, Universidad de Huelva, Huelva, 2005, pág. 59. Esta posición es también desarrollada por LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...*, cit., págs. 154-157.

masivos. Los Estados para no cumplir con sus responsabilidades respecto a estos colectivos, han considerado que dicha situación los faculta para aplicar las excepciones de previstas en el artículo 33. 2,

“(...)no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.

Desafortunadamente, la asunción de una obligación de no devolución respecto a los flujos masivos no parecía encontrar una aceptación clara con el transcurso del tiempo. De hecho, esta misma negativa de brindar protección volvió a ser reiterada por la Declaración sobre el Asilo Territorial 1967, en cuya disposición 3.2 se establece la afluencia en masa como una excepción a la aplicabilidad de las medidas de admisión a la frontera, o la no devolución, en los siguientes términos:

- “1. Ninguna de las personas a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1 será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiera entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o la devolución obligatoria a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución.
2. Podrán hacerse excepciones al principio anterior sólo por razones fundamentales de seguridad nacional o para salvaguardar a la población, como en el caso de un afluencia en masa de personas”.

Ante la proliferación de los flujos masivos y la renuencia estatal de asumir responsabilidades respecto a la protección de dichos colectivos, se llegó a considerar que el proceso de ampliación del concepto de refugiado, que permitió incrementar las causas que motivaban el desplazamiento forzoso, podría ofrecer respuestas positivas por parte de los Estados con respecto a la protección de estos colectivos que se desplazaban en masa. No obstante, esta ampliación estaba enfocada únicamente en la consideración de otros motivos que generaban desprotección, como la violencia generalizada, la violación de los derechos humanos, y los conflictos armados, pero no pretendía crear una obligación general de acoger a grupos y brindarles protección.

Sin embargo, este proceso de alguna manera ha abierto el debate sobre la aplicabilidad de la norma de no devolución a estos refugiados no convencionales, ya



que entre los diferentes escenarios que pueden generar, está precisamente el desplazamiento masivo de estos *nuevos refugiados*.

Por tanto, aunque la aceptación de la ampliación del concepto de refugiado ha evolucionado en ámbitos regionales como en África y en las Américas, promoviendo la aplicación de la no devolución en los casos de flujos masivos, en Europa, por ejemplo, los Estados, se han limitado a reconocer las necesidades de protección de estas personas y al respecto han reconocido que se deben aplicar ciertos estándares mínimos de trato, aunque, claro está, no relacionados con la protección debida bajo el marco de la Convención de refugiados<sup>596</sup>, excluyendo así su compromiso ante la prohibición de devolución.

En la actualidad aún se conoce de algunas ficciones jurídicas establecidas por los Estados con el propósito de mantener a los grupos de personas jurídicamente inadmitidas en sus territorios aunque físicamente se encuentren dentro, por lo cual es obvio que, más que limitaciones legales, existen interpretaciones restrictivas respecto a la protección en caso de flujos masivos.

Pero a pesar de que dichas interpretaciones sean restrictivas, no se puede negar que existen obligaciones estatales relativas a la protección de las personas que puedan estar en riesgo, pues en este caso están obligados a permitir la entrada y respetar la no devolución, aunque claramente ésta no implique el otorgamiento del asilo. Sobre este particular, podría considerarse que si se toma en cuenta que la formación de una norma consuetudinaria parece asentarse en una práctica y una *opinio iuris* acerca de la aplicación a un individuo, y los flujos masivos están conformados por varios de ellos, no podría negarse la posibilidad de aplicarla en estos casos.

LAUTERPACHT y BETHLEHEM han afirmado que en la actualidad no pueden oponerse excusas para excluir dicha protección en circunstancias de flujos masivos. Por tanto, como norma protectora, la no devolución también debe servir para proteger a aquellas personas que intenten ingresar a un país en flujo masivo: “The words of Article 33 (1) give no reason to exclude the application of the principle to situation of mass

---

<sup>596</sup> *Report of the Sub-Committee*: UN Doc. A/AC.96/802, 6 Oct. 1992.

influx. On the contrary, read in the light of the humanitarian object of the treaty and the fundamental character of the principle, the principle must apply unless its application is clearly excluded”<sup>597</sup>

En este orden de ideas, cabe recordar que no está permitido exponer a los refugiados a un riesgo donde su vida sea puesta en riesgo: “*Non-refoulement* is a concept which prohibits States from returning a refugee or asylum-seeker to territories where there is a risk that his or her life or freedom would be threatened on account of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion”<sup>598</sup>. De esta manera, y en el marco de la interrelación existente entre la protección de los derechos humanos y la protección de los refugiados, puede afirmarse que el desarrollo normativo de la prohibición de devolución en instrumentos de protección de los derechos humanos ha logrado establecer un verdadero *corpus iuris* destinado a la protección de las personas que huyen como parte de un flujo masivo, otorgando protección contra la no devolución y el no rechazo en frontera.

Así, en caso de flujos masivos las personas deberían ser admitidas en el primer país donde soliciten asilo, y aunque el Estado no tenga la obligación de proporcionar asilo, sí debe admitirlos sin discriminación alguna<sup>599</sup>.

Por tanto, con base en lo antes descrito podría considerarse que existe una obligación general de protección a la persona contra la no devolución, al margen de que la misma se manifieste de forma individual o en flujos masivos, pues la importancia del respeto de sus derechos fundamentales ha hecho posible que se prohíba cualquier acción que ponga en riesgo la vida y seguridad de las personas, incluyendo el retorno involuntario al lugar de donde ha huido. Por tanto, se considera que los Estados no podrán oponer

---

<sup>597</sup> LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...*, cit, párrs.196-215, pág.70

<sup>598</sup> LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...*, cit, pág. 6

<sup>599</sup> *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR No. 74 (XLV) sobre Protección Internacional de los refugiado*, de 1980.

impedimentos administrativos como excusa para no hacerse cargo de las personas que se manifiestan en flujo masivo<sup>600</sup>.

Tal vez no sea del todo fácil la aplicación de la no devolución en casos masivos, pero las dificultades no pueden exceder la necesidad y obligación de aplicarla. Por tanto, conociendo la inexistencia de una exclusión expresa de la aplicabilidad de la Convención a los casos de flujos masivos y de la falta de obligación concreta respecto a la protección de los mismos, es preciso considerar que tomando en cuenta que la prohibición de devolución es una norma consuetudinaria, de *ius cogens* y que a nuestro entender representa un principio estructural, lo cual hace su cumplimiento ineludible y ordena su aplicación extensiva como salvaguardia de la dignidad humana<sup>601</sup>.

Por tanto, ni el colapso de los sistemas de elegibilidad ni la preocupación por las cargas podrán ser motivos para incumplir la obligación de no devolución en caso de flujo masivo, pues de hacerlo se estaría violando el derecho más fundamental de las personas con temores de persecución, que es precisamente la vuelta al lugar en donde se encuentran sus opresores.

La no devolución implica el acceso al territorio de un Estado, pero dicha recepción no genera una obligación de proteger a estas personas en el territorio de ese primer Estado receptor. Por tanto, un Estado bien podría cumplir con la prohibición de devolución aceptando a un refugiado y enviándolo posteriormente a un tercer país en el cual pueda estar seguro; esto quiere decir que dicha acción estatal no puede condenarse como una violación a la prohibición de devolución, pues lo importante es recibirlo y evitar que se le devuelva al lugar donde se originan sus temores de ser perseguido<sup>602</sup>.

---

<sup>600</sup> En apoyo a esta consideración, el representante de Argentina expresó que “the refusal of admission at a border for purely administrative reasons vitiated the principle of non refoulement”: UN doc A/AC.96/SR. 442, párr.46 (1989).

<sup>601</sup> En palabras de EGGLI “ [a] precondition for including victims of war and generalized violence within the prohibition of refoulement is necessarily that such a principle has acquired the force of customary international law or *ius cogens*” (EGGLI, A.: *Mass Refugee Influx And The Limits Of Public International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, New York, 2002, pág. 161).

<sup>602</sup> A este respecto, MARIÑO MENÉNDEZ explica que “el rechazamiento” o “devolución” no es ilícito si se realiza a países diferentes del de persecución, que admitan libremente a la persona que busca la protección, con la condición de que ese tercer país garantice que, a su vez, no va a “devolver” a la persona en cuestión al país “de persecución”. La acogida puede ser, pues, provisional, hasta tanto se encuentre un destino territorial seguro a la víctima” MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “El asilo y sus modalidades en

De esta manera, la observancia de la prohibición de devolución por parte de los Estados permite proteger a los grupos de personas al afirmarse que su aplicación no se restringe a las personas individuales sino que se hace extensiva a los grupos que ingresan en flujos masivos. La posición del ACNUR respecto al reconocimiento de un deber de los Estados de no devolver a los refugiados en masa ha quedado fijada ya desde 1981<sup>603</sup>.

La consideración de la no devolución como una obligación estatal y su desarrollo e inclusión en distintos instrumentos convencionales y no convencionales en ámbitos multilaterales y regionales representa claramente su actual grado de aceptación en el marco de la sociedad internacional: “the recent practice of states has frequently included the protection of persons fleeing situations of grave and urgent necessity, even as States resist formally classifying such persons as refugees when outside the terms of the 1951 Convention/1967 Protocol, and do not accept any obligation to grant them asylum or provide any particular durable solution”<sup>604</sup>.

Empero, la aplicabilidad de esta noción de no devolución ampliada sigue encontrando opositores, que incluso niegan su formación como tal, por lo que la aplicación de la no devolución en caso de flujos masivos resulta aún un tema no concluido desde el punto de vista doctrinal<sup>605</sup>. Pero, a pesar de que dichas interpretaciones sean restrictivas, no se puede negar que existen prohibiciones expresas que se han impuesto a los Estados en relación con la protección de las personas que puedan estar en riesgo, pues en este caso están obligados a permitir la entrada y respetar la no devolución, aunque claramente ésta no implique el otorgamiento del asilo.

---

Derecho internacional”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.): *Derecho de Extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asunto Exteriores Sociales/INSERSO, Madrid, 1995, pág. 508.

<sup>603</sup> UN Doc. A/AC.96/601, pág. 16.

<sup>604</sup> GOODWIN-GILL, G. S.: *The Refugee...*, cit., pág. 134.

<sup>605</sup> GORTÁZAR ROTAECHE opina que la obligación de no devolución en la práctica de los Estados no permite hablar de la existencia de una obligación de Derecho internacional en este sentido. Al respecto precisa que una obligación de este tipo debería ir ligada a la obligatoriedad del reparto de cargas, lo cual no se ha podido precisar por lo cual continúa formando parte del *soft law*. Vid. GORTÁZAR ROTAECHE, C.: *Derecho de asilo y “No rechazo” del refugiado...*, cit., pág. 301.

## 6. LOS FLUJOS MIGRATORIOS Y LA OBSERVANCIA DE LA NO DEVOLUCIÓN

El fenómeno de los flujos migratorios se ha convertido en uno de los asuntos más importantes en la actualidad, sobre todo lo relacionado con su control y su gestión por parte de los Estados receptores, principalmente en la Europa comunitaria<sup>606</sup> que se esfuerza por reducir la presión migratoria.

Desde mediados del 2005 los flujos migratorios se han incrementado notablemente en el continente europeo. De hecho, una cantidad importante de grupos de personas han intentado entrar a España por las fronteras del sur<sup>607</sup>. Sobre este particular, es preciso indicar que la mayoría de estos flujos están compuestos por personas que provienen de países con economías débiles y altos niveles de pobreza y que se movilizan en busca de un mejor porvenir. No obstante, las causas de estos movimientos migratorios no son delimitadas ni determinantes<sup>608</sup>.

---

<sup>606</sup> La inmigración irregular y su control es uno de los temas que más preocupa a los Estados miembros de la Unión Europea. Desde hace varios años las instituciones de la Unión Europea han expresado su preocupación por los flujos migratorios en distintos documentos: la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre las políticas de inmigración y derecho de asilo, en COM (94) de 23 de febrero de 1994; Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia-Texto adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998, en DOCE C 19 de 23 de enero de 1999, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal, en COM (2001) 672 final de 15 de noviembre de 2001, el Plan Global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea, aprobado por el Consejo de 28 de febrero de 2002, en Doc.6621/02/REV 1 de 27 de febrero de 2002; o el Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, COM (2002) 175 final de 10 de abril de 2002. Además el artículo 63.3 b) del Tratado de la CE.

<sup>607</sup> Al respecto, puede revisarse AMNISTÍA INTERNACIONAL: *España: Frontera Sur (El Estado da la espalda a los derechos de los refugiados e inmigrantes)*, Amnistía Internacional, Madrid, 2005.

<sup>608</sup> La migración económica es un fenómeno complejo que posee diversas causas. Recientemente OLESTI RAYO ha resumido en dos las tendencias que intentan explicar las causas de las migraciones económicas. En primer lugar, están las causas que inciden en las motivaciones de los individuos, en sus preferencias para elegir un determinado destino. En estas se incluyen, como factores que inciden en su decisión de emigrar, tanto los aspectos individuales como el contexto social del migrante. Por ello, se incluirían los aspectos que facilitan o inducen a la emigración, como aquellos que los restringen, aspectos que influyen en la demanda de inmigrantes como en la oferta de población que esta dispuesta a emigrar. Así entre estos factores que inciden en el volumen, las condiciones y la dirección de los flujos migratorios a determinados países se incluirían la ordenación de la migración, tanto en los países de origen, como en los de destino, la reagrupación familiar y la existencia de comunidades étnicas de los países de origen en un Estado miembro de acogida. En segundo lugar, se encuentran aquellas que las consideran que las migraciones económicas son una necesidad del sistema económico actual: Estas presentan diversas perspectivas ideológicas y metodológicas. Así, hay aproximaciones justificadas sobre la base de las diferencias de oferta y demanda de mano de obra, que tratan a la migración internacional como un instrumento que reubica el factor trabajo desde áreas en donde se encuentra relativamente improductivo hasta zonas en donde es comparativamente más productivo. Otra perspectiva aboga por la existencia de

Estos flujos migratorios tienen características propias y básicamente están conformados por personas que, de manera voluntaria, deciden abandonar su país para buscar mejores oportunidades en los países desarrollados. Por tanto, estos flujos migratorios no son, en principio, el resultado de desplazamientos forzados o situaciones de intolerancia que generen un temor fundado de persecución por el que se movilizan masivamente<sup>609</sup>.

Así, la diferencia entre un flujo migratorio y un flujo masivo, además de la voluntariedad del primero y la involuntariedad inherente del segundo, está referida a la situación objetiva que los ocasiona<sup>610</sup>. Generalmente los flujos masivos de personas que huyen en busca de protección fuera de su país de origen lo hacen debido a una situación que afecta al grupo de personas y que les impide permanecer en el país de origen, mientras que los flujos migratorios están caracterizados por la individualidad de las causas que los generan.

Ante una llegada masiva de personas a la frontera de un país, no resulta fácil determinar si estas personas provienen de un mismo país, si se han movilizado por la misma causa o si la movilización ha sido voluntaria o involuntaria. No es, pues tarea fácil determinar si la migración ha sido forzosa o se debe a motivos económicos, pues como se señalara las causas son diversas. Pero, desafortunadamente, la distinción debe establecerse, dado que los emigrantes económicos no tienen un estatuto internacional

---

una segmentación del mercado laboral en las sociedades receptoras consistentes en: sectores intensivos en capital que requieren un trabajador muy especializado, bien remunerado y socialmente considerado; y sectores intensivos en mano de obra cuya cualificación, remuneración y consideración social es baja. OLESTI RAYO, A.: "La inmigración irregular y el control de los flujos migratorios en la Unión Europea", en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional-Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidades de Córdoba, Sevilla, Málaga, 2005, pág. 943-944.

<sup>609</sup> Cfr. "La inmigración económica evidencia desajustes estructurales de la sociedad internacional que están siendo agravados por la globalización de las relaciones económicas, efecto de una crisis del sistema capitalista, que tiene efectos depredadores y obliga al éxodo humano. La inmigración "voluntaria" o la búsqueda de refugio humanitario están inducidas por los paraísos de prosperidad de los países desarrollados, paraísos por los que importantes colectivos renuncian a sus raíces. Nos referimos a la inmigración económica, familiar y humanitaria (asilo, refugio, desplazamiento). Evidentemente no están renunciando a la seguridad, ya sea económica, ya sea política. Al contrario, van buscando en los países de acogida la seguridad que sus propios Estados no les ofrecen, en definitiva, es una salida forzosa de lucha por su supervivencia (ESPADA RAMOS, M.: "Integración de las "nuevas" minorías económicas y políticas" en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional...*, cit., pág.511".

<sup>610</sup> "El asilo y el refugio no han sido vistos por los eurocrátas como un problema de índole económica o de seguridad sino como un problema de derechos humanos. Por eso ha evolucionado con otro tempos distinto al resto de los temas migratorios" (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *Derecho comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona, 2006, pág. 51)

privilegiado<sup>611</sup> como sí lo tienen los refugiados en la Convención de Ginebra y las personas que se desplazan en afluencia masiva en la Europa comunitaria<sup>612</sup>.

Aun cuando, los flujos migratorios y los flujos masivos son realidades a las que se les aplica una normativa distinta, los mismos son confundidos con frecuencia, debido a la estrecha relación que existe en el tratamiento del asilo y la inmigración, principalmente en la Unión Europea<sup>613</sup>.

Pero sobre este particular es importante precisar que existen obligaciones generales en el marco del Derecho internacional que permiten proteger a las personas inmigrantes ante un riesgo cierto<sup>614</sup> de que su vida pueda estar en peligro en caso de que sean devueltos a sus países de origen, esta obligación es la prohibición de no devolución<sup>615</sup>.

---

<sup>611</sup> Existe un instrumento jurídico aplicable, que es la Convención de las Naciones Unidas sobre los trabajadores migrantes y sus familias de 1990. No obstante dicho texto no posee un alto índice de ratificaciones.

<sup>612</sup> Ahora, con la Directiva Europea “Europa sí que tiene normas regionales que trata de proteger 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” (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *Derecho comunitario...*, cit., pág. 72). La Directiva relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de dicha acogida (DO nº L 212, de 7 de agosto). Esta Directiva es concreción del mandato contenido en el artículo 63.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea tal y como fue modificado en Amsterdam, según el cual el Consejo de la Unión Europea debía adoptar normas mínimas sobre protección temporal a personas desplazadas procedentes de terceros países –es decir, refugiados a quienes no se aplica en sentido estricto al Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto internacional de refugiado-, en caso de que no fuese posible su retorno a su país de origen.

<sup>613</sup> Durante los cinco años posteriores al Consejo Extraordinario de Tampere de 1999 las instituciones europeas han mezclado excesivamente el asilo y la inmigración, produciendo cierta confusión conceptual y menoscabando los derechos de los solicitantes de asilo y los refugiados, esta ha sido una de las más importantes críticas respecto a la labor de la UE, pues parece que pretende disminuir sus obligaciones respecto a estos colectivos. Al respecto, véase GILBERT, G.: “Is Europe living up to its obligations to refugees?”, *European Journal of International Law*, vol. 15, núm. 5, 2004, págs. 963-987.

<sup>614</sup> “De acuerdo con los estándares internacionales más avanzados, el criterio para aplicar esta norma de no devolución es la existencia de un *riesgo cierto*, cuya determinación se base en una valoración objetiva e individualizada de las circunstancias, de sufrir torturas o de que la vida o libertad de la persona en cuestión corren peligro en el país a cuyo territorio sea devuelta o expulsada. El incumplimiento de la norma por el primer país incluye el caso en que el segundo país a su vez reenvíe a la persona a cualquier lugar, en su propio territorio o en el territorio de un tercer país, donde exista riesgo de torturas o su vida o libertad corran peligro”.

<sup>615</sup> “Todos los Estados de la comunidad internacional están obligados a no expulsar, extraditar o rechazar en la frontera a ninguna persona cuya vida o libertad puedan correr peligro como consecuencia del acto de devolución. Esa obligación o principio de *non refoulement*, contenido de modo explícito o implícito en

Así, considerando esta obligación, ante la inminencia de un flujo migratorio los Estados deben considerar que posiblemente entre el grupo de personas se encuentren potenciales beneficiarios de protección internacional. No obstante, aunque los mismos formen parte de un grupo, su determinación en este caso se haría de manera individual, a través de la solicitud de la condición de refugiado y no a través de una determinación grupal y *prima facie* como refugiado, ni tampoco con el otorgamiento de protección temporal, por ser una situación individual.

A diferencia de los migrantes, los refugiados están amparados por un estatuto que es de carácter internacional y que legitima el abandono del Estado de origen<sup>616</sup>. Por tanto, las personas que tienen un temor fundado de persecución poseen un régimen mínimo de permanencia en el país receptor. En este contexto, las situaciones objetivas que motivan el flujo masivo también constituyen una presunción de necesidad de protección internacional que no está presente en los flujos migratorios que en la mayoría de los casos han tenido cierta planificación.

Así que aunque la devolución, expulsión y los rechazos en frontera tienen, como se explicara con anterioridad, límites claros en el Derecho internacional general, esto no quiere decir que todas las personas que intentan cruzar la frontera deben ser consideradas como refugiados o como potenciales beneficiarios de protección internacional.

---

diversos tratados internacionales, y que forma parte del Derecho Internacional consuetudinario, no sólo protege a las personas que han sufrido una persecución previa. El *non refoulement* protege también a toda persona frente a aquellas consecuencias del acto de devolución que puedan equipararse a una violación de sus derechos básicos. Según el sentido originario de ese principio, la persona que huye por razón de una persecución no puede ser devuelta al territorio donde su vida o libertad corren peligro; y a esa persona - que es, en efecto, un refugiado o una refugiada internacional incluso antes de presentarse en la frontera- se le debe otorgar asilo o protección territorial siquiera de modo temporal. Pero también la persona que no huye de la persecución -aquella que puede considerarse inmigrante y sea o no regular su situación cuando se presenta en la frontera- está protegida por el *non refoulement*. Bajo ninguna circunstancia esa persona puede ser devuelta al territorio de un país, de cualquier país, en el que su vida o libertad corran peligro inminente. Así, la norma que protege a los refugiados genuinos protege también, universalmente y sin excepción, a todos los seres humanos” (PERAL FERNÁNDEZ, L.: “Límites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: non refoulement, protección en la región de origen y cierre de fronteras europeas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 11, 2006, pág. 7, en [www.reei.org](http://www.reei.org)).

<sup>616</sup> PERAL FERNÁNDEZ, L.: *Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pág. 28.



La no devolución es una norma consuetudinaria de doble contenido, y es manifiestamente independiente en estos ámbitos; por tanto, si bien es cierto que en los flujos migratorios ciertas personas pueden necesitar protección, los mismos *stricto sensu* no son sujetos de protección internacional, pues son grupos de personas que huyen de sus países en busca de una mejor vida, y no involuntariamente. La inmigración tiene mecanismos de control<sup>617</sup> y lo ideal es que la misma se realice ordenadamente, lo cual resulta imposible de controlar en los flujos masivos de personas con necesidades de protección internacional. La imprevisibilidad de los desplazamientos forzados es una constante que incide en la aplicabilidad de la protección internacional y que desafortunadamente no es siempre bien entendida por los encargados de determinar los temores de persecución<sup>618</sup>, por lo cual se corre el riesgo de que los mismos continúen siendo confundidos.

---

<sup>617</sup> En la Europa comunitaria existen medidas de control de inmigración ilegal, las cuales están referidas a la represión de la entrada, circulación y estancia irregulares. Al respecto, el 28 de noviembre de 2002, el Consejo de la Unión Europea adoptó la Directiva 2002/90 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Esta Directiva puede consultarse en DOCE L 328 de 5 de diciembre de 2002. Para un análisis de los antecedentes de este instrumento: Iniciativa de la República Francesa con vistas a la adopción de la Directiva del Consejo destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares en DOCE C 253 de 4 de septiembre de 2000, *Report on the initiative of the French Republic with a view to the adoption of a Council Directive defining the facilitation of unauthorised entry, movement and residence*. Rapporteur: Ozan Ceyhun, en A5-315/2000 de 25 de octubre de 2000, Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 15 de febrero de 2001 sobre la iniciativa de la República Francesa con vistas a la adopción de la Directiva del Consejo destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, en Doc. 12026 de 6 de octubre de 2000. Con esta Directiva se pretendía armonizar las legislaciones de los Estados miembros para que tipificaran como infracción el hecho de facilitar intencionalmente, ayudando de forma directa o indirecta, la entrada, la circulación o la estancia irregular de los nacionales de terceros Estados; incluyendo tanto la participación, como cómplice o instigador, o la tentativa de cometerla. Con igual propósito de controlar la inmigración ilegal, el Consejo, el 28 de noviembre de 2002 adoptó la Decisión marco 2002/946 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular. Este instrumento puede consultarse en DOCE L 328 de 5 de diciembre de 2004. Todos los Estados miembros y al ser un desarrollo del acervo Schengen también es aplicable a Noruega e Islandia. Las sanciones previstas en la Decisión marco se dirigen tanto a las personas físicas y jurídicas que participan en estas actividades.

<sup>618</sup> “Es una opinión bastante extendida que entre las razones profundas para instaurar las nuevas normas de control de la frontera externa de la Unión Europea y, en especial, de las políticas sobre visados y respecto de las responsabilidades de las compañías de transporte, ocupa un lugar nada despreciable el afán de las instituciones comunitarias y de los Estados miembros por reducir el número de solicitudes de asilo. Es cierto que muchas de éstas disfrazan razones económicas para lograr la entrada y residencia en el territorio de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea; no obstante, también lo es que la decisión sobre si una persona tiene o no motivos para recibir protección internacional, bien como refugiado o como beneficiario de “protección subsidiaria”, es una decisión que no puede alcanzarse por personas que carecen de formación específica en Derecho internacional de los Derechos humanos y en Derecho de la Unión Europea” (GORTÁZAR ROTAECHE, C.: “La protección internacional de los solicitantes de asilo y refugiados como supuestos diferenciados del fenómeno general de las migraciones internacionales. Especial referencia al marco legal en la Unión Europea”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (coord.): *Un mundo sin desarraigo: El Derecho internacional de las migraciones*, Catarata, Madrid, 2006, pág. 234).

## PARTE SEGUNDA

### LA CONFORMACIÓN DE LA PROTECCIÓN APLICABLE EN CASOS DE FLUJOS MASIVOS

#### CAPÍTULO I

##### DEL REFUGIO PROVISIONAL A LA PROTECCIÓN TEMPORAL

Sumario: Planteamiento de la cuestión.- 1. La renovación de las estructuras en el marco de los refugiados ante el fenómeno de los flujos masivos.- 2. El *refugio provisional* como respuesta a las afluencias masivas: 2.1. La naturaleza jurídica del *refugio provisional*; 2.2. El no rechazo en la frontera: Admisión, *non refoulement* y respeto de los derechos humanos en el marco de la solidaridad internacional.- 3. El desarrollo de la protección temporal como nuevo método para la protección de los flujos masivos: 3.1. Definición y naturaleza jurídica de la protección temporal; 3.2. Los elementos que caracterizan la protección temporal; 3.3. Los objetivos de la aplicación de la protección temporal; 3.4. los beneficiarios de este tipo de protección; 3.5. El retorno, la repatriación forzosa o la integración local: Soluciones duraderas para la protección temporal.- 4. Las diferencias entre protección complementaria y temporal.-5. La protección temporal como protección en caso de desplazamientos masivos.

##### PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Como ha podido evidenciarse a lo largo de las páginas de esta investigación, las situaciones de desamparo que generan los desplazamientos masivos de población han impuesto grandes desafíos para los Estados. Así, las respuestas estatales frecuentes ante estas situaciones han sido diversas. Sin embargo, en muchas ocasiones entre esta diversidad los gobiernos se han negado a asumir la protección de estos colectivos, dando origen a un conjunto de tensiones que se evidencian con el rechazo en frontera o la devolución involuntaria a los lugares de donde provienen.

La obligación general de los Estados de respetar la no devolución resulta en nuestra opinión claramente aplicable a la protección de flujos masivos. No obstante, si

bien se considera que su aplicabilidad genera una acogida en el territorio, la misma no implica el otorgamiento de todos los derechos inherentes a la condición de refugiado.

Por tanto, ante la proliferación de los desplazamientos masivos en la región europea y ante la inexistencia de una política común de protección en estas circunstancias los Estado europeos comenzaron a otorgar refugio provisional o sus equivalentes en las legislaciones internas.

La frecuencia, magnitud, drama humanitario y sobre todo las respuestas negativas de varios Estados en relación con una gestión humanitaria de los flujos masivos, ha colocado esta cuestión en un lugar prioritario dentro de las preocupaciones de la sociedad internacional. Por tanto, este capítulo pretende analizar las soluciones que se han venido desarrollando en el Derecho internacional de los refugiados ante la proliferación de estos escenarios. Principalmente, en el desarrollo de este capítulo se analizará el surgimiento y evolución de la protección temporal como respuesta inmediata y pragmática ante las situaciones generadas por estas contingencias en el continente europeo.

En este orden de cosas, en este capítulo dividido en cinco apartados, se estudiarán las respuestas estatales y las estrategias que se han diseñado para la gestión de estas realidades de flujos masivos que no encontraban protección en la normativa establecida. A tal fin, se examinarán las características de la protección otorgada a personas que forman parte de una afluencia masiva, pues si bien es cierto que no existe una exclusión manifiesta de estos casos en la Convención de Ginebra, la práctica estatal respecto a la aplicabilidad de la misma es desconsoladora.

Así, en la medida en que la voluntad del Estado es necesaria para hacer efectiva la aplicación de los estándares mínimos de trato establecidos en la Convención de 1951, resulta importante resaltar que, visto el aumento y frecuencia de las afluencias masivas y de los problemas que las mismas generan, se hizo necesario promover una nueva ampliación de la protección esta vez a través de la renovación de las estructuras existentes para lograr hacer efectiva la protección colectiva.

En el contexto de la renovación de las estructuras, interesa para el desarrollo de este capítulo elaborar un detallado estudio de las herramientas flexibles desarrolladas por el ACNUR con el propósito de promover “al menos” la acogida temporal de las personas que huyen en masa. Así, se estudiará la evolución iniciada con el *refugio provisional* hasta llegar a la protección temporal, otorgada a las personas que huían de los conflictos de la antigua Yugoslavia, con especial referencia a la definición, los elementos y los objetivos de la misma como forma de protección, en el marco de la ampliación del mandato del ACNUR y la redacción de sus Conclusiones, que dieron forma a las obligaciones estatales referidas al otorgamiento de la misma.

De igual manera, en este capítulo se diferencia la protección complementaria de la protección temporal, pues si bien ambas tienden a ser provisionales, la primera hace referencia a una protección individual que se otorga con posterioridad a la determinación como refugiados y la segunda sólo puede ser concedida en caso de flujos masivos.

Al respecto, es importante destacar que el análisis de la protección temporal se ha fundamentado principalmente en la práctica del ACNUR, el cual, a través de la ampliación de su mandato y el diseño de herramientas flexibles, instó a los Estados a la cooperación en la gestión de estas situaciones que afectaban a todos y donde todos tenían importantes obligaciones que cumplir. Estas herramientas flexibles son de especial interés para este estudio, pues constituyen los fundamentos de la protección temporal instituida en la Europa comunitaria, que representa, hasta la fecha, el modelo más completo existente, cuya base jurídica es la Directiva 2000/55/CE, que pone en evidencia el resurgimiento de una renovada acogida territorial que converge con la dinámica iniciada por el Derecho internacional de los refugiados con respecto a la gestión de los desplazamientos en masa.

Por tanto, partiendo de esta dificultad, del pragmatismo de la aplicación de esta protección y de la negativa estatal de reconocer como refugiado *prima facie* y colectivamente a las personas que ingresan en afluencia masiva, se intentará explicar los cimientos de la protección temporal en el ordenamiento jurídico internacional.

## 1. LA RENOVACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS EN EL MARCO DE LOS REFUGIADOS ANTE EL FENÓMENO DE LOS FLUJOS MASIVOS

La Convención de Ginebra de 1951 fue diseñada como un instrumento de protección jurídica que pretendía dar respuesta a situaciones concretas de persecución, en un ámbito determinado y con sujetos específicos como beneficiarios<sup>619</sup>. Este instrumento normativo, a pesar de su ampliación temporal (desarrollada en el Protocolo de 1967) y la progresiva ampliación del concepto de refugiado<sup>620</sup> llevado a cabo con la redacción de la Convención de la OUA y de la Declaración de Cartagena, no ha logrado afianzar el compromiso de los Estados respecto a su aplicación en caso de flujos masivos, lo que ha incrementado la vulnerabilidad de las personas que conforman los grupos y buscan protección, cada vez con más frecuencia en países vecinos.

Según afirma GALINSOGA JORDÁ, existen cuatro escenarios básicos generadores de flujos masivos de refugiados, que corresponden a: “a) [f]lagrante violación de los derechos humanos fundamentales comportando una persecución por razones de raza, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social o político; b) guerra civil o la grave alteración del orden público en la totalidad o parte del país; c) agresión exterior, ocupación o dominación extranjera; d) desastres naturales o catástrofes que fuerzan a las personas a desplazarse para sobrevivir”<sup>621</sup>.

---

<sup>619</sup> Según afirmaciones de MARTÍN ARRIBAS, el concepto de refugiado presenta lagunas derivadas de ciertas cuestiones en el momento de adopción de la Convención: “[e]l enfoque tradicional que fue consagrado en sus disposiciones hace aproximadamente medio siglo para respetar la noción de soberanía estatal más propia del Derecho internacional clásico que contemporáneo; otras como consecuencia de la filosofía individualista que subyace en el dispositivo que regulan para dar protección a todo refugiado; y otras, en fin, por una falta patente de previsión de las necesidades futuras sin satisfacer, puesto que se puso énfasis en los esfuerzos normativos necesarios para resolver problemas heredados de las dos grandes guerras mundiales y centrados especialmente en el viejo continente” (MARTÍN ARRIBAS, J. J.: *Los Estados Europeos frente al desafío de los Refugiados y el Derecho de asilo*, Dykinson, Madrid, 1997, pág. 91).

<sup>620</sup> Al respecto, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “Hacia un concepto jurídico amplio de refugiado”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coord.): *Refugiados: Derecho y solidaridad*, Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1984, págs. 19-33.

<sup>621</sup> GALINSOGA JORDÁ, A.: “El Estatuto de los refugiados en el Derecho Internacional contemporáneo”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *Refugiados: Derecho y Solidaridad...*, cit., págs. 50-51. Basándose en los escenarios apuntados por HOFMANN, R.: “Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Rechts und Völkerrechts*, vol.45, núm.4, 1985, pág. 700.

El anterior párrafo describe los escenarios y sistematiza las causas por las cuales las personas huyen en masa de su país de origen o de residencia. No obstante, tales situaciones no provocan necesariamente el surgimiento de un temor fundado que motive una persecución directa e individualizada que permita la consideración de una persona como refugiado; pero muchas de estas personas corren riesgos si vuelven a su lugar de origen. Precisamente, estas circunstancias ponen en evidencian las insuficiencias de la Convención de 1951, cuya aplicabilidad está condicionada a la legitimidad de las causas que generan dicho éxodo, no siempre presentes en las personas que son parte del flujo masivo.

Consecuentemente, las referidas circunstancias generan dificultades humanitarias, que con frecuencia sorprenden y sobrepasan la capacidad de los Estados e incluso del ACNUR<sup>622</sup>, que se ven obligados a responder con recursos limitados y de manera improvisada, por la inexistencia de planes de contingencia diseñados al efecto<sup>623</sup>. Por tanto, puede advertirse que las respuestas ante las situaciones de flujos masivos no se han caracterizado por seguir una línea determinada, sino que han estado condicionadas por diferentes factores estatales, como la voluntad política o la salvaguardia de la seguridad interna, lo que ha complicado el entendimiento y la gestión de estas emergencias<sup>624</sup>. Así, se puede afirmar que, en el desarrollo del Derecho internacional de los refugiados, las respuestas normativas dadas a las emergencias

---

<sup>622</sup> “Mass displacement poses particular challenges for receiving States, for other States affected in the region and, increasingly, for the international community. States as well as UNHCR have grappled with the complexities of providing adequate protection responses in these circumstances” (*Protection of Refugees in Mass Influx Situations: Overall Protection Framework*, Global Consultations on International Protection, UNHCR Doc. EC/GC/01/4, 19 Feb. 2001, pág. 1).

<sup>623</sup> De forma general, el ACNUR tiene unos estándares de respuesta para casos de emergencias. *Vid.* UNHCR: *Handbook for emergencies*, Second Editions, Geneva, 2000.

<sup>624</sup> “Additionally, the economic crisis in the late 1980s and early 1990s, as well as increases in racist and xenophobic tendencies, undoubtedly creates a climate conducive to a new perception of the role of mass refugee flows in global politics. This is especially so, and increasing number of host countries declare themselves unable to deal with refugee problems on a unilateral basis and put into the question the feasibility of using permanent external asylum as a major means to de-escalate mass refugee flows. Cases in point include the problems arising from the resolution of mass refugee flows and from former Yugoslavia, Northern Iraq, Somalia, Haiti, Cuba or Rwanda. A whole new spectrum of protection dilemmas has entered international protection discourse. These include: a) who should receive protection and/ or material assistance (Convention as against non-Convention refugees); b) what type of protection should distinct categories of people in need be entitle to? (asylum as against temporary refuge and other forms of protection); c) who has the duty to provide protection and/or assistance? (recipient country as against international community); and, d) Where should protection/assistance be supplied? (country of origin as against host State or States)” (DACYL, J.: “Europe Needs A New Protection System for ‘Non-Conventional’ Refugees”, en *IJRL*, vol. 7, núm. 4, 1995, pág. 586).

provocadas por los flujos masivos se han caracterizado por su precariedad e irregularidad<sup>625</sup>.

En este contexto, es importante señalar que la falta de disposiciones en la Convención de 1951 respecto a la protección de las personas que huyen de estos escenarios, ha intentado solventarse de manera gradual, como se ha señalado en capítulos anteriores, a través de la ampliación del concepto de refugiado. No obstante, a pesar de la voluntad de muchos Estados y la prestación de asistencia humanitaria, entre otras acciones, la protección de las personas que huyen en flujos masivos no ha logrado ser desarrollada en estándares universales ni se ha logrado establecer un compromiso formal de los Estados para proteger a las poblaciones desplazadas. Por tanto, puede afirmarse que la ampliación del concepto de refugiado no ha evolucionado hasta el punto de incluir obligaciones estatales respecto a la protección colectiva, pues al aplicar las definiciones ampliadas es igualmente necesario aplicar la determinación individual de la persecución que motiva el desplazamiento, elemento que resulta imposible de evaluar en los casos de flujos masivos.

Ante la imposibilidad de aplicar el procedimiento individual de determinación de refugiados, las emergencias de flujos masivos se han venido solventando a través de aproximaciones pragmáticas<sup>626</sup>, que han sido utilizadas como herramientas flexibles

---

<sup>625</sup> “Until the late 1980s, major mass-displacement crisis which caused flight towards the states of Western Europe, or called for resettlement programmes from the developing to the industrialized world, such as Vietnam, were handled as they arose, as insolate incidents, or dealt with by application of the Convention definition under domestic law and practice, or by the according of lesser, humanitarian or de facto statuses” (van SELM, J.: *Refugee Protection in Europe: Lessons of the Yugoslav Crisis*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998, pág. 82).

<sup>626</sup> En la década de los setenta el reasentamiento se convirtió en la política habitual ante la imposibilidad de conceder el estatuto de refugiado. Después de la guerra de Vietnam, en 1975, se produjo un desplazamiento masivo de indochinos, quienes huyeron por vía terrestre hacia Tailandia, o por mar hacia Malasia, Filipinas, Hong Kong, Indonesia y otros. Este contingente superó el millón de personas, ante lo cual muchos Estados se manifestaron incapaces de asumir la carga económica que suponían tantos refugiados. Entretanto, se organizó el llamado “puente internacional de reinstalación”, que se encontraba principalmente dirigido hacia Estados Unidos, Francia, Canadá, Australia, países en los que se organizó la integración local de estos grupos de personas. En igual sentido, tras el golpe de Estado en Chile en 1973 y las críticas situaciones políticas de diversos Estados en la región, resultó imposible asegurar el bienestar de muchos refugiados en países como Perú, Argentina y Brasil, por lo que nuevamente se recurrió al reasentamiento, esta vez en países europeos, que ofrecían mejores condiciones de seguridad para los sudamericanos perseguidos (ACNUR: *Un instrumento de paz*, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Madrid, 1986, págs. 50-51).

para afrontar los flujos masivos<sup>627</sup>, renovando de esta manera las estructuras del régimen de protección de los refugiados. Por tanto, de forma más institucional que legal, el ACNUR ha promovido, a través de conclusiones, recomendaciones e instancias, diferentes propuestas destinadas a recordar el deber humanitario de los Estados y la responsabilidad de la sociedad internacional, en la búsqueda de soluciones<sup>628</sup>, en una forma específica de *soft law*. En este sentido, a partir de los años setenta el ACNUR, comenzó a desarrollar nuevos criterios y estrategias para adaptar las estructuras del refugio a los problemas surgidos, que evolucionaron desde la petición del *refugio provisional* hasta el otorgamiento de la protección temporal, como respuesta inmediata al flujo masivo, lo que ha dado origen a las llamadas “herramientas flexibles”<sup>629</sup>.

## 2. EL REFUGIO PROVISIONAL COMO RESPUESTA A LAS AFLUENCIAS MASIVAS

En orden a proteger colectivamente a grupos de personas, se desarrolló el concepto de “temporary refuge”, conocido como *refugio provisional* o temporal, a través del cual se ofreció protección provisional a las personas que formaban parte de los flujos masivos, cuando no podían ser reconocidas como refugiados porque la determinación individual no podía realizarse debido al colapso de los sistemas de determinación internos o por la inexistencia de los mismos. Así, con la utilización de la palabra “provisional” se pretendía diferenciar dentro de la protección internacional esta figura del refugio, de las soluciones duraderas y de la residencia legal<sup>630</sup>.

---

<sup>627</sup> MALMSTRÖM, S.; NOLL, G. (rels.): *Temporary Protection-Problems and Prospects*, Raoul Wallinger, Institute of Human Rights and Humanitarian Law, Report num. 22, Lund, 9 de mayo de 1996, pág. 9.

<sup>628</sup> “Los esfuerzos para salvar el desajuste entre la necesidad de protección internacional y los principales instrumentos internacionales disponibles para proporcionarla han dado lugar a la ampliación del mandato del ACNUR en combinación con la remisión a instrumentos regionales, otros instrumentos internacionales, el Derecho internacional consuetudinario y arreglos específicos basados en las políticas humanitarias de los gobiernos” (PONTE IGLESIA, M.T.: *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el Derecho internacional actual*, Colección Estudios Internacionales, Tórculo Edicións, Santiago, 2000, págs. 128-129).

<sup>629</sup> COLES, J.G.: “Temporary Refuge and the Large-Scale Influx of Refugees”, en *UNHCR: Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refuge in Situations of Large-Scale Influx*, Geneva, 21-24 Apr. 1981, EC/SCP/16/Add.1, 17 July 1981, pág. 3.

<sup>630</sup> JACKSON-SMITH, A.: “Temporary safe haven for the facto refugees from war, violence, and disaster”, en *VJIL*, vol. 28, 1988, pág. 511; GALLAGER, D.; FORBES, S.; WEIS, P.: *Safe Haven: Policy Responses to Refugee like Situations*, Refugee Policy Group, Washington, D.C, 1987, pág. 76; NAFZIGER, A.: “The general admission of Aliens under International Law, en *AJIL*, vol. 77, pág. 804.



Como parte de la estrategia de petición de concesión del *refugio provisional*, el ACNUR comenzó con la promoción de acogida temporal<sup>631</sup> como medida inmediata, que presentó como solución inminente para hacer frente a los problemas generados por afluencias a gran escala, con lo que dio inicio al uso de nuevas herramientas o enfoques, que pretendían flexibilizar la estructura del Derecho internacional de los refugiados a través del respeto de *non refoulement*. En este sentido, el ACNUR, legitimado por las funciones otorgadas por el artículo 8 de su Estatuto, en desarrollo de las obligaciones que los Estados habían asumido con la firma de la Convención de 1951 y respecto de las funciones de cooperación en el ejercicio del mandato de esta organización (artículo 35), sugirió a los Estados receptores que, en situaciones de emergencia como las provocadas por los flujos masivos, se respetase el *non refoulement* y se otorgase por lo menos *refugio provisional*. Por consiguiente, puede afirmarse que el *refugio provisional* tuvo sus orígenes en la búsqueda de soluciones inmediatas para los problemas que caracterizaban los desplazamientos masivos, en forma similar a lo que ocurrió históricamente en Europa tras la Primera Guerra Mundial.

La primera utilización de esta herramienta flexible tuvo lugar en los desplazamientos masivos del sudeste asiático a finales de los años setenta cuando, en medio de la *Vietnamese Boat People Crisis*<sup>632</sup>, algunos Estados acordaron admitir de modo provisional a los refugiados vietnamitas<sup>633</sup>, ubicados en barcos en espera de un reasentamiento en terceros países<sup>634</sup>.

---

<sup>631</sup> *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR sobre Refugio Provisional*, Conclusión No. 19 (XXXI), 31º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1980. Al respecto, el Comité Ejecutivo del ACNUR resolvió, a iniciativa de la delegación australiana, que un grupo de expertos analizara las características del refugio temporal, sus aspectos y su función en el sistema de protección. El informe final puede consultarse en UNHCR: *Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refuge in Situations of Large-Scale Influx*, Geneva, 21-24 Apr. 1981, UN Doc EC/SCP/16/Add.1, 17 July 1981.

<sup>632</sup> UNHCR: *The State of the World's Refugees 2000: Fifty years of Humanitarian Action*, Oxford University Press, Oxford, 2000, págs. 80-103.

<sup>633</sup> van SELM, J.: "Transcending Boundaries: Temporary Protection and Burden-Sharing in Europe", en *IJRL*, vol. 7, núm. 3, 1995, pág. 459.

<sup>634</sup> Resulta importante precisar que "toda persona clandestina o boat people no es necesariamente, según el Derecho internacional, un refugiado en el mar", pues es preciso que la persona que huya de su país por agua entre en la definición del artículo I. A del Convenio relativo al Estatuto de Refugiados de 1951. Lo que quiere decir que la misma tenga temor de ser perseguido debido a su raza, su religión, su nacionalidad, su pertenencia a un determinado grupo social o sus opiniones políticas. Al respecto puede consultarse: "Refugiados en el Mar" (Boat People), en BOUCHET-SAULNIER, F.: *Diccionario Práctico de Derecho Humanitario*, Península, Barcelona, 2001, págs. 583-585.

Esta protección estratégica estuvo caracterizada por el otorgamiento de documentación oficial provisional a los llamados *Boat People*<sup>635</sup> en los Estados costeros y la asistencia material a los mismos<sup>636</sup>, con lo cual se puso en evidencia la vinculación entre la concesión de *refugio provisional* y la necesidad de la respuesta humanitaria de los Estados ante las situaciones de flujos masivos<sup>637</sup>.

De esta manera, el ACNUR presentaba una solución a los problemas ocasionados por los movimientos de gran magnitud, a la vez que pretendía reconciliar por un lado los intereses de los países receptores y por el otro la salvaguardia de las víctimas de estos desplazamientos<sup>638</sup>. En este orden, instaba a los Estados a otorgar protección limitada en el tiempo y en las circunstancias concretas, y solicitaba a los mismos que admitieran en sus territorios a los grupos de personas que huían en afluencia masiva, y les brindaran protección contra la devolución en las fronteras y respeto por los derechos humanos mientras permanecieran en su territorio<sup>639</sup>.

Como puede observarse se solicitaba algo más que la mera recepción, pues lo que se intentaba obtener del Estados era una protección en base a un conjunto de derechos, aunque fuese de forma temporal.

La utilización del *refugio provisional* como solución viable continuó siendo solicitada por el ACNUR, en función de la persistencia de las causas que generaban los

---

<sup>635</sup> “Le mot *boat people* a surgi au cours de la triste année 1979 lorsque, en l’espace d’un mois, 60.000 personnes parmi lesquelles un grand nombre de femmes, d’enfants et de vieillards ont quitté l’Indochine, dans des conditions dramatiques, au péril de leur vie, sur des embarcations de fortune et qui s’efforçaient de trouver asile en Thaïlande, en Malaisie, à Hong kong, en Indonésie ou á Macao, parfois également aux Philippines et au Japon” (BETTATI, M.: *L’asile politique en question. Un statut pour les réfugiés*, Presses Universitaires de France, 1985, pág. 69).

<sup>636</sup> Como lo solicitaba la Conclusión 15 en su párrafo c). Vid. *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a los Refugiados sin país de asilo*, Conclusión No. 15 (XXX), 30º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1979.

<sup>637</sup> Para un análisis del tema de los refugiados indochinos puede consultarse ROBINSON, W.C.: *Terms of Refugee: The Indochinese Exodus an the International Response*, Zed Books, London, 1998.

<sup>638</sup> MALMSTRÖM, S.; NOLL, G. (rels.): *Temporary Protection-Problems...*, cit., pág. 9.

<sup>639</sup> El alcance de la protección temporal en sus comienzos como herramienta flexible incluía la admisión, la no devolución y el respeto a los derechos humanos. Vid. *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la Protección de las Personas que buscan asilo en situaciones de afluencia a gran escala*, Conclusión No. 22, (XXXII), 30º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1981.

flujos masivos y en la supuesta temporalidad de las mismas: “Many think of displacement as a temporary problem that disappears upon the return home or resettlement of the displacement. On the contrary it is often a long-term phenomenon that disrupts the lives of not only the individuals and families concerned but also of whole communities and societies”<sup>640</sup>.

Por tanto, se prosiguió con las peticiones de conceder refugio provisional, mientras se encontraba una solución duradera, aun cuando su otorgamiento, en diversas ocasiones, ponía en riesgo a los beneficiarios<sup>641</sup>.

Resulta importante aclarar que el *refugio provisional* no se pretendía ampliar la protección a colectivos de personas. Por tanto, su aplicación no estaba relacionada con la ampliación del concepto de refugiado. En efecto, más que proteger a los refugiados no convencionales, su función consistía en otorgar protección a los grandes grupos de personas contra el retorno involuntario, con independencia de las causas individuales que motivaran su huida. En consecuencia, esta herramienta flexible permitió el uso de una metodología diferente a la desarrollada por la Convención de 1951 y a la Convención de la OUA, convirtiéndose en una formulación destinada a crear un estándar de trato mínimo, cuyo propósito principal era solventar emergencias y dar solución inmediata a través de la acogida, por parte de los Estados, de las personas que ingresaban en afluencia masiva<sup>642</sup>.

En consecuencia, como ocurrió con la sistematización de los instrumentos de la etapa inicial de la protección de los refugiados, la dependencia fáctica de los nuevos acontecimientos y las crisis humanitarias caracterizaron e impulsaron el desarrollo del *refugio provisional*, como una nueva herramienta para complementar los vacíos legales

---

<sup>640</sup> COHEN, R.; DENG, F. *Masses in Flight. The Global Crisis of Internal Displacement*, Brookings Institutions Press, Washington D.C, 1998, pág. 23.

<sup>641</sup> En este ámbito, es importante añadir que muchos Estados asumieron la posición más cómoda y menos perjudicial para ellos a la hora de aplicar el llamado refugio provisional. Así se ve cómo Tailandia, en esa época, pretendía mantener a los desplazados camboyanos en campos muy cerca de la frontera, donde eran blanco fácil de la artillería vietnamita, violando las normas mínimas de seguridad personal debidas a los grupos que huyen del conflicto (UNHCR: *The State of the World's Refugees...*, cit., págs. 91-93).

<sup>642</sup> *Adición al Informe del Alto Comisionado para los Refugiados*, en Documentos Oficiales de la Asamblea General, Cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 12 (A/48/12/Add.1), 1993, pág. 10, párr. 24.

de la Convención de 1951 respecto a la protección de afluencias masivas. Por tanto, en situaciones en que se produzcan desplazamientos masivos, las respuestas estatales directas e inmediatas para proteger las poblaciones estuvieron dirigidas a respetar el *non refoulement* y acoger temporalmente a los refugiados en masa en los Estados vecinos y a proporcionarles asistencia material.

Como puede observarse, el *refugio provisional* ofreció una protección limitada en el tiempo a personas determinadas que estaban en espera de reasentamiento o repatriación<sup>643</sup>. No obstante, cabe advertir que las bases ideológicas de este tipo de protección se remontan al año 1936, cuando Francia y el Reino Unido se constituyeron en *safe haven* para todo el grupo de personas que huían de la guerra civil española<sup>644</sup>.

Este acontecimiento antes señalado no es el único que sirve de ejemplo a la utilización histórica de la “acogida temporal”. Otras situaciones permiten ilustrar su uso, como por ejemplo lo ocurrido 1956 cuando Austria y Yugoslavia aceptaron más o menos 200.000 personas que huían de Hungría. La acogida provisional, en este caso, fue ofrecida por más de 9 meses, mientras fueron reasentados en otros Estados occidentales, instalados en Austria o retornaron a sus países de origen<sup>645</sup>. De igual manera, en 1968, se ofrece nuevamente la acogida temporal a las personas que huían de la invasión soviética a Checoslovaquia<sup>646</sup>. En este sentido, es importante resaltar que estos acontecimientos pueden ser considerados como los antecedentes de la protección temporal, y representarían el punto de inicio de las respuestas humanitarias de los Estados ante los flujos masivos, cuyo fundamento residía en causas objetivas y cuya duración era determinada en el tiempo, como bien lo señala la Conclusión 15 relativa a los “Refugiados sin país de asilo”, aprobada por el Comité Ejecutivo del ACNUR.

---

<sup>643</sup> Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a los Refugiados sin país de asilo, Conclusión No. 15..., cit., párr. c).

<sup>644</sup> SKRAN, C.: *Refugee in interwar Europe: The emergence of a Regime*, Clarendon Press, Oxford, 1995, págs. 57-59.

<sup>645</sup> COLES, J.G.: “Approaching the Refugee Problem Today”, en LOESCHER, G. MONAHAN, L. (eds.): *Refugees and International Relations*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pág. 397.

<sup>646</sup> McDOWALL, R.: “Co-ordination of Refugee Policy in Europe”, en LOESCHER, G. MONAHAN, L. (eds.): *Refugees and International Relations*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pág. 180.

Las huidas en masa de los vietnamitas, los camboyanos y los afganos<sup>647</sup> obligaron a replantear las respuestas estatales respecto a las afluencias masivas pues, con el transcurso del tiempo, las necesidades de los grupos que huían y las causas de huida se incrementaban, mientras que los Estados restringían sus obligaciones y limitaban el acceso a los procedimientos de asilo<sup>648</sup>. Con el objeto de poner fin a estas situaciones, una vez más el ACNUR intentó remediar las carencias a través de nuevas peticiones, incluidas en instrumentos donde planteaba respuestas prácticas y soluciones legales posibles para asegurar el respeto de los derechos humanos y subrayaba la necesidad de ampliar la protección internacional en los casos de afluencias masivas.

Bajo esta premisa de protección manifiestamente provisional, el ACNUR afirmaba que el uso de esta herramienta planteaba el reasentamiento o la reubicación como solución al problema de la asistencia de los refugiados en los países de acogida. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, la acogida temporal como solución de mínimos comenzó a limitar los derechos de las personas debido a que los Estados la concedían, sin considerar el posible otorgamiento del estatuto de refugiado<sup>649</sup>. Estas acciones evidenciaban claramente la posición de los Estados que diferenciaban, por un lado, la respuesta a la emergencia, que implicaba la acogida territorial y, por el otro, el acceso al estatuto de refugiado, y disociaban ambas situaciones, de forma que el *refugio provisional* prácticamente sustituyó la concesión del estatuto de refugiado; lo cual no era inicialmente el objetivo de esta estrategia de protección.

Las razones eran evidentes: el otorgamiento del *refugio provisional* resultaba más conveniente que los largos y costosos procesos de determinación individual; y los Estados no estaban dispuestos a otorgar de forma colectiva el estatuto de refugiado a las personas que se desplazaban en grupos, en tanto que no les interesaba esforzarse en la búsqueda de soluciones duraderas para aquellas, cuyas categorías no podían reconocerse

---

<sup>647</sup> ACNUR: “El ACNUR a los 50 años: del ofrecimiento de una respuesta al planteamiento de soluciones duraderas”, en NAMIHAS, S. (coord.): *Derecho internacional de los refugiados*, IDEI, Lima, 2001, pág. 270.

<sup>648</sup> Al respecto, SUHRKE, A.: “Safeguard Human Rights”, *International Conference on Population and Development*, Santa Cruz, UNHCR, Bolivia, 1993.

<sup>649</sup> COLES, J.G.: “Temporary Refuge and the Large Scale Influx of Refugees”, en *AYIL*, vol. 8, 1983, págs. 189-212.

por ser parte de un grupo. Esta posición de rechazo era generada por la relación que para entonces existía entre el asilo y la seguridad nacional, fundamentada en el ejercicio de funciones de seguridad y defensa de los Estados, diseñadas para proteger su población frente a inconvenientes como los causados por los flujos masivos<sup>650</sup>. Hasta entonces, el otorgamiento del asilo dependía de los "best endeavours"<sup>651</sup> de los Estados, y se vinculaba la admisión a la no devolución, pero también, a la estadía temporal en sus territorios.

## **2.1. La naturaleza jurídica del refugio provisional.**

La naturaleza jurídica del *refugio provisional* ha sido objeto de debate entre la doctrina, principalmente por su naturaleza pragmática y por su discutido reconocimiento como institución de protección, además de por los variados significados que se le han otorgado.

Bien es sabido que el refugio temporal se caracterizó por ser una solución institucional de tipo provisional. No obstante, los malos entendidos respecto a su naturaleza derivaron principalmente de los propios instrumentos producidos por el ACNUR, donde, con el propósito de incorporar amplios medios de acción, se utilizaron indistintamente las instituciones de asilo y refugio provisional o temporal. Así, ha sucedido con la Conclusión No 15 relativa a los "Refugiados sin país de asilo", donde se hace referencia al asilo y al *refugio provisional* como sinónimos, afirmando que "states should always use their best endeavours to grant asylum" y luego instando a los Estados a que "asylum-seekers should always receive at least temporary refuge". Como puede observarse, la utilización de la terminología este instrumento origina dudas y

---

<sup>650</sup> Esta postura se deduce de la redacción del artículo 3 de la Declaración de Asilo Territorial, y el artículo III de los Principios relativos al Trato de los Refugiados, adoptados en agosto de 1966 por el Comité Legal Consultivo Asiático-Africano en Bangkok, texto en UNHCR: *Collection of International Instruments Concerning Refugees*, Geneva, 1990, págs. 201-204.

<sup>651</sup> Así estaba reconocido en los textos del artículo I del borrador de la Convención de Carnegie sobre Asilo Territorial de 1972 y el artículo I adoptado en 1975 por el Grupo de Expertos de las Naciones Unidas. Este mismo artículo fue adoptado con idéntico contenido por la Convención Africana relativa a aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África de 1969, cuyo artículo 2 reafirma el uso de "best endeavours to receive refugees and to secure the settlement of those refugees".

confusiones<sup>652</sup>, reflejadas en las actitudes de los Estados, respecto de la asunción de los compromisos y obligaciones señalados en estos instrumentos.

Entretanto, se puede afirmar que el *refugio provisional* fue definido como una práctica estatal derivada de un acto de soberanía, caracterizada por una admisión de emergencia con base provisional, y que tenía por objeto proporcionar un lugar seguro, pero sin generar compromisos jurídicos al país de acogida<sup>653</sup>, pues su propósito fundamental era únicamente solventar la recepción de un grupo. En este sentido, el *refugio provisional* fue considerado como una propuesta ofrecida a los Estados receptores europeos para resolver dicha situación, con lo que se convirtió en una herramienta útil en la gestión de flujos masivos.

Por tanto, al no ser considerada una forma de protección propiamente dicha, su uso se ha ido ordenando a través de los instrumentos promovidos por el ACNUR. En efecto, en la Trigésima Primera sesión, en 1980, el Comité Ejecutivo aprobó la Conclusión No 19 relativa al *refugio provisional*, donde se reafirmaba la necesidad del respeto a la prohibición de devolución en todas las situaciones de afluencia de refugiados<sup>654</sup>, en los que las personas en busca de asilo deben recibir al menos *refugio provisional*<sup>655</sup>. Sobre el particular, se destaca que, aun cuando se reconoció la necesidad de definir la naturaleza, la función y las consecuencias de la concesión de *refugio provisional*<sup>656</sup>, se subrayó el carácter temporal y la necesidad esencial de que las personas protegidas fuesen objeto de un trato “básicamente humanitario”<sup>657</sup>.

---

<sup>652</sup> Como ejemplo, puede citarse la Resolución 35/41 de la Asamblea General en la que se expresa que: “Urges Governments to intensify, their support for activities which the High Commissioner is carrying out in accordance with relevant resolutions of the General Assembly and the Economic and Social Council, especially by: a) facilitating his efforts in the field of international protection by observing the principle of asylum and non-refoulement relating to refugees” (*Informe del Alto Comisionado para los Refugiados*, Conclusión del 31º período de sesiones, Ginebra 1980, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, Trigésimo quinto período de sesiones, A/Res/35/41, 1980, párr. 5).

<sup>653</sup> ARENAS HIDALGO, N.: “El sistema europeo de protección temporal...”, cit., pág. 750.

<sup>654</sup> *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR sobre Refugio Provisional*, Conclusión No. 19 (XXXI) 1980 (31º período de sesiones del Comité Ejecutivo), Conclusión aprobada por el Comité Ejecutivo del programa del Alto Comisionado por recomendación del subcomité plenario sobre protección internacional, párr. a).

<sup>655</sup> *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR sobre Refugio Provisional*, Conclusión No. 19..., cit., párr. b) i).

<sup>656</sup> *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR sobre Refugio Provisional*, Conclusión No. 19..., cit., párr. f). En este mismo sentido, el párrafo g) consideró que “la práctica del refugio provisional no se había

El *refugio provisional* fue diseñado como una estrategia de protección que pretendía dar respuesta a las situaciones no previstas por la Convención de 1951. Por tanto, de la lectura de la Conclusión No 15 relativa a los “Refugiados sin país de asilo”, y la Conclusión No 19 sobre *refugio provisional*, se puede llegar a afirmar, desde el punto de vista jurídico, que el *refugio provisional*, a pesar de su aplicación reiterada, no se constituyó como nueva forma de protección internacional. Esta figura, en sus inicios, creó estándares relativos a la protección de los derechos de las personas, pues su función primaria permitía ampliar su uso como herramienta flexible aplicable a las situaciones de flujos masivos, pues solicitaba a los Estados la admisión en condiciones de temporalidad, respetando su soberanía. En efecto, se reduce a ser una protección humanitaria, que logra limitar las facultades soberanas en función de la protección internacional de los grupos, sin que se generen para las personas derechos subjetivos: “(...) Temporary refuge is understood as being the protection extended to a refugee by admission on a temporary basis...”<sup>658</sup>.

Cabe destacar que el *refugio provisional* se desarrolló con el propósito de reforzar la aceptación de la prohibición de devolución, para que se pudiese asegurar que la protección de aquellos que huyen en masa. Sin embargo, la práctica llevó a considerar que, al estar limitado en el tiempo, favorecía la repatriación como paso posterior a su otorgamiento, cuestión no en todos los casos beneficiosa para el grupo. Al respecto, el grupo de expertos reunido para el análisis de esta figura afirmó que el refugio temporal no podrá ser visto como una excepción a la prohibición de devolución y que no estaba relacionado en forma directa con la expulsión o el retorno, porque el aspecto temporal había sido establecido en relación a la solución otorgada ante la emergencia y no respecto a la protección básica referida a la no devolución<sup>659</sup>.

---

examinado suficientemente y debía seguir estudiándose, en particular con respecto a: i) los métodos para la admisión de refugiados; ii) su condición jurídica hasta tanto no se lograra una solución permanente; iii) las consecuencias del refugio provisional para la solidaridad internacional, inclusive la distribución de la carga”.

<sup>657</sup> Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la Protección de las Personas que buscan asilo e situaciones de afluencia a gran escala, Conclusión No. 22..., cit., párr. e).

<sup>658</sup> COLES, J.G.: “Temporary Refuge...”, cit., pág. 2.

<sup>659</sup> COLES, J.G.: “Temporary Refuge...”, cit., pág. 3.



Así, el *refugio provisional*, como solución pragmática contenida en las conclusiones del ACNUR, representó la respuesta inicial a emergencias, y estableció la práctica de solución inmediata. Por eso puede afirmarse que significó un avance en lo que a protección de flujos masivos se refiere, puesto que logró solventar vacíos no contemplados en la Convención de 1951, garantizando la admisión y búsqueda de soluciones duraderas. En este orden, llegó a afirmarse que el *refugio provisional* se consagró incluso como norma consuetudinaria<sup>660</sup>, cuyo uso estaba delimitado al tratamiento de afluencias masivas en el marco de los conflictos armados<sup>661</sup>, lo que se contradice con la abundante práctica en contrario de los Estados en las distintas situaciones ocurridas en la década de los ochenta, especialmente en Asia.

## **2.2. El no rechazo en la frontera: admisión, *non refoulement* y respeto a los derechos humanos en el marco de la solidaridad internacional.**

En atención a las consideraciones precedentes, el refugio temporal continuó siendo utilizado por el ACNUR como instrumento útil y como herramienta flexible a ser utilizada en los casos de flujos masivos. La preocupación por el estudio de la cuestión del *refugio provisional* dio forma a la Conclusión No 22 relativa a la protección de personas que buscan asilo en situaciones de afluencia a gran escala, donde la perspectiva del “refugio provisional” como objeto de análisis fue sustituido por “personas en busca de asilo”<sup>662</sup>.

En esta conclusión, a diferencia de las dos anteriores, se establecieron además de la admisión y no devolución, “normas humanitarias básicas mínimas” de trato a las

---

<sup>660</sup> Al respecto, FITZPATRICK, J.: “The Principle and Practice of Temporary Refugee: A Customary Norm Protecting Civilian Fleeing Internal Armed Conflict”, en MARTIN, D. A. (edit.): *The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980's*, The Ninth Sokol Colloquium on International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1988, págs. 87-121.

<sup>661</sup> En 1986 PERLUSS y HARTMAN opinaron que la práctica de los Estados había llevado al refugio temporal “into binding customary law for persons fleeing armed conflict” (PERLUSS, D.; HARTMAN, J.: “Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm”, en *VJIL*, vol. 26, 1996, pág. 551). Sobre opiniones diferentes a la expuesta LUCA, D.: “Questioning Temporary Protection”, en *IJRL*, vol. 6, 1994, pág. 225.

<sup>662</sup> *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la Protección de las Personas que buscan asilo en situaciones de afluencia a gran escala*, Conclusión No. 22..., cit. párr. a).

personas en busca de asilo admitidas temporalmente<sup>663</sup>. Al respecto, es preciso resaltar que este instrumento sistematizó las normas de trato debidas a las personas admitidas temporalmente en un país, en espera de medidas para una solución duradera, poniendo de manifiesto la importancia de la protección internacional en caso de afluencias a gran escala<sup>664</sup>. De esta manera, la inexistencia de normas jurídicas concretas impulsó de forma considerable la aplicación de esta protección por razones humanitarias<sup>665</sup>.

Esta protección otorgada de forma provisional recibió fuertes críticas<sup>666</sup>. Los Estados alegaban que las afluencias masivas de personas creaban problemas de

---

<sup>663</sup> “En consecuencia, es esencial que se trate a las personas en busca de asilo admitidas temporalmente a la espera de arreglos para una solución duradera de conformidad con las siguientes normas humanas básicas mínimas: a) No se les debe castigar o exponer a trato desfavorable por el mero hecho de considerar ilegal su presencia en el país; no deben imponerse otras limitaciones a sus movimientos más que las necesarias en interés de la salud pública y el orden público; b) Deben disfrutar de los derechos civiles fundamentales reconocidos internacionalmente, en particular los enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; c) Deben recibir toda la asistencia necesaria y deben satisfacerse sus necesidades vitales básicas, incluida la provisión de alimentos, techo y servicios básicos de higiene y salud; la comunidad internacional debe amoldarse en este sentido a los principios de solidaridad internacional y de distribución de la carga; d) Es preciso tratarles como personas cuya condición trágica requiere una comprensión y solidaridad especiales. No se les debe someter a trato cruel, inhumano o degradante; e) No debe haber discriminación alguna por motivos de raza, religión, opinión política, nacionalidad, país de origen o incapacidad física; f) Se les debe considerar personas ante la ley con libertad de acceso a los tribunales y a otras autoridades administrativas competentes; g) La ubicación de las personas en busca de asilo debe determinarse en razón de su seguridad y bienestar y de las necesidades de seguridad del Estado de acogida. En la medida de lo posible debe ubicarse a las personas en busca de asilo a una distancia razonable de la frontera de su país de origen. Esas personas no deben participar en actividades subversivas contra su país de origen ni contra cualquier otro Estado; h) Es preciso respetar la unidad familiar; i) Es preciso prestarles toda la ayuda posible para la localización de familiares; j) Deben adaptarse las medidas necesarias para proteger a los menores y a los niños no acompañados; k) Se les debe permitir enviar y recibir correspondencia; l) Debe permitírseles que reciban ayuda material de amigos o parientes; m) Deben adaptarse las medidas adecuadas, en la medida de lo posible, para el registro de nacimientos, muertes y matrimonios; n) Es preciso prestarles todos los servicios necesarios que les permitan conseguir una solución durable satisfactoria; o) Se les debe permitir trasladar al país en que hayan conseguido la solución duradera los bienes que hubieran traído al territorio; p) Deben adaptarse todas las medidas posibles para facilitar la repatriación voluntaria” (*Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la Protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia a gran escala*, Conclusión No. 22..., cit., párr. II. B. 2).

<sup>664</sup> Al respecto, se advierte que el hecho de que no sólo individuos, sino comunidades enteras hayan tenido que desplazarse a causa de la violencia religiosa, política o étnica, no cambia la calidad de la persecución y por tanto deben también ser protegidos (CABRINI, L.: “El proceso de consultas globales sobre la revitalización de la protección de los refugiados”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (ed.): *La Revitalización...*, cit., pág. 16).

<sup>665</sup> ARENAS HIDALGO, N.: “El sistema europeo de protección temporal...”, cit., pág. 748.

<sup>666</sup> Estas críticas estuvieron fundamentadas en la desigualdad respecto al contenido de los derechos garantizados a las personas que eran protegidas bajo el otorgamiento del refugio provisional, concretamente en relación con la gestión de los refugiados del sudeste asiático a finales de los años setenta del siglo pasado. Vid. GOODWIN-GILL, G. S.: *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, págs. 233-234.

seguridad nacional y de orden público, y que atentaban contra la paz y la seguridad internacional. Esta posición influyó en la decisión de los Estados de acogida para la no aceptación de grupos en su territorio, con lo que quedaban como opciones la devolución al país de origen o el inmediato reasentamiento.

Para evitar que las políticas de rechazo vulneraran los derechos de las personas que huían en busca de protección, el ACNUR, a través de sus Conclusiones, instaba y sensibilizaba a los Estados al respeto de la prohibición de devolución y a la admisión de estas personas con necesidades de protección. Por tanto, el objetivo de dichos instrumentos era asegurar la admisión de las personas que huían, el respeto del derecho de *non-refoulement* y el disfrute de los derechos humanos fundamentales en el país de refugio<sup>667</sup>. Así, que de forma progresiva y en función de la evolución llevada a cabo por las conclusiones puede deducirse que el otorgamiento del *refugio provisional* con el tiempo no se limitó a la acogida temporal en el territorio, sino que comportó diferentes acciones, como aquellas relacionadas con la búsqueda de soluciones duraderas, pues el primero no resultaba beneficioso para todos los casos, principalmente, porque los estándares de trato no eran adecuados, lo que acarreaba graves consecuencias como el hecho de que en muchos países se consideraba a los protegidos de forma provisional como inmigrantes ilegales, por lo que quedaban expuestos a medidas severas como detenciones y expulsión.

La recepción de personas bajo el renovado *refugio provisional*, además de promover el respeto por la prohibición de devolución, permitir la admisión de las personas y velar por la defensa de los derechos humanos, impulsó la implicación de la sociedad internacional, que se vio comprometida a solidarizarse con los Estados receptores en la búsqueda de soluciones para los casos de flujos masivos y hubo de reafirmar su compromiso de procurar la asistencia material a los mismos, lo que puso en evidencia la existencia de problemas más allá de los límites de sus fronteras<sup>668</sup>. Por eso

---

<sup>667</sup> Haciendo referencia a la Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR sobre *Refugio Provisional*, Conclusión No. 19 y a la Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la *Protección de las Personas que buscan asilo en situaciones de afluencia a gran escala*, Conclusión No 22..., cit., PIRJOLA afirma que: "The minimum rights set forth in these conclusions include the right of admission to the country of asylum, respect for the principle of *non refoulement* and the enjoyment of basic human rights" (PIRJOLA, J.: "Temporary Protection as a Future Model for Asylum", en *NJIL*, vol. 64, 1995, pág. 424).

<sup>668</sup> COLES, J.G.: "Temporary Refuge...", cit., pág. 4.

se reconoció que la responsabilidad por emergencias como las que producen los flujos masivos no corresponde únicamente al Estado receptor, sino también a todos los Estados, que deben promover soluciones adecuadas<sup>669</sup>. Por tanto, se entendió que la cooperación de la sociedad internacional no debe estar precedida por la incapacidad del Estado receptor en la gestión de los acontecimientos, ni se debe esperar a que el Estado exprese su imposibilidad de actuar, sino que por el contrario, se debe cooperar en la solución de los problemas para evitar que se vulnere el *non refoulement*<sup>670</sup>.

### **3. EL DESARROLLO DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL COMO NUEVO MÉTODO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS FLUJOS MASIVOS**

La década de los noventa del siglo pasado trajo para el ACNUR y para el resto de las organizaciones humanitarias desafíos cuyas causas eran hasta entonces novedosas<sup>671</sup>. Ante la magnitud del desplazamiento generado por el conflicto en la antigua Yugoslavia<sup>672</sup> y la amenaza de que lo mismo ocurriera en los antiguos países comunistas de Europa del Este, resultaba necesaria la creación de nuevos mecanismos, pues las soluciones tradicionales que fueron utilizadas tras del fin de la guerra fría y

---

<sup>669</sup> El análisis adjunto al informe de la reunión de expertos llegó a una conclusión importante respecto a la relación del refugio provisional y la solidaridad internacional, y es que, si bien la sociedad internacional debe sentirse comprometida con la gestión de las emergencias ocasionadas por los flujos masivos, el tema de la ayuda humanitaria vinculada a la solidaridad internacional no debe constituirse en una condición previa para el cumplimiento de las obligaciones del Estado, como aquellas relativas a la no devolución. El hecho de otorgar el refugio provisional debe entenderse como un ejemplo de solidaridad internacional en este sentido afirma que “[n]o universal system of protection applicable to large-scale influx situations will be workable satisfactorily unless both principles are made twin pillars of the system (...). In that system, temporary refuge is an essential link between the principle of non-refoulement and the principle of international solidarity” (COLES, J.G.: “Temporary Refuge ...”, cit., pág. 5).

<sup>670</sup> “In relation to a universal system for protection of refugees, it can be said that to weaken the principle of international solidarity is to weaken the principle of non-refoulement” (COLES, J.G.: “Temporary Refuge...”, cit., pág. 4).

<sup>671</sup> “With the end of the Cold War, and re-emergence of long-suppressed ethnic tensions and nationalist tendencies in and around Europe, the handling of mass-displacement crises effecting this region is in the process of a re-evaluation” (van SELM, J.: *Refugee Protection...*, cit., pág. 82).

<sup>672</sup> “El violento desmembramiento de la República Federal Socialista de Yugoslavia, que comenzó en junio de 1991 con la declaración de independencia de Eslovenia y de Croacia, desembocó en la mayor crisis de refugiados en Europa desde la Segunda Guerra Mundial” (ACNUR: *Situación de los refugiados en el mundo*, Icaria, Barcelona, 1995, pág. 241).

hasta finales de los ochenta para solventar las crisis de refugiados<sup>673</sup>, no habían resultado ser estrategias realistas para hacer frente a los flujos masivos<sup>674</sup>.

El continente europeo sería protagonista, una vez más, de grandes crisis humanitarias y de desplazamientos masivos<sup>675</sup>, a los cuales fue imposible responder organizadamente debido a la ineficacia de los instrumentos legales existentes, lo que obligó a complementar los métodos de protección planteados en ellos con las “herramientas flexibles”<sup>676</sup>. Al respecto, los desplazamientos en masa<sup>677</sup> y la actitud

---

<sup>673</sup> “There is an essential difference between the basic provisions for handling mass refugee crisis now compared to the time prior to 1989 when Cold War dominated world politics. During the Cold War, anyone who managed to flee from a communist country (e.g. Southeast Asia in the middle and end of the 1970’s) was regarded as a political refugee (i.e. Geneva Convention on Refugees) who could not repatriated to their native country. These protection seekers were used as a symbol for western liberalism’s superiority over communist dictatorship and were regarded as a political victory in the global battle between East and West. The consequences of this were that in the bipolar international politics during the Cold War, similarities and differences between political systems of receiving and native nations determined the underlying response logic to refugee emergencies, that is whether the problem has been regarded as ‘merely’ humanitarian emergency, or whether it has been labeled as realpolitik issue, touching upon national interests of the countries concerned. The refugee problem around the Former Yugoslavia is the first post-Cold War refugee crisis. As results, refugees who fled from former communist nations are not longer regarded as a political assets for the West” (DACYL, J.: “International responses to refugee flows from the former Yugoslavia”, en MALMSTRÖM, S.; NOLL, G. (rels.): *Temporary Protection-Problems and Prospects*, Raoul Wallenger Institute of Human Rights and Humanitarian Law, Report núm. 22, Lund, 9 de mayo de 1996, pág. 20).

<sup>674</sup> Así fue reconocido por el ACNUR en OGATA, S.: “Our Global Neighbourhood”, The Report of the Commission on Global Governance, Oxford University Press, Oxford, 1995, pág. 207.

<sup>675</sup> “Having started as a European problem and spread globally, it has come back to haunt Europe once again. Europe is once again a major refugee-producing region” (OGATA, S.: “Refugees: A multilateral Response to Humanitarian Crisis”, Eilberg Lecture on International Studies, University of California, Berkely, April 1 1992, pág.35). De acuerdo con el informe de la Alta Comisionada OGATA titulado “Our Global Neighbourhood” había alrededor de 6.1 millones de refugiados en Europa en 1993. *Vid.* OGATA, S.: “Our Global Neighbourhood...”, cit., pág. 207.

<sup>676</sup> La protección temporal fue presentada por el ACNUR como una solución práctica y una herramienta flexible, con la que pretendían evitar que los sistemas de determinación de los Estados receptores colapsaran (*Comprehensive response to the Humanitarian Crisis in the former Yugoslavia, Informal meeting on Temporary Protection*, UNHCR: *Background Note*, Geneva, 21 January 1992, pág. 19). Este es el documento previo a la International Meeting on Victims of the Humanitarian Crisis in the Former Yugoslavia, realizada el 29 de julio de 1992, que contiene recomendaciones relativas al manejo de la crisis en la antigua Yugoslavia, a través de la cuales se solicita a los países receptores que por lo menos otorguen protección temporal a las personas que huyen de este conflicto. Además, recoge una serie de provisiones relativas al respeto de los derechos humanos, protección preventiva, acceso humanitario, asistencia material, retorno y rehabilitación. Como puede verse, desde el punto de vista meramente conceptual, el término protección temporal surgió en este contexto y por diferentes razones se consideró que la palabra “protección”, tendría implicaciones más positivas en relación al conjunto de derechos que se podrían amparar (LUCA, D.: “Questioning Temporary Protection...”, cit., pág. 235).

<sup>677</sup> Durante el transcurso de 1991 y principios de 1992, los desplazamientos generados por el conflicto en la antigua Yugoslavia se traducían en cifras manejables. A principios de 1992, la crisis superó las previsiones y se volvió incontrolable. La aplicación de los instrumentos legales para la determinación de la condición de refugiados resultaba imposible, no sólo por la magnitud de los grupos sino también por la

negativa de los Estados de acogida<sup>678</sup>, entre otras cosas, impulsaron nuevamente las actuaciones del ACNUR, que, ampliando su mandato<sup>679</sup>, hizo frente a las consecuencias humanitarias de los conflictos armados internos e internacionales<sup>680</sup> que afectaban a varios países de Europa del Este<sup>681</sup>. En este sentido, se hizo necesario rediseñar estrategias en busca de soluciones más efectivas, tendentes a frenar el desbordamiento de los sistemas de determinación, ocasionado por el conflicto en la antigua Yugoslavia y la subsiguiente crisis de refugiados generada por éste. Era evidente que en esos momentos las circunstancias conllevaban a la necesidad de establecer una protección de tipo colectivo<sup>682</sup>, pues la frecuencia y la intensidad de los desplazamientos masivos de

---

rapidez de la llegada a los países vecinos. Al respecto: Comprehensive response to the Humanitarian Crisis in the former Yugoslavia, Informal meeting on Temporary Protection, UNHCR: *Background Note*, Geneva, 21 January 1993, págs. 1-3.

<sup>678</sup> “ (...) Los Estados también pretenden aplicar estrictamente el estatuto personal de refugiado cuando la realidad circundante es que se trata de éxodos masivos de población que no pueden identificarse estrictamente con los términos de la convención, pero cuyas circunstancias requieren el mismo trato de protección y asistencia” (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “Los nuevos desafíos de la protección de los refugiados”, en CAMPS MIRABET, N. (ed.): *El Derecho internacional antes las migraciones forzadas: Refugiados, Desplazados y otros migrantes involuntarios*, Edicions de la Universitat de Lleida, Sud-nord, 2005, págs. 61-62).

<sup>679</sup> De la misma manera como se habían gestionado las crisis de refugiados anteriores, se crearon soluciones *ad hoc*, a través del Consejo Económico y Social y la Asamblea General de las Naciones Unidas, para ampliar el mandato del ACNUR. “(...) UNHCR’s mandate was formulated to assist convention refugees, this has meant that UNHCR is not (formally) authorized to initiate humanitarian missions for non-convention refugees. Therefore an additional resolution was necessary to legitimize international action for refugees in and outside the borders of Former Yugoslavia” (DACYL, J.: “Europe Needs A New Protection ...”, cit., pág. 226).

<sup>680</sup> En las operaciones llevadas a cabo en la década de los noventa, “[e]l ACNUR hubo de hacer frente a dos desafíos principales. Primero, el intento de ayudar a la población civil en pleno conflicto armado entrañó muchas más dificultades que ayudar a los refugiados en los países de asilo. Conseguir el acceso a las poblaciones vulnerables resultó a menudo un problema complejo, y la seguridad fue una preocupación de primer orden, no sólo para las personas a las que se ayudaba, sino también para el personal humanitario. Fue difícil cuando no imposible mantener una imagen de imparcialidad. Segundo, el gran número de actores internacionales involucrados en la respuesta a las crisis humanitarias hizo necesario mejorar la cooperación entre ellos. Se entablaron nuevas relaciones, no sólo con las fuerzas militares multinacionales y con otras organizaciones humanitarias, sino también con otros actores, como organizaciones de seguridad regionales, organizaciones de derechos humanos, investigadores de crímenes de guerra, organizaciones de desarrollo, negociadores de paz y medios de comunicación.” (ACNUR: *Situación de Refugiados en el mundo 2000...*, cit., págs. 233-234).

<sup>681</sup> Las respuestas de los Estados ante los flujos masivos están influenciadas por 3 grupos de factores: “a) the characteristics of the refugee problems; b) background variables; c) characteristics of the receiving country. It appears that while the nature refugee crisis is characterised (a) determines quality and quantity of the refugees needs, background variables (b) influence the underlying response logic (that is if the problem is interpreted as a ‘humanitarian’ or as a ‘practical political’ one). In the end, it is ultimately the characteristics of the receiving nations (c) which determinates the handling of the concrete refugee crisis” (DACYL, J.: “International responses to refugee...”, cit., pág. 13).

<sup>682</sup> Al respecto, GALINDO VÉLEZ opina que “en la práctica, con la determinación colectiva se deja de lado el establecimiento de la causalidad entre los acontecimientos e individuos, y se pasa al plano en el

personas que huían de los conflictos armados en busca de protección imposibilitaban la determinación individual<sup>683</sup>.

Por tanto, en 1992, en el marco del conflicto armado existente en la antigua Yugoslavia, y con la experiencia adquirida con la petición de uso del *refugio provisional* como herramienta flexible en los años setenta y ochenta, la posición del ACNUR fue contundente y, como solución inmediata, pidió formalmente a los gobiernos que concedieran “protección temporal”<sup>684</sup> a las personas que huían del conflicto armado y de las violaciones de derechos humanos asociadas a él porque estas personas huían de conflictos armados<sup>685</sup> en flujos masivos y su determinación como refugiados en los países vecinos resultaba imposible: “There are however many who have no option but to move, in order to seek safety and refuge in other countries. In line with their responsibilities towards asylum seekers, all States, within or outside the region, should provide temporary protection to persons fleeing former Yugoslavia and who are in need of such protection. (...) The nature of the current conflict is such that a flexible system of temporary protection would respond adequately to the emergency situation and encourage return as the most desirable and feasible solution. However, whatever mechanism for burden-sharing is adopted, it must not limit the right to seek asylum. In this —as in other situation— admission and protection, at least on a

---

cual se supone que el grupo entero ha abandonado su país por la situación que reina en él. La condición *sine qua non* para recurrir a la determinación colectiva de la condición de refugiado consiste en que en el país de origen del grupo reine una situación política y social objetivamente deteriorada. La determinación colectiva de la condición de refugiado es una de las formas más rápidas de brindar protección y asistencia a personas necesitadas” (GALINDO VÉLEZ, F: “Consideraciones sobre la determinación de la condición de refugiado”, en NAMILLAS, S. (coord.): *Derecho...*, cit., pág. 34).

<sup>683</sup> “Since most of the refugee from Former Yugoslavia fled from the so-called generalized violence where threats were direct towards large segments of the population rather than individuals, most people from ex-Yugoslavia have not been able to qualify for formal status as convention refugees” (DACYL, J.: “International responses to refugee...”, cit., pág. 16).

<sup>684</sup> “Temporary protection is not a new tool in international protection. It has been used as a means to deal rapidly with mass flight situations mainly in developing countries. The meaning of protection can be found in such documents as UNHCR Executive Committee conclusion No. 19 concerning Temporary Refuge and conclusion No. 22 concerning Protection of Asylum Seekers in Situation of Large Scale Influx” (PIRJOLA, J.: “Temporary Protection as a Future ...”, cit., pág. 424).

<sup>685</sup> “Persons falling under the definition contained in the 1951 Refugee Convention and persons fleeing armed conflict are two different categories. The granting of temporary Protection should be discussed with respect to the latter category” (MALMSTRÖM, S.; NOLL, G. (rels.): *Temporary Protection-Problems and Prospects*, Raoul Wallengier Institute of Human Rights and Humanitarian Law, Report num. 22, Lund, 9 de mayo de 1996, pág. 10).

temporary basis, should be given without discrimination to all those who need it”<sup>686</sup>. Dicha posición volvió a reiterarse con posterioridad: “persons fleeing from former Yugoslavia who are in need of international protection should be able to receive it on a temporary basis”<sup>687</sup>.

Como respuesta a la propuesta del ACNUR, algunos Estados europeos acogieron a los desplazados en sus territorios de forma interina<sup>688</sup>, bajo diversas formulas jurídicas<sup>689</sup> o creando legislaciones específicas para la protección territorial de personas; pero la mayoría lo hizo a través de respuestas *ad hoc* o utilizando las legislaciones que ya disponían para casos de emergencia o a través de dispositivos concretos que no tenían vocación de continuidad, pues no existían planes de contingencia, ni tampoco un modelo de recepción o acogida<sup>690</sup>. Estas recepciones generaron distintos estatutos<sup>691</sup> e

---

<sup>686</sup> *Statement of the United Nations High Commissioner for Refugees to the International Meeting on Humanitarian Aid for Victims of the Conflict in the Former Yugoslavia*, Geneva, July 29 1992.

<sup>687</sup> UNHCR: *Background Note*, Geneva, 21 January 1993..., cit., pág. 2. Al respecto es importante precisar que esta propuesta se fundamentó en tres elementos. Primero, era necesario admitir a los antiguos yugoslavos en países de refugio y garantizarles protección contra un regreso forzoso a cualquier país en el que su vida y su libertad estuvieran en peligro. Segundo, había que tratar a los beneficiarios de este acuerdo “según las normas humanitarias reconocidas internacionalmente”, para garantizarles sus derechos en el país de asilo. Tercero, había que autorizar a los antiguos yugoslavos a permanecer en el país que los había admitido hasta el momento en que fuese posible un regreso seguro a su país de origen. *Vid.* ACNUR: *Situación de los refugiados en el mundo*, Icaria, Barcelona, 2001, pág. 86.

<sup>688</sup> GIBNEY, M.: “Between Control and Humanitarianism: Temporary Protection in Contemporary Europe”, *Georgetown Immigration Law Journal*, núm. 14, 2000, pág. 689.

<sup>689</sup> Al proliferar los desplazamientos masivos y al no existir una sistematización de la protección debida a estos casos, se generó, entre los años ochenta y noventa, la proliferación de modelos de protección, distintos a la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967. Como explica ARENAS HIDALGO, conceptos como “promoción de estabilidad a través del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”, “persecución de las violaciones de derechos humanos”, “prevención de conflictos”, “la promoción del desarrollo económico y social”, “la asistencia in situ”, “la asistencia humanitaria como estrategia de prevención del exilio”, se constituyeron en ámbitos de actuación relacionados con la gestión de crisis que se generaron como consecuencia del desplazamiento de población, y que se han integrado al modelo clásico diseñado por la Convención de Ginebra de 1951, al no existir otras disposiciones al respecto (ARENAS HIDALGO, N.: “El sistema europeo de protección temporal...”, cit., pág. 746).

<sup>690</sup> Al respecto, KERBER, K.: “Temporary Protection in the European Union: A Chronology”, en *Georgetown International Law Journal*, vol. 14, núm. 1, 1999, págs. 36-38.

<sup>691</sup> De acuerdo con el *Survey on the Implementation of Temporary Protection* presentado por el Humanitarian Issues Working Group of the International Conference on the Former Yugoslavia: “(...) There were between 3.000 and 5.000 Bosnians in Albania; more than 5.000 people with so-called ‘Special Assistance Category’ in Australia, between 50.000-55.000 Bosnians had temporary asylum in Austria, of which 37.642 received aid through a ‘special assistance scheme’; in Belgium there were at the same time 4.688 designated displaced persons (lacking recognized TP-status) plus 200 people (former POWs and other humanitarian cases) with recognized TP status; Bulgaria harboured 160 people from the Former Yugoslavia with so-called ‘internal passports’ or TP; in Canada there were at this time 14.689 people from the ex-Yugoslavia who were split in six different categories in the Czech Republic 2.835



impulsaron el desarrollo de los mecanismos de distribución de responsabilidad financiera y física, cuyo objetivo era equilibrar las desigualdades en la acogida de los flujos masivos<sup>692</sup>.

En la crisis surgida a razón de los desplazamientos forzados provenientes de la antigua Yugoslavia, las disposiciones recogidas en la Convención de 1951, principalmente las relativas a las obligaciones de los Estados, no fueron aplicadas<sup>693</sup>. En efecto, la protección temporal (otorgada principalmente por razones humanitarias) no conllevó el reconocimiento de la condición de refugiado prevista en dicho instrumento<sup>694</sup>. Los Estados vecinos recibieron y acogieron a todas estas personas que huían, considerando que las causas que motivaban el conflicto en los Balcanes serían temporales y que las condiciones para el retorno se darían en corto plazo. Mientras tanto

---

people held TP; in Denmark this figure was 21.300; in Finland there were 2.505 refugees from Former Yugoslavia in seven categories; in France this figure was 15.000 (in six different categories); in Germany 299.325 people from ex-Yugoslavia sought asylum, with an additional 7.000 who had former POW TP status; in Greece this figure was 708; in Hungary approximately 8.000 people held TP in the middle of 1994 in Ireland the number was 256; in Italy approximately 1.915 people from the Former Yugoslavia lived in refugee camps and other 10.000 were not registered; in Liechtenstein the figure was 265; in Luxemburg the figure was 1.404; Holland 17.246; in Norway the number was 14.471; in Poland 676; in Slovakia 2.400, in Spain 3.652 persons from Former Yugoslavia divided into six categories; in Sweden the figure was 70.200; in Switzerland there were 29.585 refugees from ex-Yugoslavia who lived in refugee camps (and another 15.000-30.000 lived outside refugee camps); in the UK there were 5.333 (plus 4.000 medical cases); and in the United States there were 13.644 people from Former Yugoslavia by mid 1994" (DACYL, J.: "International Responses to refugee ...", cit., pág. 19).

<sup>692</sup> Van SELM, J.: *Refugee Protection in Europe Lessons...*, cit., pág. 89 y ss. Para más información van SELM, J. (coord): *Kosovo's Refugees in the European Unión*, Pinter, London and New York, 2000.

<sup>693</sup> "The development in refugee law and practise in the late 1970s and the beginning of the 1980s was characterized by improving legal safeguard in the asylum procedure and more firmly establishing the facto refugee status in many European countries. This development has, however, changed dramatically since the mid 1980s. The negative trends from the mid 1980s were further developed in the 1990 and have as a target to bring down the number of asylum seekers rather than securing the protection of human rights of refugees or addressing the human rights problems which lead the flight. This has been named the non-admission policy. The main instruments in the non-admission policy are: (1) visa requirements combined with carrier sanctions which have been introduced by most OECD countries; (2) international zones in airports; (3) isolation and processing of applications at military bases abroad such as the Haitians at the Guantanamo base in Cuba; (4) safety zones where individuals receive international assistance and protection in the home country which have been developed in relation to kurdish refugees from Iraq and in Bosnia-Herzegovina. These policies are often combined in different ways according to the specific situation" (KJAERUM, M.: "Challenges facing the asylum policy of the European Union and its member states, in particular in relation to temporary protection", en *Workshop on Freedom of Movement and the treaty of Amsterdam*, Turku University, 15 September, 1999, pág. 1).

<sup>694</sup> "Temporary protection is not a established part of public internacional law but a political instrument developed to cope with specific situations of mass-influx of refugees and other persons in search of internacional protection" (KÄLIN, W.: "Temporary Protection in the EC...", cit., pág. 202).

la confusión y el descontrol caracterizaron la gestión de los desplazamientos masivos producidos por este conflicto.

En consecuencia, la protección temporal se convirtió en la respuesta global a la emergencia humanitaria en la antigua Yugoslavia<sup>695</sup>. Este mecanismo, aunque no resultaba novedoso, pues se tenía el antecedente del *refugio provisional*, puso de relieve la necesidad de evolucionar en la conducción de estas emergencias. De esta forma, se constituyó en el “antecedente mediato”<sup>696</sup> al régimen de protección temporal diseñado por la Unión Europea, sistematizado en la Directiva europea de 2001<sup>697</sup>.

La protección temporal en el marco de la emergencia de la antigua Yugoslavia surgió como protección inmediata que, como herramienta, pretendía flexibilizar las estructuras rígidas de la Convención de 1951. Así, esta herramienta flexible pretendía, por un lado, proteger a las personas que huían y, por el otro, apoyar a los Estados receptores en la gestión de las crisis de refugiados, debido al colapso de los sistemas de determinación. En este orden de ideas, la acogida temporal se constituyó en el primer paso en la protección de estos grupos, aun cuando se sabía que no sería suficiente como respuesta a estos flujos masivos<sup>698</sup>. Por ello, desde sus inicios, al igual que ocurriera con el *refugio provisional*, la protección temporal se ha enfrentado a diversas críticas, pues

---

<sup>695</sup> “Temporary protection, as a distinct legal status from refugee under the 1951 Convention relating to the status of Refugees, has its origins in western Europe in the War in the former Yugoslavia. With over half a million people seeking asylum in the early 1990s in western Europe, there was concern both from governments and UNHCR that the system of granting asylum could be overwhelmed by the number of claims” (KOSER, K.; WALSH, M.; BLACK, R: “Temporary Protection and the Assisted Return of Refugees from the European Union”, en *IJRL*, vol. 10, núm. 3, July 1998, pág. 446).

<sup>696</sup> ARENAS HIDALGO, N.: “El sistema europeo de protección temporal...”, cit., pág. 750.

<sup>697</sup> El 20 de julio de 2001 es adoptada la Directiva 2001/55/CE del Consejo, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y las medidas de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, texto en DOCE, núm. L 212 de 07/08/2001, págs. 0012-0023.

<sup>698</sup> Como resultado de la persistencia del conflicto en la antigua Yugoslavia, el ACNUR continuó discutiendo el uso de la protección temporal y, además de confirmar la admisión, la no devolución y el respeto a los derechos humanos, se incluyó la repatriación voluntaria como elemento esencial de la protección temporal. En dichas discusiones también se resaltó la importancia del otorgamiento del permiso para permanecer en el territorio del Estado receptor hasta que un retorno seguro pudieron ser viable, como un elemento separado. *Vid.* UNHCR: *Background Note*, Geneva, 21 January 1993..., cit., págs. 4-5.

ha sido difícil equilibrar las necesidades de protección de las personas y las exigencias de los Estados<sup>699</sup>.

Resulta importante destacar que los esfuerzos internacionales para solventar el problema de los refugiados de la antigua Yugoslavia no se centraron solamente en el marco de las actividades del ACNUR. La Unión Europea, en orden a cooperar, adoptó una Conclusión sobre personas desplazadas a consecuencia del conflicto de la Antigua Yugoslavia, en Londres en 1992<sup>700</sup>, donde se elaboró una lista de todas aquellas personas que podrían recibir protección prioritaria y se señalaron además los beneficios que los Estados debían proveer, mientras se procedía a la repatriación de los grupos; se iniciaron así las respuestas normativas respecto a la protección temporal en el ámbito europeo.

Como puede observarse, el desarrollo de la protección temporal en los noventa se caracterizó por ser una respuesta regional y específica que pretendía dar solución a las emergencias producidas por las afluencias masivas cuando la determinación individual era imposible de realizar<sup>701</sup>. Así, ante esta imposibilidad, es preciso aclarar que el otorgamiento de la protección temporal por parte de un Estado no está vinculado al reconocimiento de las causas que motivaron el desplazamiento; por tanto, él mismo otorga una protección mínima, que permite la acogida y permanencia temporal. No obstante, aun cuando la protección temporal no suponía el otorgamiento de un estatuto,

---

<sup>699</sup> “Hay una doble necesidad de encontrar soluciones a la crisis del desplazamiento humano: una necesidad humanitaria, que proviene del sufrimiento experimentado por los refugiados en el mundo, y una necesidad estratégica, derivada de los problemas de seguridad que surgen como resultado de los movimientos masivos de población y de las fuerzas que los provocan” (ACNUR.: *La situación de los refugiados en el mundo* 1995. *En busca de soluciones*, Alianza, Madrid, 1995, pág. 23).

<sup>700</sup> *Conclusion of the Meeting of the Ministers Responsible for Immigration*, Council of the European Communities General Secretariat, Annex IV: Conclusion on People Displaced by the Conflict in the Former Yugoslavia, Jan. 30, 1992.

<sup>701</sup> Fue en 1994 cuando la protección temporal dejó de discutirse sólo en relación con los flujos masivos en la antigua Yugoslavia, y pasó a considerarse como un elemento del “Comprehensive Approach” de la gestión de flujos masivos, convirtiéndose en una herramienta general de protección para casos de flujos masivos. Por tanto, era importante tomar nota de las experiencias aprendidas en orden a mejorar la protección en caso de futuros flujos masivos, sobre todo respecto a las siguientes consideraciones: “a) at the early stages of mass refugee crises protection seekers are not entitled to enter asylum procedure; b) temporary protection constitutes emergency measures when basic human rights are threatened in the home country; c) substantially smaller benefits at the initial stage in comparison with convention refugees; d) *prima facie* admission or en groupe determination” (Informal Meeting of Governmental Experts on Temporary protection, UNHCR: *Background Note*, Geneva, 24 Marzo 1994, pág. 3).

sí que generaba una expectativa de solución jurídica para las personas que hubiesen ingresado en un Estado como parte de un flujo masivo<sup>702</sup>.

### 3.1. Definición y naturaleza de la protección temporal.

Como se ha señalado, las situaciones de afluencia masivas en Europa a principios de los noventa, como consecuencia de los desplazamientos masivos producidos por el conflicto yugoslavo, motivaron la aparición del concepto de protección temporal, cuyo objetivo principal es proteger a grupos de personas, evitando las demoras de la determinación individual y los costos que la misma produce. Al respecto, es necesario puntualizar que, si bien la protección temporal no es un mecanismo actual<sup>703</sup>, su aplicación a la situación en Europa del Este representó una novedad para el Derecho internacional de los refugiados<sup>704</sup>.

La protección temporal puede definirse como una figura que sirve para proteger, por un tiempo determinado, a las personas que huyen de su país, independientemente de las causas que motiven la huida<sup>705</sup>. Para el ACNUR<sup>706</sup>, la protección temporal es una herramienta flexible, a través de la cual se otorga protección internacional a las personas

---

<sup>702</sup> “Unlike asylum seekers whose claim has not been yet reviewed, the protection needs of persons being granted TP has been already established. Hence, at least their rights are de jure stronger” (UNHCR: *Background Note*, Geneva, 24 Marzo 1994..., cit., pág. 2).

<sup>703</sup> “The practice of temporary refuge, of admission and protection (that is Asylum) on a temporary basis has a long history, even if the attempt at conceptualisation is relatively recent” (GOODWIN GILL, G.S.: *The Refugee*..., cit., pág. 198).

<sup>704</sup> MARX, R.: *Temporary Protection: international protection solution orientated approach*, European Council on Refugees and Exiles, London, 1994.

<sup>705</sup> FITZPATRICK, J: “Temporary Protection of refugees: Elements of Formalized Regime”, en *AJIL*, April 2000, vol. 94, No 2, pág. 280. Lo que quiere decir que, a diferencia de la protección considerada de forma individual, la protección temporal se presenta como un concepto que podría hacerse extensivo a aquellas personas que migraron forzosamente y en grupo, pero que no se sabe si cumplen o no con los requisitos exigidos por el primer artículo de la Convención de 1951, ni por el Protocolo de New York de 1967.

<sup>706</sup> La protección temporal ha sido caracterizada como: “flexible tool to provide international protection to persons who need it, noting that temporary protection can provide a response to the emergency while privileging eventual safe return as the most desirable and feasible solution” (UNHCR: *Background Note*, Geneva, 21 January 1993..., cit., pág. 3).

que la necesiten, en respuesta a las emergencias causadas por los flujos masivos<sup>707</sup>, mientras se busca una solución duradera. En este sentido, la protección temporal representa una estrategia a medio plazo, que permite otorgar de manera inmediata una seguridad física, a la espera de una respuesta duradera. Por tanto, puede afirmarse que la misma está destinada a ayudar a las personas que huyen masivamente y pone de manifiesto la dimensión humanitaria de la asistencia.

Si se toma en consideración que la Convención de 1951 no da una respuesta normativa concreta a las situaciones de afluencia masiva, la protección temporal puede verse como un paso evolutivo, producto del cambio gradual del criterio subjetivo de calificación de los temores individuales al criterio objetivo que se fundamenta en las necesidades de protección de las personas que huyen. De hecho, la práctica del ACNUR ha puesto de relieve la importancia de la protección temporal como institución idónea para la defensa de las personas que huyen en masa, cuando la determinación individual no es posible de realizar<sup>708</sup>. Con lo que se puede afirmar que esta protección, en el marco de Derecho internacional de los refugiados, representa una institución especial, que resulta aplicable únicamente cuando es necesario proteger a las personas que huyen en afluencia masiva<sup>709</sup>, al objeto de solventar los problemas que genera la presencia de grupos de personas en el territorio de un país<sup>710</sup>.

---

<sup>707</sup> El Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados, concibe el concepto de protección temporal exclusivamente en el marco de las afluencias masivas, vale decir en relación con las personas que se han visto forzadas a huir de sus países en gran número y que necesitan protección internacional, en espera de que se encuentre una solución apropiada (Adición al Informe del Alto Comisionado para los Refugiados, Conclusiones correspondientes al 44º período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, Cuadragésimo octavo período, New York, pág. 7, párr 19). Además, puede revisarse Adición al Informe del Alto Comisionado para los Refugiados, Conclusiones correspondientes al 45º período de sesiones, New York, pág. 10, párrs. r), s), y t).

<sup>708</sup> UNHCR: *The State of the World's Refugees 1993: The Challenge of Protection*, Oxford University Press, New York, 1993, pág. 28.

<sup>709</sup> Es importante destacar que la novedad de la utilización del régimen ha traído aparejadas una administración y una evolución muy desigual en los países europeos, por lo que la “temporary protection can hardly be considered a consistent legal category. However, underpinning the various legal statuses offered in different countries, one concept was at least common to most European countries that is the notion that the protection offered was indeed temporary” (KOSER, K.; WALSH, M.; BLACK, R: “Temporary Protection and ...”, cit., pág. 445).

<sup>710</sup> La institución de protección temporal representa una solución, con un enfoque práctico para las afluencias en gran escala. Este tipo de protección tiene la función de proteger de forma general y colectiva a las víctimas que huyen de su país de origen sin importar las causa que originaron dicho desplazamiento; de esta forma se evitan esta forma los costos y las demoras que acarrea la determinación individual de su condición de refugiado (ACNUR: “Listening to Refugee Voices”, en *Consulta Global*, 13 de diciembre de 2001, Ginebra en [www.acnur.org](http://www.acnur.org), pág. 2).

Como puede observarse, el objetivo de la protección temporal está relacionado con la obtención de la protección jurídica de otro Estado que, según su legislación o a tenor de los instrumentos internacionales, considere que las personas que cruzan su frontera tienen necesidad de protección. Así, la protección temporal depende de la admisión territorial del beneficiario en el Estado receptor<sup>711</sup>, pero este acto no debe de confundirse con el acto soberano de conceder asilo, pues el mismo representa una concesión graciosa de los Estados<sup>712</sup>.

La protección temporal es una solución inmediata y a corto plazo<sup>713</sup>, que ha servido para brindar protección a grandes grupos de víctimas que huyen de conflictos armados, de violaciones generalizadas de los derechos humanos y de otras formas de persecución<sup>714</sup>. Ha sido, desde sus inicios, una protección otorgada por razones fundamentalmente humanitarias, cuyo otorgamiento no conlleva al reconocimiento de la condición de refugiado.

La protección temporal debe entenderse como un pre-estatuto<sup>715</sup>, pues en función de su naturaleza temporal, su otorgamiento se refiere a un espacio de tiempo corto, después del cual debe permitirse el acceso al sistema de determinación si continúan las necesidades de protección<sup>716</sup>. En este sentido, es preciso resaltar muchas

---

<sup>711</sup> “Since the early 1990s the concept of temporary protection has developed to cover a range of regimes for the temporary admission of displaced people, which may be highly varied even within a single country” (KOSER, K.; WALSH, M.; BLACK, R: “Temporary Protection and...”, cit., pág. 445).

<sup>712</sup> VAUGHNS, K.: “Taming the Asylum Adjudication Process: An Agenda for the Twenty-First Century”, *San Diego Legal Review*, vol. 30, núm.11, 1993, pág. 45.

<sup>713</sup> “The predicted duration of protection needs is influencing the decisión of a host country to initiate Temporary Protection for a group of persons instead of performing individual eligibility procedures. The estimated length of the conflict is decisive. Temporary Protection is no viable option in cases where an end of the conflict is beyond reach, since a central element in Temporary Protection is the policy of return. Host countries should aim at durable but not permanent solutions” (MALMSTRÖM, S.; NOLL, G. (rels.): *Temporary Protection-Problems and Prospects...*, cit. pág. 9).

<sup>714</sup> ACNUR: “El Derecho internacional de los refugiados”, en *Guía Práctica para Parlamentarios*, núm. 2, Ginebra, 2001, pág. 54.

<sup>715</sup> GORTÁZAR ROTAECHE, C. J.: “La protección subsidiaria como concepto diferente a la protección temporal. Hacia un Derecho Comunitario Europeo en la Materia”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (ed.): *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2002, pág. 233.

<sup>716</sup> AKRAM, S.M.; REMPEL, T: “Temporary Protection as an Instrument for Implementing the Right of Return for Palestinian Refugees”, en *Boston University International Law Journal*, vol. 22, 2004, pág. 233.

de esas personas que reciben protección temporal pueden ser consideradas como refugiados *stricto sensu*, por lo que es fundamental proporcionar el acceso al procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado. Sin embargo, la inexistencia de un régimen universal relativo a la protección temporal y de una institución con capacidad decisoria sobre la mejora o no de las condiciones objetivas que motivan las huidas en masa impide que se haya fijado *a priori* el espacio de tiempo por el que la misma debe otorgarse, sin que su ejercicio represente el menoscabo del derecho de la persona a solicitar refugio<sup>717</sup>. Por tanto, la capacidad de decisión sobre la misma seguirá en manos de los Estados otorgantes y la duración de la acogida dependerá del arbitrio de los mismos<sup>718</sup>.

En este orden de ideas, la acogida temporal ha encontrado en el respeto a la prohibición de devolución su fundamento jurídico. ARENAS HIDALGO<sup>719</sup> considera la existencia de una obligación general de todo Estado de permitir la entrada y, al menos, el refugio temporal en caso de ser aplicable la prohibición de devolución a los casos de desplazamientos a gran escala. Desde el punto de vista positivo la acogida temporal, como parte de la protección temporal, ha sido incorporada al ordenamiento jurídico de algunos Estados, entre ellos España, en atención a lo dispuesto por el Derecho comunitario europeo al respecto.

---

<sup>717</sup> En pro del desarrollo de la protección temporal, el ACNUR solicitó que se incluyeran avances respecto al ámbito de aplicación, beneficiarios y categorías de la protección temporal, con especial consideración a la reunificación familiar, educación, empleo y capacitación (UNHCR: *Background Note*, Geneva, 24 Marzo 1994..., cit., pág. 1).

<sup>718</sup> En orden a orientar la actuación de los Estados, el ACNUR sugirió una serie de recomendaciones para mejorar la protección de los que eran acogidos temporalmente: “a) individual recognition as ‘Convention refugees’; b) in groupe granting of humanitarian status entitling them to benefits closet to those enjoyed by Convention refugees, including family reunification; c) if new status is not possible, the scope of existing entitlements of TP holders should be broadened as to make them closer to those enjoyed by Convention refugees” (UNHCR: *Background Note*, Geneva, 24 Marzo 1994..., cit., pág. 5). En este documento, el ACNUR enfatizó que el mejoramiento de la protección temporal no significa el abandono de la idea de una futura repatriación.

<sup>719</sup> ARENAS HIDALGO, N.: “El sistema europeo de protección temporal...”, cit., pág. 70, quien apoya su opinión en: LAUTERPACHT, E.; BETHLEHEM, D.: *The scope and content of the principle of Non-Refoulement*, 20 de junio de 2001, págs. 154-157, en Resumen de Conclusiones sobre el principio de no devolución, Consultas Globales sobre Protección Internacional, Mesa redonda de expertos en Cambridge (9-10 de julio de 2001), organizada por el ACNUR y el Centro Lauterpacht de Investigaciones sobre Derecho internacional, párrs. 4-5.

De esta forma, la protección temporal, como institución de protección propiamente dicha, pasa de ser una herramienta flexible<sup>720</sup> a un pre-estatuto<sup>721</sup>, evidenciando de esta manera uno de los más recientes avances en la protección de flujos masivos. Por tanto, se deduce que la protección otorgada a personas que huyen masivamente no debe considerarse como una novedad en el ámbito del Derecho internacional de los refugiados, sino lo que es relativamente reciente es su consideración como institución legal de protección.

Entretanto, la protección que un Estado puede proporcionar a un grupo de personas que entra en sus fronteras puede seguir dos caminos. En primer lugar, el Estado podría reconocer colectivamente, a través del reconocimiento *prima facie*, a todo el grupo como refugiado, con lo que estaría brindando protección y asistencia a los recién llegados y reconociendo que el grupo tiene fundados temores de persecución. En segundo lugar, podría otorgar protección temporal al grupo de personas, en orden a responder a la situación que motivó el desplazamiento masivo<sup>722</sup>.

Como bien puede deducirse, estas dos respuestas están fundamentadas en la determinación colectiva, cuyo otorgamiento no depende de la individualización de las razones de huida porque ambas formas de determinación utilizan el criterio objetivo,

---

<sup>720</sup> Según afirma VEDSTED-HANSEN, de acuerdo con la Propuesta de la Comisión Europea de mayo de 2000 sobre la Directiva sobre estándares mínimos en caso de protección temporal, la protección temporal “is not a third form of protection, alongside refugee status on the basis of the Refugee Convention and subsidiary protection. Instead, temporary protection must be seen as a tool enabling the asylum system to operate smoothly and not collapse under a mass influx” (VEDSTED-HANSEN, J.: “Complementary or subsidiary protection? Offering an appropriate status without undermining refugee protection”, *Paper presented at the Seminar International Protection within one Single Asylum Procedure*, 23-24 April 2001, Norrköping, Sweden, New issues of refugee research, [www.unhcr.org](http://www.unhcr.org), pág. 7).

<sup>721</sup> También podría considerarse un estatuto interino. Al respecto, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ explica que “esto es así porque, entre otras cosas, la naturaleza de la protección que otorga la Directiva es temporal, tanto es así que el artículo 4 señala un máximo de seis meses prorrogable automáticamente a otros seis, y, excepcionalmente y con el Concurso de Consejo, se podría estudiar la solicitud del Estado miembro para que pueda prorrogarse un año más como máximo, por lo tanto, sin más dilación temporal”. (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *Derecho comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona, 2006, págs.89). Es pues, una medida cautelar que se utiliza por un tiempo determinado.

<sup>722</sup> “Situaciones especiales se presentan en el caso de éxodos masivos de personas, que huyen de situaciones de violencia generalizada o de violación indiscriminada de los derechos humanos. En aquellos casos el ACNUR o los gobiernos recurren a la presunción legal, basada en hechos objetivos que ocurren en el país de origen de los refugiados: reconoce *prima facie* que los individuos en tales situaciones son refugiados y se les otorga el tratamiento que en tal condición les corresponde, o al menos se les otorga lo que se ha dado en llamar protección temporal, hasta que se pueda definir de manera individualizada su condición, o la situación que generó la huida de su país desaparezca y estos individuos puedan volver a sus hogares” (BETTOCCHI, G.: *Asilo y Refugio, Diferencias y Similitudes*, ACNUR, Ginebra, pág. 49).



fundado en situaciones y hechos que generan el desplazamiento masivo, sin tomar en consideración las necesidades de protección de cada persona en función de sus temores fundados de persecución. La diferencia está en que el otorgamiento de la condición de refugiado bajo la determinación *prima facie* es una respuesta definitiva, y el otorgamiento de la protección temporal es una medida provisional, como se explicara con anterioridad. Por tanto, una reconoce formalmente a todos los integrantes del grupo como refugiados y la otra los acepta de forma provisional en el territorio mientras se encuentra una solución a las causas que motivaron el flujo o se reubican o reasientan.

De lo anterior puede deducirse que la protección temporal es una protección especial, de tipo provisional, que se otorga en un tercer país, distinto de aquel del que se es nacional o residente. Por tanto, no debe confundirse con la protección que se otorga en zonas seguras dentro del propio Estado, diseñadas para la salvaguardia de un grupo de población, como por ejemplo la establecida en 1991 para los kurdos en el norte de Irak<sup>723</sup>, cuyo propósito era promover el retorno de miles de kurdos a sus hogares<sup>724</sup>.

---

<sup>723</sup> En 1991, cuando fueron expulsadas las tropas iraquíes de Kuwait por las fuerzas de coalición encabezadas por los Estados Unidos, un grupo de ciudadanos en el interior de Irak comenzó una rebelión en el Norte y en el sur del país. La respuesta militar de Irak fue rápida y contundente y las consecuencias para los civiles fueron devastadoras, obligando a 450.000 personas, en su mayoría kurdas a huir hacía Turquía. Por su parte, el gobierno turco que también enfrentaba una insurrección kurda en el sudeste de Anatolía, cerró su frontera con Irak para impedir la entrada de los refugiados kurdos, aduciendo que la presencia de esta afluencia de personas, desestabilizaría al país. En consecuencia, miles de kurdos quedaron en medio de las montañas entre la frontera de Irak y Turquía en medio del invierno. A principio de abril de 1991, el presidente de Turquía, Turgut Ozal, introdujo la idea de un “refugio provisional” para los kurdos al Norte de Irak. De esta manera, tras algunas deliberaciones en el Consejo de Seguridad, fue aprobada el 5 de abril la Resolución 688 a través de la cual se pedía que Irak conceda a las organizaciones humanitarias internacionales acceso inmediato a todos los que necesiten asistencia y autorizaban al Secretario General a utilizar todos los recursos a su disposición para atender urgentemente a las necesidades críticas de los refugiados y de la población iraquí desplazada. Con esta base las fuerzas de intervención conjunta encabezada por los Estados Unidos, justificó la puesta en marcha de la Operación Llevar Consuelo para establecer una “zona de seguridad” en el norte de Irak. Esta fue la primera gran operación de ayuda de emergencia del ACNUR tras la Guerra Fría. *Vid. ACNUR: La situación de los refugiados en el mundo 2000...*, cit., págs. 233-241.

<sup>724</sup> Al principio del desarrollo de esta estrategia, el ACNUR opuso cierta resistencia, sosteniendo que el establecimiento de una zona de “refugio temporal” sería en esencia un sucedáneo del asilo. Por ello, esta organización temía que los países vecinos utilizaran la presencia del ACNUR en el interior de Irak como pretexto para denegar el asilo a los refugiados, lo cual podía convertirse en un precedente peligroso. Por su parte, los medios acogieron la zona de refugio temporal como un reflejo del “Nuevo Orden Mundial”, y resaltaban la prioridad de intervención de la sociedad internacional unida con vistas a garantizar la protección de las personas frente a las violaciones masivas de los derechos humanos sobre el principio de soberanía. Esta zona estratégica tenía al igual que la protección temporal, la ventaja de ofrecer una solución inmediata y por tiempo determinado para los kurdos iraquíes, que mejoró su seguridad y fue posteriormente aplicada por los países de la OTAN, con ciertas variaciones al final de la década. Sin embargo, el uso posterior del concepto de refugio temporal y otros intentos de proteger y ayudar a civiles en situaciones de conflicto armado en lugares como Bosnia y Herzegovina, Ruanda y Kosovo, daría pie a

De forma general, puede afirmarse que la protección temporal, en términos de protección internacional, es aplicable como una protección más inmediata que la consagrada en la Convención de 1951; pues la misma, al tener fundamentos objetivos, no requiere una evaluación individual de los temores fundados de persecución del grupo de personas beneficiarias. En este orden de ideas, es preciso indicar que si bien la protección temporal fue diseñada para equilibrar las necesidades de las personas y los deberes del Estado<sup>725</sup>, su aplicación en Europa en los años noventa del siglo pasado se convirtió en una estrategia frecuente de los Estados para limitar los derechos de las personas que eran protegidas: principalmente el derecho a solicitar la condición de refugiado<sup>726</sup>.

En principio, la suspensión de las solicitudes de refugio y la ubicación de estas personas protegidas temporalmente en áreas seguras tuvo su fundamento en la emergencia que para el Estado receptor suponía el desplazamiento masivo y la imposibilidad de la determinación individual y la gestión de flujos, por lo que esta negativa en la recepción de las solicitudes pretendía priorizar la búsqueda de la situación de la afluencia masiva, en lugar de conceder en primera instancia el estatuto de refugiado. Posteriormente, el otorgamiento de esta protección se limitó a permitir la acogida territorial y a restringir los derechos de acceso a los procedimientos de determinación como refugiados a las personas que formaban el flujo masivo<sup>727</sup>,

---

nuevas evaluaciones más moderadas. Vid. ACNUR: *La situación de los refugiados en el mundo 2000 ...*, cit., págs. 233-241.

<sup>725</sup> La escalada del conflicto en la antigua Yugoslavia y la dimensión del problema de los refugiados, evidenció la limitada capacidad de absorción de los países de asilo y puso en evidencia que los métodos tradicionales de protección ya no resultaban suficientes, por lo cual la protección temporal apareció como una herramienta adecuada para solventar la situación. No obstante, el uso excesivo de esta institución y la falta de determinación de la duración de la misma planteó la necesidad de armonizar las políticas sobre protección temporal, ante las inmensas masas de personas que continuaban llegando a la Europa comunitaria en busca de protección. Vid. KERBER, K.: "Temporary Protection in the European Union...", cit., págs. 35-50.

<sup>726</sup> "(...) Temporary protection represented variously a mechanism for circumventing or suspending established asylum procedures, as well as granting fewer rights to those allowed to stay; for shifting decision-making to procedures located in administrative edit rather than conforming to international law; and for granting status to war refugees who were seen by some host States as falling outside increasingly strict requirements for asylum under the 1951 Convention" (KOSER, K.; WALSH, M., BLACK, R.: "Temporary Protection and...", cit., pág. 447).

<sup>727</sup> "Creating the unwarranted expectation that internally displaced persons will be protected in safe areas and camps not only jeopardizes their security but their ability to seek asylum in outside countries. For example, Bosnians, although facing threats to their lives and personal security in the safe areas, were denied asylum on the grounds that they did not need protection. Neighboring European states in fact

mediante el otorgamiento de una protección provisional cuyo objetivo estaba fundamentado en la búsqueda fuera del Estado receptor, haciendo caso omiso a las recomendaciones del ACNUR<sup>728</sup>.

De esta manera y en el contexto de estos desplazamientos provenientes de Europa Oriental a principios de última década del siglo XX, la protección temporal se desarrolló como una estrategia que pretendía garantizar la protección en los países de asilo de `primera línea` y ofrecer una solución regional coherente<sup>729</sup>, capaz de hacer frente a la problemática de corrientes de personas que cruzan la frontera en busca de protección, tomando en consideración que las personas que huyen masivamente necesitan protección, pero que no todas ellas necesitan la protección que otorga el estatuto de refugiado, por cuanto su temor no está fundado en las cláusulas de inclusión previstas en la Convención de 1951, descritas con anterioridad.

### **3.2. Los elementos que caracterizan la protección temporal.**

La protección temporal (como protección provisional, distinta de la protección que reciben los refugiados) es otorgada a grupos de personas que huyen en masa de su país de origen o de residencia. La misma ha sido implementada de forma diferente<sup>730</sup>; aunque generalmente siempre ha estado referida a la protección colectiva.

---

supported the establishment of safe areas because of their interest in averting new refugee flows. Similarly in the case of Iraq, it was Turkey's announcement that it would close its borders to Kurdish refugees that led to the creation of the safe haven in northern Iraq" (FRELICK, B.: "Preventing Refugee Flows: Protection or Peril?", en *World Refugee Survey*, Washington D.C, US Committee for Refugees, 1993, pág. 9).

<sup>728</sup> En sus comienzos el ACNUR enfatizó que en los casos en que se otorgara protección temporal, las personas no podían solicitar la condición de refugiado (UNHCR: *Background Note*, Geneva, 21 January 1992..., cit., pág. 1). Se sostenía que "if a person wished so he/she should be able to apply for asylum". Posteriormente, y como resultado de la agudización del conflicto en la antigua Yugoslavia, dicha posición tuvo que modificarse. Así, en la UNHCR: *Background Note*, Geneva, 21 January 1993..., cit., pág.4, se afirmó que algunos de los que habían recibido protección temporal, podrían ser refugiados y por tanto era necesario darles acceso a los procedimientos de determinación una vez finalizada la protección temporal, o por lo menos recibir el trato señalado por la Conclusión No. 30 (XXXIV) relativa a las solicitudes de refugio manifiestamente infundadas.

<sup>729</sup> ACNUR: "El Derecho internacional de los refugiados", cit., pág. 54.

<sup>730</sup> "Each European state developed a separate model of temporary protection. Some prioritised return, others integration. Some were temporary for an indefinite period: others promised longer-term statuses if return was not possible in the short term. The models ranged along a spectrum from legal changes in regulations to ad hoc policy measures. All had differing results: a Nordic on the differences in `results` of

En este sentido, a diferencia de las condiciones que caracterizan el estatuto de refugiado, la protección temporal no exige para su otorgamiento la determinación de los fundados temores de ser perseguido. Así, como una protección de tipo objetivo, otorgada en función de las circunstancias y motivos que generan la afluencia masiva, se caracteriza por los siguientes elementos: en primer lugar, que se manifiesten en flujo masivo; en segundo lugar, que el grupo de personas que la conforman esté fuera de su país de origen; en tercer lugar, que por alguna razón, común al grupo, las personas que lo componen no quieran o no puedan acogerse a la protección del Estado del que son nacionales o volver a él, al menos de forma inmediata, por lo que la protección que se otorga será temporal.

Como puede observarse, el nexo causal entre los elementos subjetivo y objetivo, característico de los temores fundados en el estatuto de refugiado, no es aplicable ni resulta necesario para caracterizar este tipo de protección. Por ello, un Estado receptor puede otorgar protección temporal a un grupo determinado que ha entrado a su territorio sin considerar los motivos que tuvieron esas personas para huir del país y cruzar la frontera.

Puede deducirse de lo anterior que la protección temporal se caracteriza principalmente por su naturaleza humanitaria, lo que la vincula al otorgamiento de asistencia material y financiera, destinada a hacer frente a la emergencia, que será proporcionada con una duración limitada. Por tanto, esta asistencia material debe ser entendida como una medida de tutela del Estado receptor, destinada principalmente a resolver los problemas de alimentación e instalación del grupo de personas en el país receptor. Así, la protección temporal entendida como protección provisional debe tener en cuenta la asistencia material de los protegidos. No obstante, la misma no debe entenderse como un elemento consitutivo de esta protección. La protección temporal debería incluir aspectos sociales, como aquellos relacionados con la cultura, educación y ayuda psicológica de las personas que ingresan como parte de un grupo, claro está en la medida de las posibilidades del Estado receptor.

---

the differing temporary protection models there apparently shows that Denmark, which prioritised return, saw comparatively few returns to Bosnia, while Norway, which combined integration and return measures, saw a comparatively large numbers of returns” (van SELM, J.: “Temporarily Protecting Displaced Persons or Offering the Possibility to Start a New life in the European Union”, en *European Journal of Migration and Law*, vol. 3, 2001, pág. 26).

De forma general se puede decir que los elementos antes mencionados, son elementos que darían origen al otorgamiento de la protección temporal. No obstante, es importante destacar que los elementos de la misma dependerán de las características que cada una de las legislaciones internas le atribuyan. Por esto, es necesario diferenciar si se está frente a un Estado que consagra o desarrolla la protección temporal como un paso previo al otorgamiento de un estatuto permanente, o ante un Estado que considera la protección temporal como un permiso de permanencia mientras no sea posible el retorno.

Si bien los Estados receptores están en su derecho de poner fin a la protección temporal si se produce un cambio fundamental en las circunstancias que obligan a las personas a huir de una zona determinada, existe un contenido mínimo dentro de esta categoría que debe ser respetado. En este sentido, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha señalado como estándares mínimos de trato el respeto al derecho a huir de un país y a ingresar en otro donde se pueda estar más seguro, el respeto a los derechos humanos básicos (como el trato humano en el país de refugio) y el derecho a no ser forzado a volver al lugar del que han huido: “The minimum content of temporary protection might be considered to be: a) respect for the right to leave one’s country, including the corollary of access to a country where safety may be sought, b) respect for basic human rights, i.e. human treatment, in the country of refuge; and, c) respect for the right not to be returned forcibly to danger”<sup>731</sup>.

De acuerdo con la naturaleza misma de la institución, la protección temporal no puede otorgarse por un tiempo indeterminado, porque esta situación desvirtuaría el carácter de protección de emergencia<sup>732</sup>. Si la situación que motivó la huida no ha mejorado, no se deben prolongar por mucho más tiempo las condiciones mínimas de protección; por el contrario, los Estados están en la obligación de utilizar sus procedimientos de determinación de refugiados o buscar una solución duradera para los

---

<sup>731</sup> *Protection of persons of concern to UNHCR who fall outside the 1951 Convention: a Discussion paper*, Executive Committee of High Commissioner’s Programme, Doc EC/1992/SCP/CRP.5, 2 April 1992, párr. 18.

<sup>732</sup> “En las situaciones de éxodo masivo, la asistencia material es la forma primaria de protección para lograr la acogida, el modo esencial de mantener la vigencia del principio de *non refoulement* o de no devolución al Estado de origen” (PERAL FERNÁNDEZ, L.: *Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pág. 28).

beneficiarios, ya sea la repatriación voluntaria, la integración local o el permiso de residencia y la naturalización, por ejemplo.

### **3.3. Los objetivos de aplicación de la protección temporal.**

La protección temporal, como respuesta estatal en caso de afluencia masiva, tiene un objetivo humanitario explícito. Las necesidades surgidas en los años ochenta obligaron a la búsqueda de complementos al sistema de protección existente para lograr solucionar emergencias que enfrentaban las personas que huían en masa<sup>733</sup>. Por tanto, la protección temporal pretende subsanar de forma provisional el drama de las personas desprotegidas que huyen en afluencias masivas de sus Estados, ofreciéndoles protección por un tiempo determinado.

Esta forma de protección internacional, como paso adelante en lo que a protección colectiva se refiere, pretende proteger a grupos de personas mediante el otorgamiento de un estatuto legal provisional y el respeto de los principios humanitarios, cuando la determinación individual resulte imposible porque el sistema del Estado se colapse, porque no esté desarrollado o por alguna otra razón, y no se puedan determinar los temores fundados de un grupo de personas<sup>734</sup>. En este sentido, el objetivo principal de la misma consiste en lograr por lo menos la acogida temporal en el territorio de un Estado.

Es importante apuntar que la temporalidad de esta protección garantiza el alcance de los objetivos, pues, visto de otra manera, una larga duración de esa protección colectiva podría menoscabar los derechos de las personas que integran el grupo, al impedirles encontrar una solución duradera o solicitar la condición de

---

<sup>733</sup> “La normatividad jurídica tiene que innovar, tiene que incorporar los hechos nuevos para seguir siendo aplicable y no abstracción teórica y para adecuar racionalmente una institución que, habiendo tenido génesis individualista, tiene ya características colectivas y requiere normación” (Palabras de bienvenida pronunciadas por el Doctor Luis H. Arraut, Rector de la Universidad de Cartagena, en el Coloquio de Cartagena de Indias de 1984, en ACNUR: *La protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas jurídicos y humanitarios, Memorias del Coloquio en Cartagena de Indias de 1984*, Centro de Estudios del Tercer Mundo, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1986, pág. 22).

<sup>734</sup> Vid. *Protection of Refugees in Mass Influx Situations: Protection Framework*, Global Consultations, UNHCR Doc. EC/GC/01/4, 19 Feb, 2001, págs. 4-6.

refugiado. En efecto, como se señaló con anterioridad, al otorgarse la protección temporal en la práctica se suspende el derecho a solicitar refugio; lo que es a nuestro entender ir en detrimento de las obligaciones convencionales, por lo que podría considerarse esta suspensión como una excepción no prevista en los instrumentos de protección de los refugiados. Por tanto, si la protección temporal se alarga indefinidamente, se estaría restringiendo el derecho de las personas que conforman el grupo a acceder al sistema de determinación para su consideración como refugiados o para su repatriación. Así, pues, si la protección temporal no es determinada en el tiempo, dejará de ser temporal y se convertirá en otro tipo de régimen.

De esta manera, aun cuando los estándares de trato de los protegidos temporalmente no son iguales a los establecidos bajo el estatuto de refugiado<sup>735</sup>, dicha institución debe contener los principios básicos desarrollados en la Convención de 1951, tales como la admisión y no devolución, el respeto a los derechos humanos fundamentales, o el permiso de permanencia en el país de refugio, a la espera de que los esfuerzos internacionales por lograr una solución política permitan el regreso en condiciones de seguridad<sup>736</sup>, o, en caso contrario, se busque otra solución, como el reasentamiento.

Las motivaciones que han influenciado los debates e incluso el avance de este régimen de protección podrían resumirse en cuatro<sup>737</sup>. Primero, el hecho de que la Convención de 1951 no abarca todas las causas que motivan la migración forzada y, por ende, no todas las personas forzadas a movilizarse pueden ser sujetos de protección internacional. Segundo, el hecho de que la protección temporal puede ser asimilada como una respuesta intermedia a un flujo masivo, mientras se alcanza una solución duradera. Tercero, la asociación frecuente de la protección temporal con la efectividad de la responsabilidad compartida, especialmente en lo relacionado con la asistencia y el traslado de las personas con necesidades de protección. Por último, la visión de muchos Estados de encontrar en la protección temporal una estrategia para cambiar la esencia

---

<sup>735</sup> “The note acknowledged that although it is conceivable that some of the benefits provided to asylum seekers are not provided to TP holder, the situation of TP holder could be comparable to the situation of asylum seekers in the period between filing a claim and completion of the procedure” (UNHCR: *Background Note*, Geneva, 21 January 1993, pág. 1).

<sup>736</sup> *Note on International Protection*, UN Doc. A/AC.96/830, pág. 27, párr. 48.

<sup>737</sup> FITZPATRICK, J: “Temporary Protection of refugees...”, cit., pág. 287.

misma de las obligaciones contenidas en el Derecho internacional de los refugiados, con el consiguiente menoscabo de normas obligatorias como las de *non refoulement*.

Como puede observarse, los objetivos de la protección temporal están enmarcados en proporcionar protección efectiva a las personas que son parte de una afluencia masiva. En cierta forma, dicha institución ha pretendido ampliar el ámbito de aplicación de los instrumentos internacionales convencionales relativos al refugio. El problema respecto a esta figura se encuentra en que la protección efectiva de las personas, en este contexto, está supeditada a la voluntad de los Estados receptores, por lo que los objetivos de esta protección temporal podrían desvirtuarse a consecuencia de las interpretaciones y de la forma de aplicación que cada Estado disponga en la legislación interna.

En cierto modo, el desarrollo y formalización de la protección temporal puede cubrir los vacíos dejados por los instrumentos internacionales y otorgar un marco de posibilidades, que puedan dar lugar a una ampliación de la protección, complementando la protección internacional prevista. Pero, en este caso, lo importante es que los Estados cumplan sus obligaciones y sobre todo, no olviden la naturaleza temporal de esa protección. En caso contrario, la protección temporal podría convertirse en una institución que serviría para limitar las obligaciones internacionales y que desembocaría en la restricción del ejercicio de ciertos derechos, principalmente los relacionados con la petición de refugio<sup>738</sup>, entre los cuales cabe señalar las asistencias materiales y la determinación de solicitantes por el miedo de los Estados, a las futuras responsabilidades que tendrían que asumir.

En resumen, la protección temporal es para sus beneficiarios una medida cautelar que proporciona seguridad física inmediata ante las necesidades de protección internacional, cuando no se pueden determinar los temores individuales debido a las grandes masas de población que se ven forzadas a huir. Además, representa una solución estratégica para los Estados receptores, pues a través de ella solventan el

---

<sup>738</sup> En este sentido, y haciendo referencia a los cuatro primeras motivaciones del desarrollo de la protección temporal, FITZPATRICK señala que “[t]here is obvious tension between the first objective to expand legal obligations to forced migrants and the second impulse toward discretion, flexibility, and avoidance of direct protection for endangered persons from distant regions” (FITZPATRICK, J: “Temporary Protection of refugees ...”, cit., pág. 287).



problema del colapso de los sistemas de determinación y pueden proporcionar una protección tendente a evitar las emergencias humanitarias que generalmente provocan los desplazamientos masivos.

### **3.4. Los beneficiarios de este tipo de protección.**

A diferencia de la voluntad que caracteriza la movilización de los emigrantes en busca de mejores condiciones de vida, existen personas que se ven obligadas a abandonar sus hogares por distintas amenazas y persecuciones<sup>739</sup>. Estas categorías de personas, debido a la necesidad imperiosa de salvaguardar su vida y libertad, cruzan las fronteras para escapar a las amenazas o a las situaciones que impiden el libre desarrollo personal. Por tanto, al no poder disfrutar de la protección de las autoridades de su país, quienes no quieren o no pueden protegerlos<sup>740</sup>, las personas huyen en busca de protección, otorgada por los Estados en virtud de las obligaciones suscritas en instrumentos internacionales, como la Convención sobre el estatuto de refugiado de 1951. De esta manera, las personas que huyen de sus hogares son acogidas por el país receptor, que les garantizará principalmente el derecho de *non refoulement*.

El problema a menudo es que no se puede diferenciar fácilmente a las personas que ingresan a un país por motivos meramente económicos de aquellas que buscan seguridad, porque ha ocurrido que grupos enteros de personas cruzan la frontera alegando persecución política o huyendo de catástrofes naturales y se considera en riesgo de volver a sus países de origen, lo cual suele ser manifiestamente infundado.

---

<sup>739</sup> TRIMARCO, M: “Aplicación del Derecho de los refugiados en América Latina. La protección internacional”, en IRIGOIN, J (comp.): *Derecho de los refugiados en el sur de América Latina: armonización legislativa y de procedimiento*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1995, pág. 41.

<sup>740</sup> En los postulados, casi idénticos que utilizan el Estatuto del ACNUR y la Convención de 1951, el núcleo del concepto de refugiado está representado por la carencia o falta de protección nacional. En los mencionados instrumentos se define “refugiado” como aquella persona que esta fuera de su país “debido a fundados de temores de ser perseguida” por razones específicas y que “no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección del país de nacionalidad, o que, si carece de nacionalidad, no quiera regresar al país donde antes tenía su residencia habitual”. Como se puede constatar, el riesgo de persecución es el resultado claro de la desprotección, y la segunda parte hace de la incapacidad efectiva de obtener protección del propio país de origen un elemento explícito de la definición de refugiado (TRIMARCO, V.: “Aplicación del Derecho...”, cit., pág. 43).

A tenor de lo establecido por el artículo 1. A. 2 de la Convención de 1951, se puede afirmar que los beneficiarios de protección internacional son todas aquellas personas que con un temor fundado de persecución, cruzan una frontera por no estar garantizada su seguridad en el país de donde es nacional o donde se encuentra residenciado. Sin embargo, y como se ha reiterado, la proliferación de conflictos armados internos e internacionales, de disturbios y tensiones interiores, de violaciones sistemáticas de los derechos humanos y, en general, el incremento de Estados desestructurados<sup>741</sup> han dejado como resultado un alto porcentaje de grupos de personas que huyen en afluencia masiva, muchas veces perseguidas por agentes gubernamentales, pero la mayoría de las veces por fuerzas irregulares<sup>742</sup>.

Estos desplazamientos masivos y la inestabilidad que generan, han dificultado la determinación individual prevista en los instrumentos internacionales existentes en materia de refugio, por lo que, a pesar de la evolución del Derecho internacional de los refugiados (evidenciada en la ampliación del concepto, en el análisis amplio y amplio de las causas que motivan los desplazamientos forzosos, en el uso de las herramientas flexibles y en la protección de personas desplazadas), no se ha logrado proteger efectivamente a las personas que huyen masivamente hacia otros países<sup>743</sup>. Es cierto que a través de las herramientas flexibles, algunos Estados han permitido la entrada de ciertos grupos de personas y han respetado la prohibición de devolución<sup>744</sup>, pero al no existir un régimen universal, junto con la lentitud y centralización de los sistemas de

---

<sup>741</sup> Para un análisis de este tema puede consultarse: THURER, D.: “El estado desestructurado y el Derecho internacional”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 836, págs. 731-760, en [www.icrc.org](http://www.icrc.org).

<sup>742</sup> FITZPATRICK, J.: “Temporary Protection of refugees ...”, cit., pág. 293.

<sup>743</sup> De esta manera, aun cuando el espectro de los beneficiarios ha aumentado, los países presionados por la gran cantidad de solicitudes de asilo y las afluencias masivas de personas tienden a mantener una visión reducida de la definición de refugiado contenida en la Convención de 1951, sobre todo con el fundamento de que la violencia asociada con los conflictos armados es generalizada y por ende no persecutoria (FITZPATRICK, J.: “Temporary Protection of refugees...”, cit., pág. 292).

<sup>744</sup> Como recomendación del ACNUR al empezar a utilizarse la protección temporal como herramienta flexible, se dispuso que se tendrían que respetar la admisión, no devolución y el respeto de los derechos humanos a los beneficiarios, que fueron definidos como aquellas personas “a) affected by conflict and violence; b) exposed or threatened exposition to human rights abuses, including campaigns of religious and ethnic persecutions; c) subject to specific situations which emerged as a result of the conflict (avoiding military activities of unacceptable character, and persons who need to flee because different religion or ethnic origin of their spouse)” (UNHCR: *Background Note*, Geneva, 21 January 1993..., cit., pág. 4).

elegibilidad de los Estados, se ha ido generado un endurecimiento de los mismos, que ha dificultado la acogida de los grupos que huyen masivamente. De hecho, en las últimas décadas, esta situación ha implicado la restricción de los criterios de determinación de los refugiados en los países receptores, debido a que el concepto de persecución y el nexo causal entre los hechos que fundamentan el temor fundado pueden en ciertos casos sea difíciles de probar<sup>745</sup>.

En este contexto, la protección temporal ha otorgado protección inmediata en situaciones de afluencia masiva. Así, los beneficiarios de la protección temporal son los grupos de personas que se desplazan como parte de un flujo masivo dentro de los cuales pueden estar personas que huyen por violencia generalizada, por daños que no implican persecución o en general por otras circunstancias no prescritas en los instrumentos convencionales: “Both persons who clearly qualify as refugees under the Convention and others who may not. The need to provide international protection to persons fleeing armed conflict or civil strife, whether or not they come within the terms of the 1951 Convention Definition, is generally accepted in practice by States as a humanitarian responsibility. In various regions it is the subject of explicit or implicit treaty obligations”<sup>746</sup>.

Siguiendo a FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, en cuanto a la calificación que se da a los refugiados en sentido amplio<sup>747</sup>, se puede afirmar que, para determinar quiénes pueden ser beneficiarios de protección temporal, basta con identificarlos como víctimas

---

<sup>745</sup> “The 1990s indeed witnessed the implementation of what the UNHCR referred to as “an array of different measures intended to prevent or deter people from seeking refugee” (UNHCR: *The State of the World's Refugee 1997: A Humanitarian Agenda*, Oxford University Press, Oxford, December 1997, pág. 183).

<sup>746</sup> Temporary Protection in the broader context of large-scale displacement as a result of armed conflict and massive human rights abuses. *Vid.* UNHCR: *Background Note*, Geneva, 30 June 1994, pág. 5.

<sup>747</sup> El autor fundamenta su apreciación en la consideración del refugiado en sentido amplio como víctima. Para un análisis de esta idea, *Vid.* FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “Hacia un concepto jurídico amplio de refugiado...”, cit., pág. 24. Es oportuno destacar, que se podrá considerar como sujeto de protección temporal al grupo de personas que sea víctima de cualquier hecho que lo obligue a cruzar la frontera en búsqueda de protección temporal pues la concepción de víctima como tal es ajena a la determinación individual o colectiva como refugiado. Al respecto, y continuando con el uso de la analogía, es importante agregar que no sólo podrían considerarse sujetos la víctimas efectivas, sino también las víctimas potenciales (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: “Las repercusiones jurídicas de la Declaración de Cartagena en el concepto de refugiado”, en *Los Derechos Humanos en América: una perspectiva de cinco siglos*, Publicaciones de las Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1994, pág. 460).

de una situación que les obliga a huir masivamente del lugar donde viven o donde se tiene su residencia. Al respecto, es importante puntualizar que las personas que reciben este tipo de protección, poseen beneficios limitados en comparación con los que se otorgan a los refugiados.

Así, el beneficiario de la protección temporal puede ser toda persona que huye de su país de origen o de residencia, como parte de un grupo por razones que se determinarán *a posteriori* y que no condicionan el otorgamiento de la protección temporal. De esta manera, la protección otorgada es colectiva y la determinación depende de la consideración de la huida como afluencia masiva y de la calificación que el Estado otorgue a las situaciones que producen el flujo. Esta aproximación claramente evidencia que la protección temporal no ha sido diseñada para sustituir a la protección clásica otorgada a los refugiados; por ello, frente a la provisionalidad que ya de por sí caracteriza a la protección de los refugiados, la protección temporal es aun más provisional y condicionada<sup>748</sup>.

Con fundamento en la protección temporal otorgada en casos de afluencias masivas en estos últimos años, FITZPATRICK<sup>749</sup> resume como beneficiarios de la misma a: a) todas aquellas personas que huyan de las zonas afectadas por un conflicto internacional o interno que pongan en riesgo su vida, integridad física y libertad en caso

---

<sup>748</sup> “Standards of temporary protection need to be regarded as interim measures and not as a substitute of protection under the 1951 Geneva Convention” (*Informal Meeting of Governmental Experts on Temporary protection*, UNHCR: *Background Note*, Geneva, 20 abril de 1995, pág. 1). En 1995 se vuelve a reiterar esta posición debido a la necesidad de encontrar soluciones duraderas para los protegidos temporales de la antigua Yugoslavia, recordando que la Conclusión No 22 (XXXII) fue formulada específicamente para proteger en el Sudeste asiático a los solicitantes en una región donde pocos Estados eran signatarios de la Convención y que en la actualidad era importante centrarse en la protección efectiva de las personas que huyen de los conflictos pero “if the situation did not change, protection should be continued on humanitarian grounds with standard equivalent to refugee status”(Note on the Scope of International Protection in Mass Influx, UNHCR: *Background Note*, Geneva, 2 June 1995, pág. 2)

<sup>749</sup> “A synthesis of various models could encompass the following groups under a formalized policy on temporary protection: 1) persons fleeing international or internal armed conflict who face serious risks to their lives, physical integrity and liberty if returned to their state of origin; (2) personas facing similar risks as a result of internal strife or communal violence; (3) persons fleeing genocide violence or similarly grave harm at the hands of non-state actors, in states where such persons are not regarded as entitled to protection under the 1951 Refugee Convention; and (4) persons fleeing severe natural disasters that deprive them of access to physical safety within their state of origin” (FITZPATRICK, J.: “Temporary Protection of Refugees..., cit., pág. 208). Dicha lista es el producto del análisis de los distintos precedentes que surgieron en Africa, América Central y Europa principalmente los ocurridos antes de 1990, y la reciente crisis de la antigua Yugoslavia. Esta lista ha sido complementada con la lista presentada por PONTE IGLESIA en *Conflictos armados...*, cit., pág. 158.

de ser devueltos a su país de origen, incluso aquellas personas que pertenezcan a grupos que hayan sido compelidos a huir como consecuencia de persecución étnica o religiosa; b) toda persona que sea víctima de riesgos similares a los precedentes, producto de disturbios internos o violencia generalizada; c) toda persona que huya de la violencia genocida o amenazas similares producidas por actores no estatales, en Estados donde estas personas no están bajo el régimen de protección otorgado por la Convención de 1951; d) todas aquellas personas que huyen de severos desastres naturales que les impiden acceder a una seguridad física en sus países de origen; e) Las personas que por motivos inherentes a su situación personal se presume que necesitan protección<sup>750</sup>.

Como puede observarse, más que elaborar una lista exhaustiva de beneficiarios se pretende, exponer las principales categorías de personas que pueden convertirse en beneficiarios, además de incluir las situaciones objetivas que pueden causar la movilización forzosa y masiva que los hará víctimas y, por ende, acreedores de protección temporal. Dentro de esta enumeración, el otorgamiento de protección temporal a las víctimas de desastres naturales es discutible, y se considera que los mismos no deben incluirse como beneficiarios salvo que pueda considerarse que existan riesgos que puedan poner en peligro su vida en su país de origen, como se explicara con anterioridad.

### **3.5. El retorno, la repatriación forzosa o la integración local: soluciones duraderas para la protección temporal.**

La utilización de la protección temporal como protección provisional ha sido criticada por considerarse que su sistematización ha ido en detrimento de la protección internacional clásica otorgada a los refugiados, ya que, por diferentes razones, los Estados receptores prefieren conceder aquella en vez de proteger a las personas con el estatuto de refugiado. En opinión de KÄLIN, “many governments obviously fear that, in administrative terms, it would be a very burden to grant asylum and then withdraw it

---

<sup>750</sup> *Note on International Protection*, UN Doc. A/AC.96/830, párr.47.

after a relative short period of time. Again, in their perspective, temporary protection offers the advantage of more flexibility and less procedural and administrative costs”<sup>751</sup>.

Así, el otorgamiento de la protección temporal presenta aspectos negativos. No obstante, en virtud de los objetivos humanitarios vinculados al uso de la misma, resulta importante destacar los aspectos positivos de su otorgamiento, sobre todo los relacionados con la acogida temporal, la asistencia a la población desplazada y las soluciones duraderas en beneficio del grupo.

Entre los aspectos positivos, se debe resaltar que el otorgamiento de la protección genera, además de la admisión en el territorio de un Estado, una serie de obligaciones en función de las necesidades de los grupos. Al respecto, es fundamental vincular la protección temporal con las soluciones duraderas, las cuales han de procurar respuestas legales satisfactorias para las personas que son acogidas temporalmente<sup>752</sup>. Por tanto, es evidente que éstas no se pueden estandarizar de forma indiscriminada, porque los grupos, las condiciones de los países de acogida y las circunstancias que motivan los desplazamientos, entre otras cosas, son diferentes. Además, las soluciones duraderas deben responder a las necesidades de los colectivos que han sido acogidas temporalmente, pues la complejidad que caracteriza estos movimientos imposibilita la determinación *a priori* de la mejor solución.

Al respecto, la solución idónea tanto para el Estado como para las personas parece ser la repatriación voluntaria<sup>753</sup>, teniendo en consideración que en un futuro sería la más segura para las personas, salvo que subsecuentes acontecimientos revelen que

---

<sup>751</sup> KÄLIN, W: “Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism”, en *GYIL*, vol. 44, 2001, pág. 211.

<sup>752</sup> “The meaning of temporary protection as an intermediate step on the way to a durable solution derives from the fact that refugee status by nature is temporary” (KJAERUM, M.: “Temporary Protection in Europe in the 90s”, en *IJRL* vol. 6, núm. 3, pág.445).

<sup>753</sup> “Implementing appropriate durable solutions where the situation becomes protracted: Voluntary return is the most appropriate solution in mass influx situations. There are though a number of on-going and protracted situations. These require priority attention. Solutions will be inextricably linked to burden and responsibility-sharing arrangements, most likely within the framework of a specifically tailored comprehensive approach” (*Protection of Refugees in Mass Influx Situations: Overall Protection Framework*, Global Consultations, UNHCR Doc. EC/GC/01/4, 19 Feb. 2001, pág. 1). Respecto al “Comprehensive Approach” puede consultarse, el documento de las *Consultas Globales* (Doc. EC/GC/01/7), pág. 5).

esta solución no es beneficiosa para los refugiados y que posiblemente sea necesario recurrir a la integración local en los países receptores, o a la búsqueda de un tercer país de reasentamiento. Lo que debe quedar claro es que la protección temporal tiene naturaleza provisional y, por consiguiente, ninguna de las soluciones duraderas puede ser excluida. Por tanto, si no se puede repatriar o reasentar, se debe regularizar la situación de esta persona en el país de refugio y otorgarle residencia legal.

Es muy importante el tratamiento de los protegidos temporalmente, y muy en especial las consideraciones que sobre las soluciones duraderas desarrollen los Estados cuando no exista solución próxima de las causas que motivaron los flujos. La importancia de estas consideraciones se debe a que soluciones duraderas inadecuadas pueden ser sinónimo de miseria y crisis humanitaria, lo que en ningún caso constituye una situación beneficiosa para las partes. En este orden de ideas, al igual como en su tiempo lo fue el *refugio provisional*, la protección temporal debe entenderse como una solución interina, como paso previo hacia la búsqueda de una solución duradera y, de esta manera, ser implementada por los países receptores<sup>754</sup>.

#### **4. LAS DIFERENCIAS ENTRE PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA Y TEMPORAL**

El desplazamiento forzoso representa una realidad que desencadena situaciones de emergencia y graves problemas humanitarios. Una parte importante de los habitantes del planeta continúa movilizándose por razones independientes a su voluntad. Esta apremiante realidad se presenta como un fenómeno que preocupa a los estudiosos del Derecho, los defensores de los derechos humanos, las organizaciones no gubernamentales e incluso a muchos gobiernos, y ha motivado y sigue motivando el desarrollo y progreso de la regulación existente en el ámbito internacional.

---

<sup>754</sup> En la Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a los Refugiados sin país de asilo se declaró la protección temporal como una solución interina, que responde a los flujos masivos. Además, se consideró que las afluencias masivas son situaciones excepcionales que provocan la llegada de gran cantidad de solicitantes de refugio y que pueden colapsar la capacidad del Estado, en particular la forma individual en que se administran estas solicitudes, por un tiempo determinado (UNHCR: *Background Note*, Geneva, 20 april 1995, págs. 1-2).

En algo más de cincuenta años, la Convención sobre el estatuto de refugiado de 1951 se ha constituido en el eje central del Derecho internacional de los refugiados, pero si se establece una comparación con la realidad de las causas de los desplazamientos contemporáneos y los motivos que originan la concesión del estatuto de refugiado, señalados por dicho instrumento universal, podemos advertir que existe, en palabras de RUEDA FERNÁNDEZ, una zona gris de personas que no entran en la definición de la Convención, pero que necesitan protección internacional<sup>755</sup>.

Por esta razón, y atendiendo a la vertiente doctrinal que intenta buscar soluciones jurídicas<sup>756</sup>, más que reformas al texto de la Convención de 1951<sup>757</sup>, se han desarrollado las formas complementarias de protección, diseñadas para dar respuesta a los casos que no pueden incluirse dentro de los supuestos que recoge la Convención de Ginebra: “[a]lgunos países de asilo tienen mecanismos administrativos o legislativos establecidos para regularizar la permanencia de personas que no son reconocidas formalmente como refugiadas, pero para las que el retorno no es posible ni recomendable por razones varias. Es una forma positiva de responder de manera pragmática a determinadas necesidades de protección internacional”<sup>758</sup>.

Igualmente, los Estados han buscado soluciones para casos en que las personas, aun teniendo temores fundados, no sean reconocidos como refugiados por razones de interpretación del Estado que tramita la solicitud: “[l]as distintas interpretaciones de los

---

<sup>755</sup> RUEDA FERNÁNDEZ, C.: “La aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los refugiados en el ordenamiento jurídico español: Aspectos fundamentales”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (ed.): *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2002, pág. 326.

<sup>756</sup> Por el temor al fracaso de una renegociación de los contenidos de la Convención de Ginebra, parte de la doctrina apoya la búsqueda de soluciones jurídicas para la protección internacional de los nuevos refugiados en los diferentes marcos regionales. Vid. GORTÁZAR ROTAECHE, C. J.: “La protección subsidiaria como concepto diferente a la protección temporal. Hacia un Derecho Comunitario Europeo en la Materia”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (ed.): *La Revitalización...*, cit., pág. 233.

<sup>757</sup> Hay quienes opinan que existe una necesidad de reinterpretar y adaptar la Convención a las circunstancias de los tiempos actuales, para que pueda satisfacer las demandas de los nuevos problemas respecto a los refugiados (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “Los nuevos desafíos de la protección de los refugiados”, en CAMPS MIRABET, N. (ed.): *El Derecho internacional antes las migraciones forzadas: refugiados, desplazados y otros migrantes involuntarios*, Edicions de la Universitat de Lleida, Sud-nord, 2005, pág. 64).

<sup>758</sup> *Formas complementarias de protección: su naturaleza y relación con el régimen de protección internacional*, Comité Ejecutivo del Alto Comisionado para los Refugiados, EC/50/SC/CRP.18, Ginebra, junio de 2000, párr. 1.



Estados acerca de los criterios de inclusión previstos en el artículo 1 de la Convención de 1951 han dado lugar a diferencias significativas entre los Estados sobre las tasas de reconocimiento de personas que se encuentran en circunstancias similares. Algunas personas que son reconocidas como refugiadas en un Estado podrían ver denegado dicho estatuto en otro. Sin embargo, es importante reconocer que incluso en aquellos casos en los que se deniega el estatuto de refugiado, los Estados están otorgando formas alternativas de permanencia prolongada en reconocimiento a la necesidad de protección internacional”<sup>759</sup>.

Como es sabido, el reconocimiento de una persona como refugiado conlleva al otorgamiento de representa la mejor forma de protección internacional<sup>760</sup>; sin embargo, cada vez menos personas logran ser consideradas como tales<sup>761</sup>. Por tanto, es preciso tener en consideración que, una vez llevada a cabo la elegibilidad por parte de los sistemas de determinación de los Estados, aquellas personas que no sean reconocidas como refugiados pueden recibir protección complementaria en relación con la otorgada por la Convención de 1951, en cuya determinación se tendría en consideración su temor a regresar a su país de origen o residencia habitual. Dichas formas complementarias de protección han sido desarrolladas con el propósito de armonizar los criterios de trato de las personas por parte de los Estados<sup>762</sup> y, sobre todo, para brindar protección en el territorio a las personas que no hayan sido consideradas como refugiados.

---

<sup>759</sup> *Formas complementarias...*, cit., párr. 7.

<sup>760</sup> El ACNUR ha señalado que la determinación individual de los temores de las personas, es la mejor solución (*Background Note of the Informal Meeting on Temporary Protection*, 20 April de 1995, pág. 1). Por tanto, en 1995, con este instrumento, se pretendía convencer a los Estados para que permitieran el acceso, a los procedimientos de determinación a todos los protegidos temporalmente. Al respecto, en palabras de DACYL, “the spirit of this document was that UNHCR *de facto* advised governments to end temporary protection in the case of former Yugoslavia” (DACYL, J.: “International responses to refugee...”, cit., pág. 29). Respecto a este cambio de status puede consultarse UNHCR: *Background Note*, Geneva, 2 June 1995, págs. 2-4.

<sup>761</sup> Actualmente, los refugiados constituyen una minoría en el conjunto de las poblaciones desplazadas por razones semejantes (conflictos internos, inseguridad generalizada, catástrofes naturales, degradación social y ambiental, epidemias y otras amenazas a la salud). *Vid.* UNHCR: *The State of World's Refugees 2000, Fifty Years of Humanitarian Action*, Oxford University Press, Oxford, pág. 19.

<sup>762</sup> En el documento sobre las *Formas Complementarias*, el ACNUR elabora un análisis del marco legal aplicable a las personas que no son reconocidas como refugiados. Así mismo, expone que su interés en el tema se fundamenta en que, siempre que se trate de refugiados, incluso en el sentido más amplio del término, es su deber, asegurar un trato adecuado y contribuir con su experiencia al debate sobre las medidas en torno a la permanencia y el trato de estas personas (*Formas complementarias...*, cit., párr. 10).

En este sentido, podría considerarse que el objetivo inicial de las formas complementarias de protección vendría a ser el otorgamiento de un permiso de permanencia y, con él, los subsecuentes derechos<sup>763</sup>, fundamentando esta acogida en las necesidades de protección internacional que manifieste la persona: “[u]n análisis de las categorías de personas que se benefician de permisos de permanencia por tiempo prolongado revela que los Estados suelen conceder dichos permisos por muy diversas razones, de las cuales sólo algunas están relacionadas con una necesidad de protección internacional. Las razones se pueden clasificar, en grandes líneas, de la siguiente manera: a) por razones estrictamente humanitarias o por razones prácticas, y b) las relacionadas con la necesidad internacional de protección y que, por lo tanto, podrían calificarse como formas complementarias de protección”<sup>764</sup>.

Estas formas, que son denominadas “protección complementaria” por el ACNUR, se otorgan una vez que se ha llevado a cabo la determinación individual y se ha considerado que la persona no puede ser reconocida como refugiado bajo los criterios adoptados por la legislación interna del Estado receptor, pero que, a pesar de esa decisión negativa, no puede devolverse a su país de origen o residencia por diferentes circunstancias. En consecuencia, la utilización de la protección complementaria implica una ampliación de la protección internacional para casos concretos, en los cuales el Estado receptor protege a la persona con independencia de su determinación como refugiado<sup>765</sup>.

---

<sup>763</sup> A las personas que huyen de su país de origen en busca de protección se les deben garantizar a las condiciones de trato conformes con lo establecido en las normas internacionales de derechos humanos y el derecho de refugiados, tales como la vida digna, el reconocimiento de un estatuto, disfrute de derechos civiles, políticos, sociales y culturales, unidad familiar. *Vid. Formas complementarias...*, cit., párrs. 13 a 18. En igual sentido, *Formas complementarias de Protección*, Consultas Globales sobre Protección Internacional, ACNUR: Doc. EC/GC/01/18, septiembre de 2001; *Formas complementarias de protección*, Consultas Globales, abril de 2001 y *Protección de las personas de interés del ACNUR que se encuentran al margen de la Convención de 1951*: Documento de discusión, Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, EC/1992/SCP/CRP.5, de 2 de abril de 2001.

<sup>764</sup> *Formas complementarias de protección*, cit., párr. 4.

<sup>765</sup> La protección subsidiaria o complementaria se dirige a una situación individualizada, que también resulta provisional y la temporal a la afluencia masiva. *Vid. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: Derecho comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 81-90

A pesar de que la protección complementaria posee una naturaleza diferente a la protección temporal, ha ocurrido con frecuencia que la doctrina<sup>766</sup> y en ciertos casos los Estados, en el momento del desarrollo de sus legislaciones internas, tienden a confundir estas diferentes instituciones. De esta manera, y como se ha explicado en apartados precedentes, la protección temporal representa un régimen provisional de protección que se otorga cuando se tiene que hacer frente a una afluencia masiva y se hace efectiva cuando el Estado receptor otorga protección a un grupo en función de la contingencia que impide la determinación individual. Como puede deducirse de lo anterior, la aplicación de la protección temporal se realiza por un tiempo transitorio, suficiente para enfrentar una situación que los sistemas de determinación no pueden solventar y, de forma general, se considera que el inicio en la búsqueda de un estatuto permanente o una situación duradera, como el retorno voluntario, cuando las amenazas que hayan originado el flujo hayan cesado.

Como puede advertirse, la diferencia entre ambas instituciones es evidente y está fundamentada en supuestos de hecho que condicionan su aplicabilidad. En este orden de cosas, es importante destacar que las confusiones respecto a las formas complementarias de protección son consecuencia directa de la ausencia de armonización de estos regímenes y de las múltiples y casuísticas respuestas de los Estados. Por esta razón, en virtud de la naturaleza misma de la protección complementaria, han proliferado diversos estatutos, con distinto alcance, en los cuales se protegen a personas por diferentes razones; dicha circunstancia, lejos de convertirse en una ventaja, se ha traducido en una confusión terminológica que implica una diferencia en el trato de las mismas: “Mientras algunos Estados han utilizado el mecanismo de incluir una definición ‘ampliada’ en un instrumento regional para asegurar la protección de los refugiados bajo la competencia del ACNUR en su sentido más amplio, otros Estados han tomado medidas legislativas para autorizar la permanencia por períodos prolongados. En este último caso, la proliferación de criterios para las distintas categorías de beneficiarios ha empañado la

---

<sup>766</sup> Según explica FERNÁNDEZ SÁNCHEZ cuando se ha estudiado la protección temporal algunos autores como FITZPATRICK (“Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime”, en *AJIL*, vol. 94, 2000, pág. 287) la han considerado como un sistema que puede ser aplicable tanto de forma individual como en casos de afluencias masivas, lo cual ha generado una confusión y ha inducido al error de confundir la protección temporal con la complementaria. Al respecto, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *Derecho comunitario...*, cit., pág 81.

naturaleza de refugiados de algunos de estos grupos y ha llevado a confusión sobre los criterios que deberían regir su trato”<sup>767</sup>.

La protección complementaria es considerada como sinónimo de protección subsidiaria<sup>768</sup>, de hecho en la Europa comunitaria se ha establecido un instrumento relativo a la misma<sup>769</sup>. Empero, el problema en el otorgamiento de la protección no radica principalmente en el nombre que se otorga a la institución, sino el trato que conlleva dicha designación, pues los derechos y prerrogativas otorgadas a las personas dependen del estatuto que se les reconoce en cada Estado receptor, pues en la mayoría de los casos la diversidad de definiciones y estatutos perjudica a los beneficiarios<sup>770</sup>.

La protección complementaria no cubre una emergencia o da respuesta a una contingencia; por el contrario, representa una nueva oportunidad que el Estado receptor otorga a la persona que ha solicitado refugio<sup>771</sup>, permitiéndole permanecer en su

---

<sup>767</sup> *Formas Complementarias...*, cit., párr. 23.

<sup>768</sup> Respecto a este tipo de protección, es necesario puntualizar que muchos autores, utilizan el término “protección complementaria” y “subsidiaria” como sinónimos. Entre ellos, GORTÁZAR ROTAECHE, C.J.: “La protección subsidiaria como concepto diferente a la protección temporal...”, cit., págs. 231-248, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *La Inmigración y el Asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Colex, Madrid, 2002, pág. 250. Otra parte de la doctrina, para evitar confusiones sustantivas en relación a la protección que se debería otorgar a los refugiados, prefiere hablar de protección subsidiaria: “(...) The reason why the term subsidiary protection may seem acceptable and even preferable to the notion of complementary protection, necessitates prudence in order to avoid that the subsidiary solution becomes primary after all, to the detriment of the truly principal refugee protection instrument” (VEDSTED-HANSEN, J.: “Complementary or...”, cit., pág. 25).

<sup>769</sup> *Vid. Directiva 2004/83/CE DEL CONSEJO de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida*, DOCE L 304 de 30 de septiembre de 2004, pág. 12. Esta Directiva no sólo pretende homogeneizar la figura del refugiado en todo el marco comunitario sino también la figura de la protección subsidiaria o complementaria.

<sup>770</sup> En el artículo 2. e) del la Directiva 2004/83/CE se establece claramente las personas con derecho a protección subsidiaria y las define como “nacional de un tercer país o apátrida que no reúna los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15, y al que no se aplican los apartados 1 y 2 del artículo 17, y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país”. Para un análisis de la obtención de la protección subsidiaria en el ámbito europeo puede consultarse FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *Derecho comunitario de inmigración*, Atelier, Barcelona, 2006, pág 106-131.

<sup>771</sup> Esta subsidiariedad, como ocurre en el ámbito de los derechos humanos, hace pues referencia a la utilización de un mecanismo de protección internacional cuando los de derecho interno se hayan agotado sin éxito. Al respecto, BUERGENTHAL, T.; GROSSMAN, C.; NIKKEN, P.: *Manual internacional de derechos humanos*, IIDH/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San José, 1994, págs. 173.

territorio por el tiempo que él considere necesario, en beneficio de su seguridad o de su protección física<sup>772</sup>. Por tanto, todos estos mecanismos que se establecen para regular la estancia o permanencia en un país donde no se les ha otorgado la condición de refugio se les denomina protección complementaria o subsidiaria.

La protección complementaria puede considerarse como un paso adelante en el compromiso de los Estados en lo que a protección de refugiados se refiere. Su surgimiento es el resultado directo de la progresiva humanización del Derecho internacional, y desde hace tiempo ha recibido tratamiento internacional en algunas regiones del mundo<sup>773</sup>.

A modo de precisión, se puede afirmar que la Convención de 1951 debería interpretarse de forma completa y extensiva, donde la protección complementaria se otorgara como un estatuto residual a aquellas personas que necesiten protección internacional y que no sean refugiados, porque las razones de huida vayan más allá de lo que expresa la Convención. Sin embargo, la realidad es menos alentadora: el otorgamiento de esta forma de protección depende de la voluntad de los Estados receptores, como ocurre con el otorgamiento de la protección temporal o en el caso del asilo.

Es importante precisar que, al igual que la protección temporal, la complementaria tiene ciertas condiciones de aplicabilidad, pues la misma procede o es otorgada siempre que se tenga una definición positiva de las razones de huida o de los motivos por los cuales no puede una persona regresar a su país de origen. Tales razones

---

<sup>772</sup> “Todos los casos de personas que quedan fuera de la definición de refugiado según la Convención de Ginebra pero que, no obstante, no pueden ser devueltas al país del que provienen por peligro para su vida o su libertad o por temor a sufrir tortura u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes. Especialmente han de tenerse en cuenta las obligaciones internacionales derivadas del artículo 3 del CEDH, del artículo 7 del PIDCP y del artículo 3 de la Convención contra la Tortura” GORTÁZAR ROTAECHE, C.J.: “La protección subsidiaria como concepto diferente a la protección temporal...”, cit., pág. 234. Esta definición es complementada por FERNÁNDEZ SÁNCHEZ al incluir entre los textos jurídicos antes citados “ el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, así como los artículos pertinentes de los derechos inderogables del Convenio Europeo de Derecho de Derechos Humanos (art 15), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art 4) y de la Convención Americana de Derechos Humanos (art 27) FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *Derecho comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona, 2006, pág 110.

<sup>773</sup> GORTÁZAR ROTAECHE, C.J.: “La protección subsidiaria...”, cit., pág. 236.

son, en la mayoría de los casos, evaluadas por los órganos encargados de la determinación de los refugiados en los Estados receptores.

## **5. LA PROTECCIÓN TEMPORAL COMO PROTECCIÓN EN CASO DE DESPLAZAMIENTOS MASIVOS**

La Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados posee un significado político, legal y ético<sup>774</sup>. Legal, por el hecho de desarrollar los estándares básicos sobre los cuales se fundamentan los principios de protección de los refugiados; político, porque provee un marco universal en el que los Estados pueden cooperar y compartir las cargas que generan los desplazamientos. Por último, ético, porque la Convención tiene 145 signatarios, obligados a proteger los derechos humanos de las personas que sufren persecución. No obstante, a pesar de los esfuerzos del ACNUR, dichos significados no han logrado unificarse para proteger a las personas que huyen como parte un flujo masivo, pues en la mayoría de los casos los Estados rechazan el compromiso de la protección colectiva. Dicha circunstancia es producto de la incomprensión del alcance de los principios fundamentales desarrollados en la Convención de 1951, cuya aplicación restrictiva ha promovido el desarrollo de herramientas, como la protección temporal, que han venido utilizándose como una forma de protección en los momentos en que no se puede llevar a cabo la protección individualizada<sup>775</sup>.

Los movimientos a gran escala de refugiados y otros emigrantes forzosos se han convertido en una característica que define el mundo contemporáneo<sup>776</sup>. La inestabilidad mundial, surgida después de la Guerra Fría, ha obligado a la sociedad internacional a asumir ciertas realidades con carácter de emergencia, entre ellos el drama de los refugiados, debido al creciente número de personas que se desplazan a

---

<sup>774</sup> FELLER, E.: "The Convention at 50: The way ahead for the refugee protection", en *Forced Migration Review*, núm. 10, pág. 6.

<sup>775</sup> "Temporary protection is not an alternative to refugee status, but rather an administrative prelude to it: a limited time in which governments can sort out their management systems and distribute their resources in such a way that they can take on the individualised procedures they perceive necessary in the granting of refugee status" (Van SELM, J.: "Temporarily Protecting Displaced Persons or Offering the Possibility to Start a New life in the European Union", en *European Journal of Migration and Law*, vol. 3, 2001, págs. 24).

<sup>776</sup> Vid. ACNUR: La situación de los refugiados en el mundo 2000...cit., pág. 11.

consecuencia de la fragmentación social y política, la violencia y la violación de los derechos humanos, y por la posición adoptada por varios Estados de restringir el otorgamiento del estatuto de refugiado<sup>777</sup>. Como ha podido describirse, las emergencias humanitarias y el problema de los refugiados pasaron de situaciones ocasionales a acontecimientos comunes y frecuentes, lo que trajo consecuencias importantes para el Derecho internacional. En este sentido, los grupos de personas que huían de un país y cruzaban la frontera del país vecino en busca de protección colapsaron los sistemas de determinación del país receptor, lo que impedía la determinación de las causas que motivaban la huida y hacía difícil el otorgamiento de la protección internacional a estas personas<sup>778</sup>.

Estos nuevos retos fueron asumidos a través de la flexibilización de las estructuras del régimen del refugio, lo que generó diferentes soluciones casuísticas a falta de instrumentos legales o estándares de trato para la regulación de estas contingencias. Clásicamente y como respuesta a estas necesidades, el ACNUR instó a los Estados a otorgar la protección de los refugiados en situaciones de afluencia masiva a través de la determinación *prima facie* y la protección temporal. Así, en muchas

---

<sup>777</sup> “(...) El abuso real o percibido de los sistemas de asilo, el aumento del costo relativo a la administración de los procedimientos para determinar el estatuto de refugiado y el hecho de que muchos solicitantes rechazados quedan en el país donde han llegado, ha generado respuestas basadas casi exclusivamente en medidas de control tales como: políticas dirigidas a impedir la llegada de todo extranjero no documentado, a través de visados obligatorios, sanciones a compañías de transporte, interceptación física de navíos; políticas dirigidas a trasladar hacia otros Estados la responsabilidad de aquellos solicitante de asilo que llegan a las fronteras de la Unión Europea, a través de convenios de readmisión o de la aplicación de la noción de tercer país seguro; medidas disuasivas, tales como la detención de solicitantes de asilo, la denegación de ayuda económica y social, o la restricción de los derechos de reunificación familiar; y finalmente la aplicación restrictiva de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, a través de la exclusión de su ámbito de algunas categorías de solicitantes de asilo, tales como las víctimas de agentes terceros de persecución o las víctimas de persecución relacionada con el género” (CABRINI, L.: “El proceso de consultas globales sobre la revitalización de la protección de los refugiados”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (ed.): *La Revitalización...*, cit., pág. 15). Entre estas estrategias resulta importante destacar la del tercer país seguro, que es una de las más utilizadas por los Estados para evadir las responsabilidades asumidas. Para un análisis de esta técnica jurídica puede verse QUEL LÓPEZ, F.: “El acceso a la protección de los solicitantes de asilo (incluido el concepto de Tercer País Seguro y movimientos irregulares)”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (ed.): *La Revitalización...*, cit., págs. 179-199.

<sup>778</sup> El concepto tradicional de refugiado de la Convención de 1951, basado en el “temor fundado de persecución” no contempla las situaciones particulares de afluencia masiva de personas que se ven obligadas a dejar su país de origen (TIRADO, T.: “Evolución del concepto de refugiado. La Declaración de Cartagena y el problema de los flujos masivos de refugiados”, en FRAIDENRAIJ, S. (ed.): *La protección jurídica internacional de la persona humana y el problema de los indocumentados*, Seminario realizado en La Paz, Bolivia, del 12 al 15 de noviembre de 1990, ACNUR-Zavalija, Buenos Aires, 1991, pág. 131).

oportunidades, las respuestas estatales llevaron a reconocer *prima facie* a los grupos de personas debido a la dificultad de analizar caso por caso. Pero en medio de dichas contingencias, los Estados no quisieron asumir la responsabilidad de reconocer y otorgar a estas personas el estatuto de refugiado, por lo que, como solución, decidieron otorgar protección temporal<sup>779</sup>.

Entretanto, a pesar de las complejidades y de las limitaciones que trae consigo la determinación colectiva, sea *prima facie* o sea el otorgamiento de protección temporal, debe resaltarse que la utilización de las herramientas flexibles ha permitido abordar el desplazamiento en masa de una manera más constructiva<sup>780</sup>. En este sentido, aunque no se ha logrado alcanzar una estrategia internacional definida<sup>781</sup>, el otorgamiento de la acogida temporal parece haberse convertido en la respuesta más efectiva, pues al ser considerada como una norma consuetudinaria de carácter general, su respeto implica que el país receptor la otorgue al colectivo desde el momento en que ingresan en el territorio, con lo que se solventa el problema de la seguridad física. Así, se puede llegar a afirmar que el respeto de la prohibición no devolución constituye el fundamento de la protección temporal y la base sobre la cual se construye su consideración como obligación estatal.

---

<sup>779</sup> FISCHER ANDRADE, J.: “De la determinación de la condición de refugiado”, en IRIGOIN, J (comp.): *Derecho de los refugiados en el sur de América Latina: Armonización legislativa y de procedimiento*, Santiago de Chile, 1995, pág.74.

<sup>780</sup> “La pertinencia de los enfoques tradicionalistas se está cuestionando y están surgiendo nuevas estrategias para buscar soluciones. La evidencia de esta nueva orientación se puede encontrar en la respuesta del mundo a la serie de importantes emergencias que se han producido (...). En casi todas estas situaciones, los Estados y otros miembros de la comunidad internacional se han encontrado respondiendo a las causas y consecuencias del desplazamiento humano con formas de acción innovadoras: la creación de una “zona de seguridad” en el norte de Irak, el despliegue de supervisores de derechos humanos en Ruanda; la intervención de una fuerza regional de mantenimiento de la paz en Liberia; el uso de tropas de la ONU para proteger la distribución de ayuda humanitaria en Bosnia-Herzegovina; la introducción de “puertos seguros regionales” para los buscadores de asilo haitianos; y el establecimiento de un tribunal de crímenes de guerra para la antigua Yugoslavia y Ruanda (...)” (ACNUR: *La situación de los refugiados en el mundo 2000...*, cit., pág. 14).

<sup>781</sup> “Con un poco de retraso, la comunidad internacional ha llegado a la conclusión de que sólo se encontrarán soluciones duraderas al problema del desplazamiento humano si se hace un esfuerzo coordinado para proteger los derechos humanos, mantener la paz dentro de los Estados y entre ellos promover el desarrollo sostenible y administrar la emigración internacional” (ACNUR: *La Situación de los Refugiados...*, cit., pág. 15). A nivel regional, sólo en Europa y en el ámbito de la Unión Europea se han establecido políticas comunes respecto a la protección temporal. Estas políticas están desarrolladas en la Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa 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.



Es importante resaltar que la acogida temporal por sí sola no implica una protección suficiente para los protegidos temporalmente; por tanto, la protección temporal debe implicar obligaciones estatales relativas al respeto de los derechos humanos de las personas que son parte del flujo, como derechos inherentes a las mismas, independientemente de las circunstancias en que se encuentren, pues la razón de la protección viene ligada a la salvaguardia de la vida, de la dignidad y de la incondicionalidad de los derechos humanos<sup>782</sup>. PONTE IGLESIAS<sup>783</sup> considera que el Derecho internacional de los derechos humanos contiene normas que protegen a las personas, no en su carácter de refugiados o de desplazados internos, sino como personas cuyos derechos fundamentales están siendo violados y que están protegidos por normas convencionales o consuetudinarias. En este marco, se entiende que, aun cuando la condición de refugiado no sea otorgada<sup>784</sup> a los protegidos temporalmente, en tanto que seres humanos se les deben garantizar efectivamente los derechos humanos, como el derecho a la vida, la integridad personal, la personalidad jurídica, el derecho a un proceso legal justo, el derecho a la libertad religiosa, a la propiedad, o a ejercer una profesión, entre otros. Estas consideraciones generan cierta reticencia por parte de los Estados, por temor a verse forzados a asumir futuras obligaciones en relación con la gestión de grupos<sup>785</sup>.

Desde un marco general, los protegidos temporalmente deben estar amparados por los derechos proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y

---

<sup>782</sup> Los derechos humanos son incondicionales, si se interpreta esta afirmación en el sentido de que su única condición de aplicabilidad, que no interviene en la caracterización de los beneficiarios de tales derechos, está constituida por los actos voluntarios de tales beneficiarios y no por otras circunstancias, como por ser cualquiera de sus restantes propiedades posibles (como su raza, sexo, etcétera). Vid. PECES-BARBA, G.; HIERRO, L.; ÍÑIGUEZ DE ONZOÑO, S.; LLAMAS, A.: *Derecho positivo de los derechos humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1987, pág. 268.

<sup>783</sup> PONTE IGLESIA: *Conflictos armados...*, cit., pág. 31.

<sup>784</sup> “The concept of temporary protection was created to meet urgent needs of protection in mass refugee flows for different kind of refugee groups. As it was conceived as a short term emergency measure, the standard of protection is considered to be lower compared to international protection in general” (PIRJOLA, J.: “Temporary Protection as a Future ...”, cit., pág. 424).

<sup>785</sup> “Concepts of temporary protection which suspended the examination of asylum request or aim at replacing refugee status during the duration of danger must take into account, to a certain degree, the status rights accorded to refugees in the 1951 Conventions as there will be refugees in the sense of Article 1 A (2) CRSR51 among the beneficiaries of temporary protection. This is a consequence feared by many states providing temporary protection” (KÄLIN, W.: “Temporary Protection in the EC...”, cit., pág. 220).

los Pactos Internacionales<sup>786</sup>, incluidas que las garantías de ciertos derechos económicos, sociales y culturales, que también les son inherentes<sup>787</sup>. Es preciso resaltar que con la sistematización de los derechos mínimos aplicables a estas personas que huyen en afluencia masiva no se pretende equipar la protección temporal con el refugio, porque se desvirtuaría la naturaleza del estatuto de refugiado, sino que se pretende elaborar una propuesta equilibrada, en términos de humanidad.

Así, el concepto de la protección temporal está vinculado de forma directa con su fundamento; por tanto, no se puede analizar el significado de la protección temporal desvinculándola de su justificación o razón de aplicación, pues su propia definición implica, de forma inmediata, una decisión por parte del Estado, relacionada con el otorgamiento de una protección distinta a la garantizada a tenor de lo dispuesto por la Convención de 1951. De esta forma, la aplicación de la institución de protección temporal se inicia con la determinación de que lo más recomendable es una protección a corto plazo, otorgada a un grupo de personas y que armonice las obligaciones del Estado receptor y los derechos de los individuos que se encuentran en situación de vulnerabilidad y que tienen necesidades de protección.

En este contexto, si bien la protección temporal se presenta como un instrumento para la protección de la dignidad humana en sentido amplio y protección física en sentido estricto, la misma presupone una serie de consideraciones estatales al respecto. Entre ellas, el compromiso de asumir las cargas económicas del grupo y el desarrollo de un régimen interno que facilite por lo menos la acogida temporal. Así, si se entiende los motivos que determinan la necesidad de concesión de la protección, se conocen los derechos inherentes a dicha institución y se establecen obligaciones precisas para los Estados, se podría facilitar la aplicabilidad de la protección temporal, y se impedirá que dicha institución se constituya en una forma de sustracción a las obligaciones

---

<sup>786</sup> “Human rights law protects temporarily protected persons, inter alia, against discrimination on grounds of race, language, religion, national or social origin, and against general distinctions not required by legitimate and objective grounds” (KÄLIN, W.: “Temporary Protection in the EC...”, cit., pág. 223).

<sup>787</sup> En este contexto, en el estándar mínimo de trato de los protegidos temporalmente debería respetarse los artículos 9 a 11 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, como ha sido establecido en los 16 estándares mínimos de trato contenidos en la *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la Protección de las Personas que buscan asilo en situaciones de afluencia a gran escala*, Conclusión No. 22..., cit., párr. II.A.2.

internacionales adquiridas. En muchas ocasiones la respuesta humanitaria suministrada en situaciones de flujo masivo se ha convertido en un obstáculo para el desarrollo de los sistemas de determinación y la imposibilidad de acceso a los sistemas establecidos, lo que formalmente sería una violación de las normas de la Convención de 1951 por parte de los signatarios de la misma.

Aunque ya se sabe que la protección internacional y las obligaciones que de ella se derivan limitan las actuaciones de los Estados<sup>788</sup>, interesa, para el análisis de la protección temporal, centrarse principalmente en las respuestas positivas de los Estados de acoger a las personas, más que en las limitaciones de actuación de los mismos, porque lo más importante es la protección proporcionada sea efectiva en función del disfrute de todos los derechos, aun cuando sea de forma temporal. Con respecto a éstos, puede afirmarse que se trata de los derechos que pretenden salvaguardar y proteger espacios de libertad que puedan ser disfrutados por todos. Sin duda el contenido de los mismos puede ser descrito en términos de seguridad y igualdad<sup>789</sup>; considerando que la seguridad jurídica y persona que brinda un Estado, en este caso, debería sustentar los mecanismos de acogida, de reconocimiento y protección de los derechos humanos.

La igualdad, por su parte, que refiere a un criterio de distribución de los contenidos y está encaminada a la identificación de los beneficiarios. Así, si se parte de que existe una igualdad formal y material, se utilizarán ambas para diferenciar, en el marco de la protección internacional, las obligaciones de los Estados Parte en la Convención para con las personas refugiadas y las protegidas temporalmente. De acuerdo con la diferenciación hecha por ASÍS ROIG de igualdad formal y material, la primera implica el trato sin discriminación a todos los sujetos, repartiendo por igual los contenidos de los derechos y la segunda distingue a las personas apoyándose en algún

---

<sup>788</sup> “(...) La exigencia de positivación presente en el concepto de los derechos implica su previo reconocimiento por parte del Poder Político, lo cual relativiza la realidad de la idea de los derechos como límites: los derechos limitarán al Poder, pero siempre que éste los reconozca y acepte por tanto la limitación. Por otro lado, tampoco parece conveniente restringir la idea de los derechos como límites a las relaciones entre individuos y Poder político, ya que en ocasiones de lo que se trata es de un análisis fundamentado en la relatividad de la teoría de los derechos como límites del Poder” (ASÍS ROIG, R.: “Problemas filosóficos jurídicos en torno a los derechos fundamentales de los extranjeros”, en MARÍÑO MENÉNDEZ, F.: *Derecho de Extranjería, Asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, INSERSO, Madrid, 1995, pág. 26).

<sup>789</sup> Vid. ASÍS ROIG, R.: “Problemas filosóficos-jurídicos...”, cit., pág. 28.

tipo de justificación que, si bien no otorga igualdad de condiciones, no debería vulnerar el sentido de los derechos.

En consecuencia, se puede afirmar que en caso de protección temporal existe una igualdad formal con respecto a los refugiados, pero no una igualdad material. Existe igualdad en el trato por el hecho de ser personas; no obstante, la diferencia material estaría referida a determinados aspectos relativos a la titularidad de un estatuto, pues, una vez determinados los contenidos de los derechos, se diferencia entre los refugiados propiamente dichos, los beneficiarios de protección temporal y también los beneficiarios de protección complementaria.

De esta manera, existe un conjunto de instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos, y su legitimación la da el hecho de ser persona, lo que determinaría la igualdad formal. Así, una vez determinados los contenidos, podría efectuarse una diferenciación respecto a la titularidad. Hay que dejar claro que, en términos de igualdad existen derechos, pero, en relación al tema de protección internacional, los mismos se garantizan a quienes son considerados como refugiados por el Estado receptor. Por tanto, la consideración de igualdad material de las personas bajo protección temporal y de los refugiados podría en cierta manera establecerse en un sistema convencional de aplicación universal que dé contenido a las obligaciones de los Estados y los derechos de estas personas, en el cual se incluya la posibilidad de solicitar la condición de refugiado, siempre y cuando cumpla con las condiciones establecidas por la Convención de 1951.

La protección temporal ha respondido a muchas emergencias en los últimos años. Ha sido perceptible también en muchas oportunidades, y ha sido utilizada como argumento para impedir el acceso de las personas a los sistemas de determinación, con el consiguiente menoscabo de los derechos de los individuos que se protegen<sup>790</sup>. Por

---

<sup>790</sup> “En la medida en que la protección temporal se inserta en el ámbito del asilo que concede un Estado en su territorio, subyace la clásica tensión dialéctica -propia de esta área- entre las amplias competencias estatales que las normas de Derecho Internacional reconocen para la regulación de la entrada y permanencia de los extranjeros en su territorio y la necesidad de establecer límites a esa libertad con objeto de un mejor y mayor protección de las poblaciones en peligro. En los casos de afluencia a gran escala, esta tensión se hace más evidente y virulenta. Los Estados no se han manifestado conformes con la asunción de concretas obligaciones internacionales respecto a los colectivos de personas desplazadas en circunstancias tan excepcionales, a pesar de que se trata de un fenómeno que no ha dejado de producirse a lo largo de todo el siglo precedente. Ello pudiera explicar en gran medida la precariedad normativa en la

tanto, la aplicabilidad de la protección temporal no puede desvincularse del marco de protección establecido en la Convención de 1951, pues, si bien no contempla la protección colectiva, la misma debe ser considerada como fuente de análisis para el desarrollo interpretativo, que permita proteger a las personas que se desplazan en flujo masivo. En este sentido, se debe atender a una revalorización del concepto de protección a favor de los protegidos temporalmente, donde el contenido de la protección no se limite a la acogida territorial, sino que desarrolle un marco de garantías y respeto a los derechos fundamentales, pues la protección temporal no está sólo relacionada con la asistencia humanitaria, sino que es una obligación de tipo no convencional para los países de acogida, resultado del respeto por la dignidad humana, y así debe entenderse<sup>791</sup>.

En este sentido, para suprimir el pragmatismo que ha llevado a confusiones y en vista de la magnitud de los desplazamientos en masa, el régimen de la protección temporal debe sistematizarse con el fin de unificar las disposiciones en el ámbito universal. En primer lugar, en beneficio de la categoría de personas que no pueden ser consideradas como refugiados a consecuencia del colapso de los sistemas de determinación, y, en segundo lugar, en beneficio de la existencia del estatuto de refugiado y de las obligaciones que para los Estados Parte de la Convención de 1951 y del Protocolo 1967 conlleva la concesión de dicho estatuto.

En virtud de la continuidad, la frecuencia y la dificultad de los flujos masivos, es importante analizar las necesidades de protección de estas personas, en busca de nuevas opciones de protección efectiva. De hecho, como bien resalta PONTE IGLESIAS, no se trata tanto de cambiar de manera drástica la normativa clásica, como de pensar en nuevos mecanismos que puedan acoger universalmente las necesidades de los refugiados y las personas desplazadas víctimas de los conflictos y situaciones de

---

regulación internacional de las afluencias masivas en la que se observa una ausencia de instrumentos jurídicos relativos a estos fenómenos y una excesiva dependencia de aproximaciones ad hoc y de obligaciones indirectas" (ARENAS HIDALGO, N.: "El sistema europeo de protección temporal...", cit., pág. 747).

<sup>791</sup> "Indeed, refugee protection involves an unrestricted human rights competence to ensure respect for refugee's human dignity and integrity" (GOODWIN-GILL, G.: "The Language of Protection", en *IJRL*, vol. 1, 1989, págs. 15-17).

violencia<sup>792</sup>. A este respecto, el ACNUR ha manifestado la necesidad de evitar interpretaciones jurídicas restrictivas de los instrumentos internacionales relativos a los refugiados. Si bien reitera que la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 continúan siendo carta de derechos y que sus normas constituyen garantías constitucionales, se debe evitar su debilitamiento y restricción, aun cuando insiste en que es necesario sugerir que no son pertinentes<sup>793</sup>.

La Convención de 1951 establece los estándares mínimos de trato en la protección de los refugiados. Sin embargo, es necesario que los mismos se vean complementados con otros mecanismos que puedan proteger a las personas que huyen por circunstancias equiparables a la persecución y en flujos masivos, como se afirmaba anteriormente. Estas ampliaciones deben basarse en los principios universales consagrados en la Convención, desarrollados por las Conclusiones del Comité Ejecutivo y en la práctica de los Estados; todo esto con miras a lograr la aplicación uniforme y la sistematización de las normas relativas a las respuestas *ad hoc* que se vienen dando a las situaciones de emergencia relacionadas con las personas que huyen, teniendo en consideración que los derechos humanos son derechos de las personas bajo la jurisdicción de un país, quienes son titulares de los mismos sin importar su condición legal.

En este contexto, lo más recomendable sería abordar el tema de los flujos masivos en un marco convergente, para que su alcance sea más amplio y real en comparación con las circunstancias. Así lo advierte GROS ESPIELL al señalar, que: “Es preciso y necesario reconocer que tanto la protección de los derechos humanos en general, que resulta de los instrumentos universales o regionales vigentes en la materia, como la protección de los derechos de las personas acaparadas por el Derecho internacional humanitario o por el Derecho de los refugiados, constituyen partes, sectores específicos, de un sistema internacional general, de raíz esencialmente humanitaria, dirigido a proteger al ser humano en la forma más amplia y comprensiva

---

<sup>792</sup> PONTE IGLESIAS, M.: *Conflictos armados...*, cit., pág. 23.

<sup>793</sup> *Informe del Subcomité Plenario sobre Protección Internacional*, ACNUR Doc.A/AC.96/858, de 17 de octubre de 1995, párr. 7 y 8.

que sea compatible con la existencia del orden jurídico y los derechos legítimos del Estado y de la sociedad internacional”<sup>794</sup>.

---

<sup>794</sup> GROS ESPIELL, H.: “Derechos humanos, Derecho internacional humanitario y Derecho internacional de los refugiados”, en *Etudes et Essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, Genève, 1984, pág. 703.

## **CAPÍTULO II**

### **LA PROTECCIÓN TEMPORAL Y LA GESTIÓN DE LOS FLUJOS MASIVOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL REGIONAL**

Sumario: Planteamiento de la cuestión.-1. La acogida temporal en la Europa comunitaria.-2. El régimen comunitario de la protección temporal: 2.1. Los beneficiarios de la protección temporal en el ámbito europeo; 2.2. El estatuto de protegido temporalmente; 2.3. La duración y la cesación de la protección temporal.- 3. La protección temporal y las obligaciones estatales; 3.1. La protección de flujos masivos en el continente Africano; 3.2. La gestión de los desplazamientos masivos en la Declaración de Cartagena. 4. Los esfuerzos institucionales para la creación de una norma general de acogida: efecto reflejo de la prohibición de devolución.

#### **PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

Como se ha descrito en el capítulo precedente, la protección temporal es, en el marco de la protección internacional, una institución que se aplica a un supuesto de hecho determinado y representa una respuesta estatal ante la imposibilidad de determinación individual de las personas que ingresan a un país con temores fundados. Esta respuesta estatal ante los flujos masivos puede darse porque el sistema de determinación no se haya establecido o porque por alguna razón (generalmente relacionada con las consecuencias de los flujos masivos) sea imposible la determinación individual.

La protección temporal permite la permanencia y el disfrute de los derechos fundamentales de las personas que ingresan a un país como parte de un flujo masivo, y consiste en la recepción en un Estado con la aplicación de unos estándares de protección que se aplica por un tiempo determinado, establecido por las legislaciones internas, mientras se busca una solución duradera o se logra determinar individualmente la condición de refugiado de las personas que huyen con necesidad de protección.

No obstante, la protección temporal, aun cuando es considerada como la protección que se otorga en caso de flujos masivos, no posee un régimen jurídico universal que ordene su aplicación. Sin embargo, las respuestas regionales a la



protección de personas que se desplazan en masa ha promovido el desarrollo jurídico de esta institución de manera relevante.

En este capítulo, dividido en cuatro apartados, se presenta una visión general del estado actual de desarrollo de la protección temporal. Para ello en primer lugar se presentan una serie de precisiones relativas a la acogida temporal en la práctica dentro de la Unión Europea, concretando su importancia como elemento de la protección temporal.

En segundo lugar, se elabora un breve estudio de la Directiva Europea 2000/55/CE en la cual se desarrollan las normas mínimas para la concesión de la protección temporal, resaltando los beneficiarios, las características del Estatuto creado por la Directiva Europea, la duración y la cesación de la protección temporal.

En tercer lugar, se analiza la protección de flujos masivos en otros ámbitos regionales como África y América Latina en los cuales si bien no se han establecido disposiciones relativas a la protección temporal han realizado una importante aportación en relación con la acogida de los flujos en sus territorios. Este análisis se fundamenta principalmente en la Convención de la OUA y la Declaración de Cartagena.

Por último, se resalta la importante labor del ACNUR en relación con el fomento de la protección de flujos, en la que se evalúa la existencia o no de una obligación general de otorgar protección temporal a los flujos masivos.

## **1. LA ACOGIDA TEMPORAL EN LA EUROPA COMUNITARIA**

Dada la complementariedad del Derecho internacional de los Derechos humanos y el Derecho internacional de los Derechos de los refugiados, se ha ido fomentado progresivamente la necesidad de crear obligaciones estatales en relación a la protección de las personas que huyen en afluencia masiva. Así, ante el vacío legal en el ámbito internacional en relación con la protección de las personas en situación de flujos masivos, la acogida temporal ha surgido como solución, a través de iniciativas pragmáticas, lo que lleva a la conclusión de que la protección de estos desplazamientos

masivos de personas ha estado impulsado por las consideraciones humanitarias, que han estado vinculadas a la asistencia internacional.

Por tanto, la evolución desde la acogida temporal clásica, entendida como la mera recepción en el territorio de un Estado, hacia la protección temporal, entendida como una institución de protección internacional, ha sido un proceso que encontró sus motivos en la necesidad de solucionar situaciones fácticas que afectaban a la sociedad internacional, concretamente a la Europa comunitaria.

De esta manera, si bien el análisis de su formación como institución no es una tarea fácil, debido a los distintos usos y acepciones otorgadas por los Estados, es preciso indicar que la protección temporal cuenta con el desarrollo de un conjunto de normas mínimas relativas a su concepción en el ámbito regional en la Europa comunitaria que se encuentra fundamentado en la norma consuetudinaria de no devolución, la cual se está relacionada de forma directa con el otorgamiento de la acogida territorial.

En este sentido, la protección temporal, que incluye la acogida protectora, es una estrategia institucionalizada cuya evolución puede explicarse en tres fases, dos de las cuales han sido los hitos marcados por las situaciones que han necesitado de su aplicación. De esta manera, los desplazamientos masivos provenientes del sudeste asiático y de Yugoslavia han proporcionado el impulso que ha llevado a la sistematización de una institución en el ámbito del Derecho comunitario, lo cual deja claro que las bases estructurales de la misma fueron construidas en el pasado, o sea por la recepción de las personas en el territorio sobre la base de una acogida por razones humanitarias.

Elaborando un análisis de la práctica estatal en lo que a protección internacional de refugiados se refiere, se puede afirmar, como se hiciera en el primer capítulo de esta investigación, que a partir de los años veinte del siglo pasado, se comenzó a proporcionar asistencia y apoyo institucional a las personas que huían de sus Estados de origen o residencia. Estas respuestas, se caracterizaron por su excepcionalidad y por su dependencia fáctica, pero sin duda sus propósitos estaban encaminados a procurar al menos la acogida temporal de las personas mientras se pudiera coordinar un reasentamiento.

En esta época, los primeros impulsos para la formación de la obligación de los Estados de proporcionar acogida temporal a las poblaciones desplazadas, estuvieron fundamentados en razones humanitarias, tendentes a evitar que estos desplazamientos se convirtieran en una amenaza para la paz y seguridad internacionales. Estas normas de acogida fueron desarrolladas a través de los acuerdos de protección a los refugiados de determinados Estados en los cuales se protegía con la idea de asistencia humanitaria, y por tanto se garantizaba la entrada de las personas al territorio de un Estado. Para ese momento, la acogida se caracterizaba por la admisión de emergencia al territorio, pero de manera provisional, sin más compromisos jurídicos que la mera recepción.

Con la proliferación de flujos masivos, la aplicabilidad de la Convención de 1951 quedó limitada, pues cada vez más las personas huían por motivos diferentes a los señalados por ella. Por tanto, como respuesta a esta emergencia se desarrolla el refugio provisional<sup>795</sup>, el cual se crea como respuesta normativa a los flujos masivos producidos por los conflictos armados internos generados luego de la segunda post-guerra.

En lo que se refiere a antecedentes de este tipo de protección, se puede afirmar que la primera regulación normativa de una protección provisional se encuentra en la legislación interna de Austria, concretamente en relación al otorgamiento del refugio provisional a los húngaros y checos<sup>796</sup> que habían llegado a este Estado y que fueron protegidos bajo la *Federal Law of Residence of Refugees*, del 7 de marzo de 1968, modificada posteriormente en 1974<sup>797</sup>.

---

<sup>795</sup> Los antecedentes de esta protección provisional se ubican en 1936, cuando se protegió a 200.000 españoles que se desplazaron a los Estados vecinos huyendo de la guerra civil. Esta situación marca el inicio de la práctica estatal de respecto a esta protección, sin embargo, no existe instrumento jurídico sobre el cual se pueda fundamentar un análisis jurídico. Al respecto, SKRAN, C.: *Refugee in interwar Europe: The emergence of a Regime*, Clarendon Press, Oxford, 1995, págs. 57-59.

<sup>796</sup> Esta protección provisional fue otorgada por algo más de 9 meses. Vid. COLES, J.G.: "Approaching the Refugee Problem Today", en LOESCHER, G. MONAHAN, L. (eds.): *Refugees and International Relations*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pág. 397. De igual manera, en 1968 se otorgó a las personas que huían de la invasión soviética, protección provisional en Checoslovaquia. Sobre este particular puede consultarse McDOWALL, R.: "Co-ordination of Refugee Policy in Europe", en LOESCHER, G. MONAHAN, L. (eds.): *Refugees and International Relations*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pág.180.

<sup>797</sup> PERLUSS, D.; HARTMAN, J.: "Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm", en *VJIL*, vol. 26, 1996, pág. 559.

Pero es de advertir que los desplazamientos masivos que impulsaron el desarrollo de la norma de refugio provisional, fueron los desplazamientos ocurridos en el sudeste asiático a finales de los años setenta<sup>798</sup>. Tales fueron sus magnitudes y consecuencias que, con vistas a acelerar su gestión, el ACNUR emite su primer pronunciamiento, pidiendo cooperación para solventar la situación, instando a los Estados al otorgamiento del refugio provisional<sup>799</sup>, con el cual comienza el desarrollo de la protección en casos de flujos masivos. Es precisamente en esta época en que se comienzan a analizar las características de esta protección y se establece un grupo de expertos que tenía por labor el análisis de esta protección.

En este contexto, se pretendió caracterizar la institución de acogida temporal en el marco del refugio provisional y se reconoció que, en casos de flujos masivos, los Estados se hallaban compelidos al menos a dar acogida temporal cuando la vida de las personas estuviera en peligro<sup>800</sup>, lo cual fue generalmente aceptado por los Estados. No obstante, la acogida suministrada se caracterizaba por estar directamente relacionada con el reasentamiento o repatriación<sup>801</sup>, con lo cual se separaba ampliamente la recepción de las personas de las prerrogativas inherentes al refugio, pero al menos se les permitía la entrada, se garantizaba el *non refoulement* y se les aseguraba el respeto de los derechos humanos<sup>802</sup>. De esta manera, la protección se consideraba una medida transitoria y naturalmente provisional, dependiente de la asistencia material y del apoyo del ACNUR.

---

<sup>798</sup> *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la Protección de las Personas que buscan asilo en situaciones de afluencia a gran escala*, Conclusión 22, (XXXII), 32º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1981, fue formulada específicamente para proteger en Sudeste asiático a los solicitantes en una región donde pocos Estados eran signatarios de la Convención.

<sup>799</sup> *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a los Refugiados sin país de asilo*, Conclusión No. 15 (XXX), 30º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1979. Pero es preciso indicar que para esta fecha, la Declaración de asilo territorial de 1967 y el artículo 2.5 de la Convención de la OUA, ya recogían en su parte dispositiva la idea de un asilo provisional.

<sup>800</sup> GOODWIN-GILL, G. S.: *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, págs. 198.

<sup>801</sup> *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a los Refugiados sin país de asilo*, Conclusión No. 15..., cit., párr. c).

<sup>802</sup> *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a los Refugiados sin país de asilo*, Conclusión No. 22..., cit. .

Hasta 1979 no se logra desvincular la acogida temporal del asilo, pero en consecuencia de los grandes desplazamientos antes mencionados, se logra consolidar una entidad propia; dando origen al llamado “refugio provisional”<sup>803</sup>. Este refugio provisional era la respuesta ante los flujos masivos y se aplicaba sólo cuando la determinación individual, necesaria para ser considerado como refugiados, no podía realizarse, dejando claro su carácter excepcional y su interacción con el Derecho de los refugiados<sup>804</sup>.

Los orígenes conceptuales del refugio provisional se asientan sobre dos pilares: el respeto al *non refoulement* y la defensa del trato mínimo humanitario que implicaba el permiso de estancia en un Estado determinado. Pero, vista la progresiva utilización de esta institución, surgió la necesidad de armonizar las respuestas estatales, debido a que muchas personas en busca de protección internacional comenzaron a llegar y a constituirse en un gran problema que generó restricciones de entrada en los Estados receptores<sup>805</sup>.

Por tanto, el refugio provisional, como respuesta sugerida en las conclusiones del ACNUR, se convirtió en la práctica estatal de solución inmediata a la gestión de los flujos masivos, solventando los vacíos de la Convención de 1951 y logrando garantizar la admisión y la búsqueda de soluciones duraderas para estos colectivos. Esta práctica, unida a la convicción jurídica de proteger a estos grupos<sup>806</sup>, generó una de carácter

---

<sup>803</sup> Para esta época, esta protección a corto plazo se entendía como una especie de Asilo Temporal, pero luego de un amplio debate en la Trigésima Sesión del Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para refugiados en 1979, se decidió cambiar la palabra “asilo” por “protección”, abandonando de esta manera la tradición colectiva del Derecho internacional de los refugiados de vincular el principio de acogida temporal con el estándar mínimo de trato humano de una actuación asistencial institucionalizada (van SELM, J.: “Transcending Boundaries: Temporary Protection and Burden-Sharing in Europe”, en *IJRL*, vol. 7, núm. 3, 1995, pág. 465.

<sup>804</sup> El aspecto temporal de esta protección fue establecido en relación a la solución otorgada ante la emergencia y no respecto a la protección básica referida a la no devolución (COLES, G.J.L.: “Temporary Refuge and the Large-Scale Influx of Refugees”, paper submitted to the *UNHCR Meeting of the Expert Group on Temporary Refuge in Situations of Large-Scale Influx*, Geneva, Apr. 21-24, 1981, EC/SCP/16/Add.1, July 17, 1981, pág. 3.

<sup>805</sup> AKRAM, S. M.; REMPEL, T.: “Temporary Protection as an Instrument For Implementing The Right Of Return For Palestinian Refugees”, *Boston University International Law Journal*, Num. 22, Trustees of Boston University, 2004, pág. 19.

<sup>806</sup> El consenso respecto a la comunitarización de las respuestas referentes a la protección temporal tiene su fundamento en la adopción de los siguientes instrumentos comunitarios: *Resolución del Consejo de 25 de septiembre de 1995, sobre el reparto de cargas en relación con la acogida y estancia, con carácter*

norma de tipo consuetudinario<sup>807</sup>, pero sólo respecto a los desplazamientos ocurridos en el marco de los conflictos armados<sup>808</sup>.

De esta manera y bajo el mismo fundamento jurídico, los desplazamientos masivos provenientes de Yugoslavia impulsaron el paso del refugio provisional a un nuevo enfoque<sup>809</sup>, la llamada *protección temporal*, que completa el refugio provisional con un estándar mínimo de derechos.

La protección temporal es fruto del pragmatismo, y en función de la práctica estatal y la cooperación del ACNUR se ha ido perfeccionando como forma de protección. La evolución de esta institución, ha tenido como aspecto negativo, la flexibilidad con la que los Estados han intentado combinar sus intereses nacionales y las necesidades de las personas<sup>810</sup>, pero sobre todo la necesidad de cooperación internacional como requisito previo para sus actuaciones<sup>811</sup>

---

*temporal, de las personas desplazadas*, la *Decisión de 4 de marzo de 1996 sobre un procedimiento de alerta y urgencia para el reparto de cargas en relación con la acogida y la estancia, con carácter temporal, de las personas desplazadas*, además de las subsecuentes *Propuestas de Acción Común de 1997 dirigida al Consejo sobre la base de la letra b) del apartado 2 del artículo K3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la protección temporal de las personas desplazadas* y la modificada de 1998, Estos instrumentos pueden consultarse en : DOCE, n° C 262 de 07/10/1995, págs. 001-003; DOCE, n° L 063 de 13/03/1996, págs. 010-011; DOCE, n° C 106 de 04/03/1997, págs. 013-016 y DOCE, n° C 268 de 27/08/1998, pág. 0022 respectivamente.

<sup>807</sup> FITZPATRICK, J.: "The Principle and Practice of Temporary Refugee: A Customary Norm Protecting Civilian Fleeing Internal Armed Conflict", en MARTIN, D. A. (edit.): *The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980's*, The Ninth Sokol Colloquium on International Law, Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht/Boston/London, 1988, págs. 87-121.

<sup>808</sup> PERLUSS, D.; HARTMAN, J.: "Temporary Refuge...", cit., pág. 551.

<sup>809</sup> Esta dimensión de protección colectiva genera nuevo cambio en las respuestas internacionales pues para esa época, lo característico era una estrategia de prevención de flujos. Así, "la asistencia internacional no es sólo una forma de protección in situ, sino también un instrumento, el principal instrumento, de prevención del éxodo de la población que sufre una violación actual y grave de derechos humanos (PERAL FERNÁNDEZ, L.: *Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pág. 41).

<sup>810</sup> "The concept of temporary refuge/temporary protection, in the context of large movements stands paradoxically as both the link and the line between the peremptory, normative aspects of non-refoulement and the continuing discretionary aspect of a State's right in the matter of asylum as a permanent or lasting solution, and in the treatment to be accorded to those in fact admitted" (van SELM, J.: "Transcending Boundaries...", cit., pág. 465).

<sup>811</sup> "EU states are engaged in a three way balancing act, between international obligations, the desire of citizens to see control exercised over the entry and status of immigrants and support, in the interests of regional security, for fellow states which may be weaker, economically and politically than their richer European neighbours. Temporary protection may seem like the way to carry out this balancing trick, but its essence as an administrative prelude to refugee status must not be in the process"(van SELM, J.:

Así, cuando los Estados europeos aún se encontraban intentando sistematizar las respuestas ante los refugiados *de facto* y equilibrar sus sistemas financieros para responder ante los flujos, una nueva circunstancia puso en jaque a este continente y a sus sistemas de asilo. Así, ante la gran magnitud de los desplazamientos provenientes de la antigua Yugoslavia, más que continuar la trayectoria que se venía realizando en relación con la acogida de grupos de personas y las asistencias de prevención de flujos, se tuvo que responder de una manera rápida para lograr calmar las crisis humanitarias y las graves consecuencias económicas que dicha recepción acarrearía.

De este modo, y con la idea de que la estancia sería corta<sup>812</sup>, se recibieron las afluencias masivas y se les protegió de manera diferente en cada Estado<sup>813</sup>, respondiendo así al llamado del ACNUR respecto al otorgamiento de “protección temporal”<sup>814</sup>. Es justamente en esta coyuntura en la cual se promueve la segunda fase de esta institución, que supuso un replanteamiento de la protección internacional, tanto de las organizaciones como de los Estados<sup>815</sup>.

---

“Temporarily Protecting Displaced Persons or Offering the Possibility to Start a New life in the European Union”, en *European Journal of Migration and Law*, vol. 3, 2001, págs. 24-25.

<sup>812</sup> En Dinamarca por ejemplo la protección temporal se introdujo en la legislación en Noviembre de 1992, con la finalidad de recibir a los grandes flujos de personas, especialmente aquellos provenientes de campos. El gobierno danés asumió este compromiso presumiendo que recibiría apoyo financiero de los países de la Comunidad Europea; no obstante, eso no fue así por lo cual la protección temporal se extendió por más de lo debido. “... (T)he Yugoslav refugees have been given temporary protection on the assumption that the war in the former Yugoslavia republics will come to an end soon, so that refugees can return to their country of origin. This assumption is shared by many of the refugees who are not seeking permanent asylum, but for a peaceful place to stay for what they consider will be a limited period of time. Bearing this in mind the Danish government has not wanted to use resources for a costly asylum procedure and a subsequent integration programme. The refugees are given their residence permits for periods of six months at a time” (KJAERUM, M.: “Temporary Protection in Europe in the 90s”, en *Helsinki Monitor*, vol. 4, núm. 3, pág. 35).

<sup>813</sup> Entre los diferentes estatutos temporales otorgados en Europa se pueden mencionar “Duldung, or tolerated residence” en Alemania, “Exceptional Leave to Remain” en el Reino Unido, “Provisional Permission to Remain” en los Estados Bajos, y “B or F” temporary residence status” en otros Estados en Europa, para ampliar sobre este tema puede consultarse respectivamente FITZPATRICK, J.: “Flight from Asylum: Trends Toward Temporary ‘Refuge’ and Local Responses to Forced Migration”, *VJIL*, Vol 35, Num 13, 1994, págs. 49-50; CELS, J.: “Responses of European States to De Facto Refugees”, en LOESCHER, G., MONAHAN, L. (eds): *Refugees and International Relations*, cit....., 1989, pág. 187; VAN SELM-THORBURN, J.: *Refugee Protection in Europe: Lessons of the Yugoslav Crisis*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998, págs. 198-200, FITZPATRICK, J.: “Flight from Asylum...”, cit., pág. 21.

<sup>814</sup> *Statement of The United Nations High Commissioner for Refugees to the International Meeting on Humanitarian Aid for Victims of the Conflict in the Former Yugoslavia*, Geneva, July 29 1992.

<sup>815</sup> *Conclusión General del Comité Ejecutivo del ACNUR*, Conclusión No. 74 (XLV), 45º periodo de secciones del Comité Ejecutivo, 1994.

Considerando que la mera acogida temporal no implicaba una protección temporal propiamente dicha, se hizo evidente la necesidad de elaborar una respuesta común desde la Unión Europea que promoviera la redacción de legislaciones internas que sistematizaran la institución y los derechos y obligaciones inherentes a ella. Obviamente, ante la emergencia y en virtud de las circunstancias, se tuvieron que dejar de lado las estrategias de contención de flujos, la asistencia *in situ* que se venía desarrollando, pues vista la inaplicabilidad de la Convención de Ginebra se hizo necesario la creación de nuevas herramientas.

Los Estados receptores de desplazados provenientes de la crisis en la antigua Yugoslavia se negaron a reconocer *prima facie* y colectivamente a estas personas como refugiados, pero hay que decir que sí los reconocieron como personas con necesidades de protección, y les permitieron permanecer en sus territorios por un tiempo determinado<sup>816</sup>, en el cual tuvieran unos estándares de protección adecuados mientras esperaban su repatriación<sup>817</sup>.

Por tanto, como consecuencia de los desplazamientos masivos originados por el conflicto armado y las violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales de la antigua Yugoslavia, se comenzó a dar sentido jurídico a la protección temporal, reconociendo así la importancia en el ámbito del Derecho internacional a la acogida temporal y protectora.

En este orden de ideas, fue en 1997 cuando se establece la primera medida en relación al tema con una serie de Propuestas de Acción Común dirigidas al Consejo sobre la base de la letra b) del apartado 2 del artículo K-3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la protección temporal de las personas desplazadas.

En esta fase se puede ver claramente la separación entre el asilo de base permanente y el de base temporal, pues en estos casos la protección territorial no

---

<sup>816</sup> GALLAGHER, D.; FORBES MARTIN, S. and WEISS FAGEN, P: "Temporary Safe Haven: The need for North American-European Responses", en LOESCHER, G. AND MONAHAN, L.(eds), *Refugees and International Relations*, Clarendon Press, Oxford, 1990, pág. 340.

<sup>817</sup> Dicha conferencia reafirmó una vez más que los Estados no querían restringir su soberanía regulando el derecho de asilo, "al que aceptan desde una perspectiva humanitaria". Vid. MARTÍN ARRIBAS, J.J.: *Los Estados Europeos frente...*, cit., pág. 106.



suponía la concesión de una solución duradera ni el otorgamiento del refugio. No obstante, ante la persistencia del conflicto en la ex Yugoslavia, la admisión y el estatuto básico de derechos obtuvieron un amplio consenso que se evidencia en la Conclusión No 22 del ACNUR, cuya importancia ha sido tal que incluso ha influido en las discusiones para la redacción de la Directiva europea.

De todas formas, aun cuando a raíz de las respuestas ante las contrariedades generadas por estos grandes desplazamientos se promovió la protección temporal, es preciso indicar que también se logró adaptar la acogida a las necesidades de los Estados europeos, limitando claramente sus obligaciones para con los protegidos temporalmente<sup>818</sup>, situación que se tradujo en la negación del derecho a solicitar refugio.

En este contexto, la protección temporal como institución propiamente dicha nace con naturaleza *ad hoc* para la situación de Yugoslavia, al igual que los otros instrumentos anteriores, pero gracias al ACNUR logra esta vez, en el marco de sus conclusiones estandarizarse, asentado sobre la prohibición de devolución. El ACNUR perfecciona la institución conceptualizándola en el marco de la gestión de afluencia masiva, promoviendo su utilización sólo en casos de emergencia y resaltando que no pretendía sustituir el régimen establecido por la Convención de 1951.

A través de la protección temporal los Estados miembros de la UE acogen a las personas y le proporcionan al menos acogida temporal lo cual evidencia el nacimiento una *opinio iuris* acerca de una obligación de los Estados en relación con los flujos masivos. En este sentido, es importante destacar que aunque se reconoce la obligación de otorgar al menos protección temporal, la misma nace bajo distintas categorías jurídicas pues cada Estado respondió en la medida de las posibilidades (con normativas nuevas, con las que tenían, dispositivos temporales etc.) ante la inexistencia de una respuesta común. Hubo además muchos Estados que impusieron visados, otros sancionaban a los transportistas o los enviaban a un tercer Estado, lo cual generó grandes inconvenientes muy criticados, como por ejemplo la no aplicabilidad de la

---

<sup>818</sup> En el INTERNATIONAL MEETING OF YUGOSLAVIA 1992, el ACNUR pide que se adopte un sistema flexible y es aquí donde comienza la evolución la producción de todas las *background notes*. Además se redacta la Conclusión No. 74, que junto con las otras podrían ser el fundamento de la *opinio iuris* en el ámbito europeo.

Convención, intentando esquivar las estructuras tradicionales de asilo, y muchas personas con necesidad de refugio quedaron como protegidos temporales por años, como por ejemplo los bosnios y los kosovares.

A pesar de todas las complicaciones, puede decirse que la protección temporal es, como la denomina el Comité Ejecutivo del ACNUR, una estrategia de asilo<sup>819</sup>, con lo cual se quiere dejar claro que no hace referencia a un modelo de refugio, a pesar de que en sus inicios se le llamo *refugio provisional*, pues la evolución de la institución más bien ha intentado subsanar una laguna legal de la Convención de 1951. Es pues una norma protectora derivada del asilo, que establece un derecho al estándar de derechos recogido en las Conclusiones 22 y 74 del Comité Ejecutivo del ACNUR.

Entretanto, a pesar de una práctica estatal que no ha sido lineal, se formó una *opinio iuris* sobre la acogida y la prohibición de devolución que dio forma a la protección temporal como norma consuetudinaria regional. De esta manera, la protección temporal se fue desarrollando como una herramienta general de protección para casos de flujos masivos<sup>820</sup>, y no sólo como instrumento usado para solventar las crisis de refugiados provenientes de la antigua Yugoslavia, ya que era importante tomar nota de las experiencias aprendidas en orden de mejorar la protección en caso de futuros flujos masivos<sup>821</sup>.

En este sentido, fue en 1994 cuando la protección temporal dejó de discutirse sólo en relación con los flujos masivos en la antigua Yugoslavia, y paso a considerarse

---

<sup>819</sup> Como resultado de la persistencia del conflicto en la antigua Yugoslavia, el ACNUR continuó discutiendo el uso de la protección temporal, y en la *Background Note from the Informal meeting on Temporary Protection*, de 21 de enero de 1993, además de ratificar la admisión, la no devolución y el respeto a los derechos humanos, incluyó la repatriación voluntaria como elemento esencial de la protección temporal, el permiso para permanecer en el territorio del Estado receptor hasta que pudiese efectuarse un retorno seguro. La *Background Note from Informal Meeting of Governmental Experts on Temporary protection*, de 23 Marzo 1994, solicitó el mejoramiento de los estándares de trato de la misma, con especial consideración a la reunificación familiar, educación, empleo, capacitación.

<sup>820</sup> UNHCR: *The State of the World's Refugees 2000: Fifty years of Humanitarian Action*, Oxford University Press, 2000, Oxford, pág. 168.

<sup>821</sup> Así lo establecía la *Background Note from Informal Meeting of Governmental Experts on Temporary protection*, de 23 Marzo 1994.

como un elemento del “Comprehensive Approach” del manejo de flujos masivos<sup>822</sup>. Hasta esta época, los Estados reinventaron la forma de protección cada vez que se producen flujos masivos de población, respondiendo en función de las presiones nacionales e internacionales, sin crear un régimen positivo y formal<sup>823</sup>.

## 2. EL RÉGIMEN COMUNITARIO DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL

La protección temporal es una institución de protección internacional que tiene como pilares la recepción territorial o “acogida protectora” y el respeto de un estándar mínimo de derechos. Esta institución se ha desarrollado como una herramienta flexible estatal, que pretende garantizar la acogida y un conjunto de derechos a grupos de personas en el territorio del Estado receptor, hasta que se logren individualizar el temor a la persecución o hasta que dichas personas puedan tener un retorno seguro a su lugar de origen o de residencia.

Como medida cautelar<sup>824</sup>, se caracteriza por ser provisional y funcional y desde siempre ha sido otorgada de forma discrecional e informal por parte de los Estados. Se inició con el *refugio provisional*<sup>825</sup>, y evolucionó desde una propuesta del ACNUR<sup>826</sup> a una institución de protección en la Europa comunitaria<sup>827</sup>. Sin embargo, es preciso

---

<sup>822</sup> De hecho, en octubre de ese mismo año, la protección temporal fue incluida en la *Nota Anual del Comité Ejecutivo de ACNUR*, relativa a asuntos de protección, en la cual se considera como una herramienta general para el control de los flujos masivos.

<sup>823</sup> FITZPATRICK, J.: “Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime”, en *AJIL*, vol. 94, 2000, pág. 281.

<sup>824</sup> GALINSOGA JORDÁ afirma que su carácter informal hace que se asemeje a una medida cautelar que tiene como propósito asegurar la seguridad física y el acceso a la solicitud de refugio. *Vid.* GALINSOGA JORDÁ, A.: “La afluencia masiva de refugiados ante el Derecho internacional: la prevención del desarraigo y la protección de las víctimas”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.): *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva, Huelva, 2002, pág. 131.

<sup>825</sup> El *refugio provisional* fue una propuesta del ACNUR en la Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a los *Refugiados sin país de asilo*, Conclusión No. 15 (XXX), 30º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1979.

<sup>826</sup> UNHCR: *Background Note, Comprehensive response to the Humanitarian Crisis in the former Yugoslavia*, Informal meeting on Temporary Protection, Geneva, 21 January 1992, pág. 1.

<sup>827</sup> El régimen jurídico de esta institución está desarrollado en la Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001: “La presente Directiva tiene por objeto establecer normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y fomentar un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros

resaltar que el otorgamiento de esta protección no es una forma de refugio *stricto sensu*; por el contrario, ha estado relacionada con desplazamientos masivos originados por crisis humanitarias producidas por la violencia generalizada, los conflictos armados y la violación de derechos humanos fundamentales, causas no contempladas por la Convención de Ginebra sobre Refugiados de 1951, y de allí sus inconvenientes para el Derecho internacional<sup>828</sup>.

En el ámbito de la Europa comunitaria, el Tratado de Ámsterdam supuso una transformación del marco de regulación del Derecho de asilo existente<sup>829</sup>: En este

---

para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida” (*Directiva 2001/55/CE relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de un esfuerzo equitativo entre los estados miembros para acoger a dichas personas desplazadas y a medidas de un esfuerzo equitativo entre los estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida*, de 20 de julio de 2001, art.1). El texto de esta Directiva puede consultarse en DOCE, núm. L 212 de 07/08/2001, págs. 0012-0023.

<sup>828</sup> “La acogida temporal que se deriva de la Directiva de Protección Temporal surge renovada y aunque conserva muchas de las características de sus anteriores filiaciones supone una nueva estrategia que al mismo tiempo implica una aportación humilde en la dinámica que ha emprendido el DIR, ha aceptado el reto de entrar en diálogo con esa otra perspectiva citada” (ARENAS HIDALGO, N.: *El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa Comunitaria*, Universidad de Huelva, Huelva, 2005, pág. 42).

<sup>829</sup> “La entrada en vigor el 1 de mayo de 1999 del Tratado de Ámsterdam, ha supuesto una transformación del marco de regulación del Derecho de asilo en el ámbito europeo. Ya en el Tratado de Maastricht y, concretamente en el pilar dedicado a la cooperación en materia de Justicia e Interior, se incluía un apartado dedicado expresamente a las cuestiones relacionadas con los visados, el asilo, la inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas. La relectura del TUE llevada a cabo en Ámsterdam comportó la comunitarización de estas materias. En efecto, las mismas han pasado de aquel primitivo tercer pilar a integrar un nuevo Título (el IV) del Tratado de la Comunidad Europeo cuya rúbrica es ahora “visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”. La preocupación por controlar la inmigración en general y también, en particular la incitada por motivos de asilo, y a pesar de que ambas figuras, no obstante su distinta naturaleza, se halla íntimamente relacionada con un objetivo básico comunitario, cual es, el establecimiento de un Mercado interior único, lo que, de suyo, comporta la ausencia de controles internos (libre circulación) lo que tiene por consecuencia la evidente necesidad de regular la entrada y la circulación, en dicho espacio, de los nacionales de terceros Estados. ” (PELÁEZ MARÓN, J. M.: “La Unión Europea y los refugiados: Entre la obligación y el recelo, ¿Freno o impulso para la protección de los refugiados?”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.): *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva, Huelva, 2002, pág. 33).“(…) Treaty of Amsterdam process is the most significant opportunity for recodification of refugee standards at the regional level since the adoption of the 1969 OUA Convention, the extend to which the 1951 Convention emerges either revitalized or eroded at the end of the initial five year drafting cycle for Community legislation on asylum matters will be highly significant, even outside the European region” (FITZPATRICK, J.: “Refugee Protection in the Twenty-First Century”, en *GYIL*, vol. 43, 2000, pág. 77). Para un análisis del tema del Derecho de asilo en la Unión Europea puede consultarse ARCOS VARGAS, M.; RODRÍGUEZ BENOT, A.: “La libre circulación de personas en la Unión Europea: el cruce de sus fronteras exteriores”, en *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm.11, 1994. GUILD, E.: *The developing Immigration and Asylum Policies of the European Union*, Kluwer, The Hague/London, 1996; GUILD, E.; HARLOW, C. (eds): *Implementing Amsterdam-Immigration and Asylum Rights in EC*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2001; FARIA, C.(ed): *The Dublin Convention on Asylum- Between Reality and Aspiration*, European Institute of Public Administration, Maastrich, 2001; BALAGUER CALLEJÓN, M.: La regulación de derecho de asilo en la normativa comunitaria, en *Revista*

sentido y en el marco de la realización del denominado “espacio de libertad, seguridad y justicia”, se redactó en el seno de la Europa comunitaria el 20 de julio de 2001 la Directiva 2001/55/CE del Consejo<sup>830</sup>, la cual representó el primer instrumento jurídico que tiene como objeto ofrecer una respuesta común a las personas que huyen en afluencia masiva en busca de protección<sup>831</sup>. Dicho instrumento jurídico es la culminación de una serie de iniciativas normativas iniciadas a principio de los años noventa, cuando el conflicto en la antigua Yugoslavia produjo la más grande afluencia de personas en el continente europeo conocida desde la Segunda Guerra Mundial.

El surgimiento de la necesidad de otorgamiento de la protección temporal responde inicialmente a la negativa estatal de otorgar *prima facie* y colectivamente el estatuto de refugiado a las personas que huyen en afluencia masiva<sup>832</sup>. En la Europa

---

*de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, julio-diciembre, 2004; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *Derecho comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona, 2006.

<sup>830</sup> Esta Directiva se genera a partir del artículo 63.2 del Tratado CE que regula la competencia normativa comunitaria respecto a la protección temporal y el fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros “El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 67 adoptará, en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam: ...2. Medidas relativas a los refugiados y personas desplazadas, en los siguientes ámbitos: a. normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas procedentes de terceros Estados que no pueden volver a su país de origen y para las personas que por otro motivo necesitan protección internacional; b. Fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas y en la asunción de las consecuencias de dicha acogida”.

<sup>831</sup> La adopción de la Directiva cerró el largo debate en la Comisión Europea respecto a cómo hacer frente a los retos que producían los éxodos masivos de personas huyendo de conflictos y de las situaciones de violencia generalizada. *Vid.* KÄLIN, W.: “Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism”, en *GYIL*, vol. 44, 2001, pág. 203.

<sup>832</sup> Los desacuerdos sobre el fundamento legal de la protección temporal han acompañado la evolución de esta institución, y han dejado en el plano secundario la búsqueda de una visión compartida respecto al contenido y la aplicabilidad de la misma. Al respecto FITZPATRICK afirma que los Estados europeos, antes de los desplazamientos masivos de la antigua Yugoslavia, pretendieron sustituir la protección internacional inscrita en la Convención de 1951 por una protección más informal, lo cual generó la proliferación de diversos estatutos que se desarrollaron en función de los miedos de los Estados de recibir grandes flujos y no fundamentados en las necesidades de la personas que requerían protección ni en función de los principios establecidos en el mencionado instrumento universal. Así, “[h]aving to invent policy for each crisis, and to negotiate its outlines with other states, intergovernmental organizations, and domestic political activists polarized by humanitarian or restrictionist outlooks, obviously generates an incentive to regularize and harmonize TP practices” (FITZPATRICK, J.: “Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime”, en *AJIL*, vol. 94, núm 2, 2000, pág. 279). En este mismo sentido, la autora indica que “[f]or several decades, temporary protection has hovered at the edges of refugee law, assuming multiple identities and serving various functions” (FITZPATRICK, J.: “Temporary Protection of Refugees...”, cit., pág. 305). De esta manera, la protección que se otorgaba a las personas que no podían ser determinadas de manera individual era menos durable y generosa que la otorgada a los reconocidos bajo los elementos del concepto señalado en la Convención de 1951. Sobre la práctica europea, puede revisarse FITZPATRICK, J.: “Flight from Asylum: Trends Toward Temporary “refuge” and Local Responses to Forced Migration”, en *VJIL*, vol. 35, 1994, págs. 13-79. Por tanto, al no existir un instrumento universal que regule el contenido y aplicabilidad de la protección temporal, su utilización

comunitaria dicha necesidad puede fundamentarse además en la falta de voluntad política respecto a una eventual ampliación del concepto de refugiado<sup>833</sup>. En este continente, a diferencia del americano y el africano, no existe una definición ampliada de refugiado<sup>834</sup>, por lo que los refugiados *de facto* que han llegado a las fronteras de los Estados miembros han sido acogidos generalmente a través de la protección temporal<sup>835</sup>.

---

continúa generando incertidumbre a la hora de su aplicación por la diversidad de formas que adquiere en cada legislación y por el uso que cada Estado confiere a dicha institución (ACNUR: *Nota de protección*: “¿Cómo abordar el tema de la seguridad sin perjudicar la protección de los refugiados? : la perspectiva del ACNUR”, Ginebra, noviembre 2001, párr. 23, pág. 6).

<sup>833</sup> No obstante, se debe resaltar que es la región en la cual se ha realizado el más notable avance hacia la armonización de la protección del refugiado. Sobre los inicios de esta armonización pueden consultarse MCDOWALL, R.: “Co-ordination of refugees Policy in Europe” en LOESCHER, G. MONAHAN, L. (eds.): *Refugees and International Relations*, Oxford University Press, Oxford, 1990, pág. 179 y ss.

<sup>834</sup> En palabras de FERNÁNDEZ SÁNCHEZ el artículo 63 del TCE dejó claro que la política comunitaria no pretendía ampliar la protección de los refugiados: “[e]l Tratado de Ámsterdam estaba dejando claro que la política comunitaria en este asunto era la de distinguir entre los derechos reconocidos a los refugiados en el sentido de la Convención de Ginebra de 1951 y los derechos otorgados a los desplazados, figura sin una concreción jurídica en el ámbito internacional”. Aunque este mismo autor afirma que dicho instrumento reconoce la necesidad de ofrecer algún tipo de protección a las personas que huyen por aquellos motivos que impulsaron la ampliación del concepto, claro está protección no sería la misma que se ofrece a los refugiados *stricto sensu*, pues en este caso lo que se les ofrece es la protección temporal para flujos masivos. Vid. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *Derecho comunitario...*, cit. pág. 89.

<sup>835</sup> Sobre la renuencia de los Estados europeos a considerar la ampliación del concepto de refugiado a las personas que huyen de los conflictos armados, violencia generalizada o violaciones de derechos humanos, KÄLIN indica que hay una serie de razones por las cuales los Estados europeos no han seguido el ejemplo la ampliación del concepto desarrollada en África y en América Latina: En primer lugar, los Estados europeos han insistido en la importancia de diferenciar los refugiados convencionales y los llamados refugiados *de facto*. Sobre este particular, la protección temporal les permite ampliar la protección a una categoría más amplia de beneficiarios sin dejar de considerar esta diferencia tradicional. En segundo lugar, los estados usualmente otorgaban asilo de manera permanente aun cuando las cláusulas de cesación previstas en el artículo 1 C. sugieren que la protección de los refugiados es temporal. Así, para los gobiernos de los países europeos, la protección temporal aparece como un instrumento flexible adicional que no pretende socavar la noción permanente del asilo, pero que permite aminorar la presión de la inmigración permanente. En tercer lugar, las tradiciones legales y administrativas están ligadas a un procedimiento individual para la mayoría de las solicitudes e incluso para las apelaciones a las mismas. Pero los flujos de personas que huían de situaciones de conflictos armados en la década de los ochenta dio como resultado más que el otorgamiento de asilo, una especie de estatus humanitario, que luego en la década de los noventa con la gran afluencia de personas llegaron a colapsar los sistemas de asilo nacionales. Para solventar esto, la protección temporal permitió a los Estados proveer protección en estas circunstancias aliviando el colapso de los sistemas de elegibilidad. Por último, la proliferación de las cláusulas de “tercer país seguro” en la mayoría de los Estados europeos estaba relacionado con los acuerdos de readmisión con los países cercanos a las áreas de conflicto, excluyendo a muchos refugiados que huían de los conflictos del otorgamiento de asilo en Europa debido al paso de ellos por diferentes países vecinos durante la huida. La protección temporal permite la suspensión de estas provisiones y facilita la responsabilidad compartida con los países alrededor de la zona de conflicto. En este sentido por el hecho de que la protección temporal ofrece estas específicas ventajas para los países europeos, además de la rapidez en términos administrativos y políticos, permite solventar dos de las mayores lagunas del régimen de refugiados relativas a la prohibición de devolución y el carácter discrecional de la admisión y el asilo, al igual que permite situar a los Estados europeos entre la definición de la Convención de 1951 y la definición que considera a los grandes grupos de personas que han huido de conflictos armados y violencia generalizada (KÄLIN, W.: “Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism”, en *GYIL*, vol. 44, 2001, págs. 210-211).

Esta circunstancia parecería poner en evidencia una negativa a aceptar la existencia de otras causas que puedan generar refugiados.

Muy a pesar de lo que podría pensarse, en la actualidad esta posición de renuencia persiste, principalmente por motivos económicos ya que a diferencia de otros continentes, en Europa los compromisos de asistencia son bastante onerosos para los Estados receptores<sup>836</sup>. De hecho en la Directiva 2001/55/CE no se encuentra ninguna disposición relativa a la ampliación del concepto de refugiado que permita otorgar protección a personas que no puedan incluirse dentro de las causales establecidas en la Convención de 1951. Por el contrario, se ha resaltado que la Directiva se ha adoptado con el propósito de regular a nivel legislativo interno el otorgamiento de una protección de tipo interina en situaciones de flujo masivo, cuando exista el temor de que los sistemas de elegibilidad no sean capaces de efectuar una determinación individual del estatuto legal de refugiado<sup>837</sup>.

No obstante, esta Directiva 2001/55/CE representa el primer instrumento que contiene las directrices en orden a la armonización de legislaciones internas en materia de protección temporal, dejando atrás las respuestas *ad hoc* que caracterizaron su evolución como protección de flujos masivos. Así, aun cuando representa una respuesta regional, se constituye en el único instrumento que dispone las pautas para desarrollar de forma uniforme una serie de obligaciones estatales en caso de afluencias masivas, representado una acogida temporal en el territorio de los Estados miembros de la Comunidad Europea<sup>838</sup>. Lo que deja claro que su promulgación y posterior

---

<sup>836</sup> Las políticas de asilo en la Unión Europea se ha caracterizado por sus restricciones, lo cual no ha sido objeto de cambio luego de la entrada de vigor del Tratado de Ámsterdam. Al respecto, “el mecanismo establecido por el Tratado, actúa en tres fases. En un primer momento, evitando el acceso de solicitantes de asilo al territorio de los Estados miembros, al exigir visados y, en su caso sancionar a los transportistas. Después restringiendo a procedimientos sobre el fondo de la cuestión a cuantos solicitantes de asilo han logrado el acceso al interior de un Estado miembro y, finalmente, limitando la categoría de quienes pueden ser reconocidos como refugiados, una vez que el solicitante ha accedido al procedimiento sobre el fondo de su solicitud” (PELÁEZ MARÓN, J. M.: “La Unión Europea y los refugiados...”, cit., pág. 35).

<sup>837</sup> *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a unas 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*, DOCE, núm C 311 E/2000, de 31/10 de 2000, pág. 258.

<sup>838</sup> El objeto de la Directiva se encuentra desarrollado en el artículo 1 de la misma de la siguiente manera “La presente Directiva tiene por objeto establecer normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros Estados que no

transposición a las legislaciones internas implica una ampliación de la noción de asilo territorial en Europa<sup>839</sup>.

El debate sobre el otorgamiento de protección a personas que huyen como parte de flujos masivos ha sido uno de los problemas que se ha abordado de manera prioritaria en la Europa comunitaria tras la firma del Tratado de Ámsterdam. Así, luego de la evolución normativa en el plano consuetudinario del respeto de la no devolución, en el que se ha promovido la acogida temporal, la Directiva 2001/55/CE, si se ejecuta correctamente en los Estados miembros, permitirá la existencia de una armonización de las legislaciones nacionales en orden a la concesión de protección temporal a personas que ingresan a territorio comunitario como parte de una afluencia masiva, regulando positivamente las obligaciones frente a estos colectivos.

En concreto, la Directiva define en su artículo 2 la protección temporal en los siguientes términos:

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) Protección temporal: un procedimiento de carácter excepcional por el que, en caso de afluencia masiva o inminencia de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros Estados que no puedan volver a entrar en su Estado de origen, se garantiza a las mismas protección inmediata y de carácter temporal, en especial si el sistema de asilo también corre el riesgo de no poder gestionar este flujo de personas sin efectos contrarios a su buen funcionamiento, al interés de las personas afectadas y al de las otras personas que soliciten protección.

Esta definición delimita claramente el ámbito de aplicación de la Directiva -que deberán tener presente los Estados en el momento de cumplir la obligación de resultado que ésta les impone-, resaltando que es un mecanismo de carácter excepcional y que es una protección inmediata y provisional, que protege a personas que no pueden volver a entrar en su Estado de origen. No obstante, la definición que apunta ARENAS

---

pueden volver a su país de origen y fomentar un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida”.

<sup>839</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el derecho europeo” en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.): *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pág. 477. Para un análisis completo sobre el asilo territorial puede consultarse GRAHL-MADSEN, A.: *Territorial Asylum*, Swedish Institute of International Affairs, Uppsala, 1980.



HIDALGO<sup>840</sup> sobre la protección temporal parece ser más concisa y explicativa: “Se trata de un dispositivo que determina la acogida inmediata y de carácter temporal para casos excepcionales de afluencia masiva de personas desplazadas dispuesto por las instituciones comunitarias, que establece un concreto estatuto cualificado de extranjería para sus beneficiarios en los Estados miembros, así como un reparto equitativo de las responsabilidades como expresión de la solidaridad comunitaria”.

Si bien no es objeto central de la presente investigación, en tanto que corolario de la misma, parece oportuno realizar un breve análisis –no exhaustivo- del contenido de la Directiva de referencia en orden a la consecución de una mejor comprensión de su incidencia en la materia tratada. Por tanto, a partir de un análisis de las pautas o directrices que contiene la Directiva 2001/55/CE y con fundamento en las conclusiones de ARENAS HIDALGO<sup>841</sup> en su análisis del *Sistema de Protección Temporal de Desplazados en la Europa Comunitaria*, se puede decir que la protección temporal en Europa, al tenor de lo dispuesto por la Directiva en tanto que instrumento generador de obligaciones de resultado, se articula en torno a un sistema de protección colectivo, un dispositivo subsidiario de protección inmediata y de carácter temporal y un procedimiento basado en el esfuerzo equitativo entre los Estados miembros; esto es, en conformidad con la función armonizadora de la Directiva, se trata de articular un régimen de acogida temporal en el plano europeo (comunitario) mediante la adopción de medidas legislativas nacionales que contengan normas cuya finalidad sea la de que puedan ser invocadas por las personas beneficiarias de las mismas.

Se considera una forma de protección colectiva porque está destinado a atender casos de afluencia masiva. Se trata pues de un sistema que esta dirigido a un conjunto de sujetos a los que, tras una determinación colectiva y *prima facie*, se les reconoce como beneficiarios de esta protección excepcional. La subsidiaridad de este régimen se explica, a diferencia de la protección subsidiaria o complementaria antes analizada, porque el mismo está considerado como una estrategia más dentro de un grupo de medidas a través de las cuales se pretende abordar los desafíos de los desplazamientos

---

<sup>840</sup> ARENAS HIDALGO, N.: *El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa Comunitaria*, Universidad de Huelva, Huelva, 2005, pág. 95.

<sup>841</sup> ARENAS HIDALGO, N.: *El sistema de protección temporal de desplazados...*, cit., págs. 95-106.

en masa en la Europa comunitaria<sup>842</sup>. Por tanto, se puede decir que la armonización de legislaciones nacionales relativas a la protección temporal en Europa es una estrategia comunitaria que, por otra parte, posibilita que los Estados adopten disposiciones que resulten más favorables que las contenidas en la propia Directiva: “la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la prerrogativa de los Estados miembros de establecer o mantener condiciones más favorables para las personas beneficiarias de protección temporal” (art. 3.5).

Este instrumento jurídico de derecho derivado ha sido de notable valor, pues ha logrado articular las directrices que los Estados miembros deben desarrollar en orden a la consecución de una legislación interna aplicable en caso de afluencia masiva, con lo cual se evita la proliferación de estatutos de protección y situaciones como las que se generaron luego de la caída del muro de Berlín, cuando la recepción de los flujos masivos se intentó solventar por cada Estado de manera unilateral y pragmática.

Por tanto, la Directiva 2001/55/CE se presenta como el primer paso para la configuración armonizada de las legislaciones nacionales en materia de protección temporal en tanto que respuesta inmediata ante los flujos masivos de población, renovando de esta manera la acogida protectora clásica referida a la mera “recepción territorial”, al tiempo que aporta –al tratarse de una obligación de resultado- la adopción de los medios legislativos necesarios por parte de los Estados para proteger efectivamente a las personas bajo una protección determinada, la temporal, aun cuando no establece un derecho subjetivo de las personas a recibirla sino más bien una expectativa de protección<sup>843</sup>.

¿Por qué la utilización de una directiva y no de un reglamento –que es el instrumento de regulación jurídica más acabado (alcance general, obligatoriedad en todos sus elementos y aplicabilidad directa<sup>844</sup>) del sistema jurídico comunitario- para

---

<sup>842</sup> Como procedimiento basado en el esfuerzo equitativo, la protección temporal regula la acogida territorial que se desarrolla en el marco de la llamada “solidaridad comunitaria”, la cual establece un mecanismo de reparto de responsabilidades de carácter no sólo financiero sino también de distribución física de los desplazados en los Estados miembros.

<sup>843</sup> ARENAS HIDALGO, N.: *El sistema de protección temporal de desplazados...*, cit., pág. 94.

<sup>844</sup> MANGAS MARTIN, A y LIÑAN NOGUERAS, D: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 362 y ss.

regular esta materia en la esfera de la Comunidad Europea? la respuesta, a nuestro entender, obedece a una elección política jurídica que implica una triple circunstancia: 1) No se ha querido elaborar una legislación comunitaria en materia de protección temporal, que conllevaría la sustitución de las legislaciones nacionales por la legislación comunitaria en la materia y esto habría ocurrido de utilizarse un reglamento en tanto que acto normativo encaminado a la exigencia de aplicación uniforme del Derecho comunitario y, de ahí, que se descarte en consecuencia este instrumento jurídico. 2) Descartado el reglamento, la directiva se configura como el instrumento jurídico que, sin sustituir el poder legislativo de los Estados miembros, permite la armonización de las legislaciones nacionales, esto es, la directiva permite la convergencia obligada de las legislaciones nacionales en la regulación de la protección temporal en tanto que resultado común (armonización de las legislaciones nacionales en materia de protección temporal) buscado por dicho instrumento. 3) La directiva se presenta como el instrumento que mejor permite respetar el principio de subsidiaridad.

Atendiendo a estas circunstancias, la Directiva 2001/55/CEE tiene una finalidad armonizadora de las legislaciones nacionales en materia de protección temporal sin que ello comporte una sustitución de la competencia normativa de los Estados en dicha materia. En fin, como puede advertirse, la utilización de un acto normativo comunitario (reglamento) u otro (directiva) comporta resultados muy diferentes, de haberse utilizado el reglamento<sup>845</sup> se estaría buscando una aplicación uniforme del Derecho comunitario mediante la sustitución de las legislaciones nacionales por una legislación comunitaria en materia de protección temporal, mientras que la utilización de la directiva ha desembocado en una armonización de las legislaciones nacionales en la materia. Y esto obedece, como escribió ISAAC respecto de las definiciones de reglamento y directiva contenidas en el TCE, a que “cada uno de los términos de [la] definición parece haber sido elegido para oponer radicalmente la directiva al reglamento”<sup>846</sup>.

---

<sup>845</sup> El contenido y la forma del reglamento son obligatorios para los Estados miembros y, de esta manera, como indica RODRÍGUEZ CARRIÓN, el citado instrumento es lo más próximo al significado que los actos legislativos tienen en los derechos internos, derechos que suelen caracterizarse por una homogeneidad que es aún escasa en el orden internacional. Por consiguiente, como la ley en los ordenamientos jurídicos internos, el reglamento tiene alcance general, siendo obligatorio en todos sus extremos y directamente aplicable en cada Estado miembro de la UE. No necesita, pues, ulterior desarrollo normativo interno (RODRÍGUEZ CARRIÓN, A: *Lecciones de Derecho internacional público*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 241).

<sup>846</sup> ISAAC, G: *Manual de Derecho comunitario general*, Ariel, Barcelona, 1993, págs. 123 y 124.

Obviamente, desde la perspectiva de los efectos jurídicos, la elección de una directiva comporta, por un lado, que la misma no es obligatoria en todos sus elementos sino que vincula únicamente en cuanto al resultado (obligación de resultado) y, por otro, que no es directamente aplicable sino que se trata de un instrumento jurídico marco que impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas normativas nacionales necesarias para alcanzar dicho resultado con la libertad de elección de forma y de medios (ley, reglamento, decreto, etc.) en orden a la consecución de una uniformización jurídica –en este caso en materia de protección temporal-, respondiendo esta circunstancia al hecho de que en la directiva hay una ausencia de aplicabilidad y de eficacia directa (legislación en dos etapas: primero comunitaria y después nacional).

Con carácter general puede señalarse, respecto de la Directiva 2001/55/CEE, que su aplicación o ejecución correcta (transposición dentro del plazo previsto por el propio instrumento y con la adopción de las medidas legislativas internas necesarias para que se cumpla el resultado dispuesto por dicho instrumento) implica que “sus efectos llegan a los particulares a través de las medidas adoptadas por el Estado miembro de que se trate”<sup>847</sup>. Y, en caso contrario, si “las disposiciones de una directiva parecen ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones si no se han adoptado dentro del plazo prescrito... pueden ser invocadas contra cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva o, en la medida en que definen derechos que los particulares pueden alegar, frente al Estado”<sup>848</sup>. En consecuencia, de incumplirse la Directiva, ésta podrá ser invocada frente a la legislación interna contraria y para proteger, en su caso, el derecho o pretensión del particular frente a su Estado<sup>849</sup>, no pudiendo invocar el Estado, frente a los particulares, su propio incumplimiento de las obligaciones derivadas de la directiva.

---

<sup>847</sup> Sentencia, de 19 de enero de 1982, *Ursula Becker v. Finanzamt Münster-Innenstad* (8/81) en la que el TJCE reitera la jurisprudencia dispuesta en la Sentencia Comisión v. Bélgica, 102/79, pág. 1473.

<sup>848</sup> Sentencia, de 19 de enero de 1982, *Ursula Becker v. Finanzamt Münster-Innenstad* (8/81), pág. 71.

<sup>849</sup> MANGAS MARTIN, A y LIÑAN NOGUERAS, D: Instituciones y Derecho de la Unión Europea, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 370.

## 2.1. Los beneficiarios de la protección temporal en el ámbito europeo

De forma general, el artículo 1 de la Directiva 2001/55/CE<sup>850</sup> expresa quiénes pueden ser los beneficiarios de la acogida temporal en territorio de la Europa comunitaria. En este sentido, dicho artículo hace referencia a dos aspectos fundamentales. En primer lugar a las “personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen”, expresando claramente que el objetivo fundamental de este desarrollo normativo es la protección de grupos de personas que se han visto obligadas a abandonar su país de origen o de residencia. En segundo lugar, que dicha institución ha sido instaurada para dar protección internacional a personas que provienen de un ámbito externo al eje comunitario europeo<sup>851</sup>.

Como beneficiarios de una protección de tipo excepcional, este grupo de personas tiene la característica común de haber sido forzados a huir colectivamente de los lugares de origen o de residencia, lo que, a falta de una disposición en contrario, permite afirmar que los motivos de huida pueden hacer referencia a un hecho común que motive un desplazamiento masivo o a un conjunto de hechos que afecten a determinados colectivos. No obstante, aun cuando dicha afirmación destaca la posible naturaleza mixta de los desplazamientos masivos de personas, es preciso concretar que esta protección provisional desarrollada en la Directiva europea no tiene como objeto proteger a aquellas personas que han abandonado su país de origen y de residencia por intereses personales, sino que está destinada a proteger las que han sido obligadas a abandonar sus hogares. De esta manera se caracteriza la involuntariedad del desplazamiento.

En este orden de ideas, el artículo 2.c) de la Directiva describe el tipo de desplazamiento que es objeto de protección, estableciendo una definición de lo que debe entenderse por persona desplazada:

---

<sup>850</sup>“Art. 1: La presente Directiva tiene por objeto establecer normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y fomentar un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida”.

<sup>851</sup> El ACNUR considera que dicho límite en el ámbito de aplicación no debía de haberse incluido, pues si bien es cierto que resulta poco probable que se pueda generar una afluencia masiva en el seno de los países miembros de la Unión, dicha circunstancia no puede dejarse de considerar. Al respecto, puede revisarse *Comentario de ACNUR sobre el Borrador de Directiva de la Unión Europea sobre Protección Temporal en caso de afluencia masiva*, párr.3.c).

“los nacionales de un tercer país o apátridas que hayan debido abandonar su país o región de origen, o que hayan sido evacuados, en particular respondiendo al llamamiento de organizaciones internacionales, y cuyo regreso en condiciones seguras y duraderas sea imposible debido a la situación existente en ese país, que puedan eventualmente caer dentro del ámbito de aplicación del artículo 1A de la Convención de Ginebra u otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional, y en particular: i) las personas que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente; ii) las personas que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos”.

Como puede deducirse, el texto transcrito, que contempla los beneficiarios de protección temporal en este instrumento comunitario, no se aparta de lo que ha sido la consideración de los mismos en el desarrollo de la protección temporal. Así, desde el inicio del *refugio provisional* se ha afirmado que más que la enumeración exhaustiva de los sujetos, es importante el reconocimiento de situaciones complejas que pueden afectar a grupos de personas, lo que ha impulsado la consideración de que situaciones objetivas pueden afectar la seguridad de los colectivos y ser la causa de los desplazamientos masivos de población como se ha recogido en este instrumento comunitario.

En este mismo sentido, resulta importante resaltar que la aplicación de la protección temporal en Europa ha sido objeto de una ampliación progresiva en lo que a beneficiarios se refiere, pues ante la posibilidad de utilización de mecanismos de evacuación la aplicación de la misma podría hacerse extensiva a los desplazados internos que no hayan podido abandonar su país<sup>852</sup>.

La aplicabilidad de la protección temporal prevista en la Directiva europea es manifiestamente clara en lo que a condiciones de aplicabilidad se refiere. En sus disposiciones expresa que la protección de los colectivos de personas no depende de que los mismos se manifiesten en afluencia masiva, pues si bien es una condición el hecho de que se trate de un desplazamiento masivo, no todos los desplazamientos masivos

---

<sup>852</sup> Para los casos en que se dificulte o sea imposible el cruce de la frontera, la Directiva prevé en su artículo 2. c) la posibilidad de aplicar un procedimiento de evacuación de grupos de personas. De esta manera la protección temporal podría aplicarse aquellas personas que no hayan cruzado la frontera de su país de origen o residencia, permitiendo así la protección de las personas internamente desplazadas.

serán objeto de protección temporal<sup>853</sup>. Esto permite resaltar que la protección temporal enmarcada en la Directiva 2001/55/CE es una protección de tipo selectiva, pues el hecho de manifestarse en masa no es el criterio único de elección<sup>854</sup>.

A través de la lectura combinada de los artículos 2. a), c), d); 3.4; 7 y 28 y con fundamento en las afirmaciones de ARENAS HIDALGO, la protección temporal diseñada por la Directiva iría dirigida a: a) Potenciales Refugiados: personas desplazadas de terceros países que pudieran ser considerados refugiados según el artículo 1 A 2, de la Convención de Ginebra; b) Personas desplazadas de terceros países que pudieran caer dentro del ámbito de aplicación de otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional; c) Casos Particulares: Personas que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente o que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos; y d). Grupo Suplementario: Otras categorías de personas desplazadas que provengan del mismo lugar y se hayan desplazado por las mismas razones (artículo 7 de la Directiva).

Es preciso indicar, al respecto, que todos estos beneficiarios deben necesitar protección internacional inmediata, manifestarse en afluencia masiva y no caer dentro de los supuestos que generan la aplicación de las cláusulas de exclusión previstas en el artículo 28 del instrumento jurídico comunitario<sup>855</sup>.

---

<sup>853</sup> La Directiva comunitaria ha dado prioridad al hecho de que las personas se desplacen masivamente como resultado de los conflictos armados, violencia permanente y violación de los derechos humanos, como se ha recogido en el artículo 2. C. i) y ii).

<sup>854</sup> Es preciso también destacar que el artículo 7 de la Directiva permite el otorgamiento de la protección temporal a otras categorías de personas “1. Los Estados miembros podrán otorgar la protección temporal prevista en la presente Directiva a otras categorías de personas desplazadas, además de las cubiertas por la decisión del Consejo a que se refiere el artículo 5, que se hayan desplazado por las mismas razones y procedan del mismo país o región de origen. Informarán de ello inmediatamente al Consejo y a la Comisión. 2. No se aplicará lo dispuesto en los artículos 24, 25 y 26 al recurso o a la posibilidad contemplada en el apartado 1, con excepción del apoyo estructural incluido en el Fondo Europeo para los Refugiados creado en virtud de la Decisión 2000/ 596/CE (1), en las condiciones que en la misma se establecen”.

<sup>855</sup> “1. Los Estados miembros podrán excluir a una persona de la protección temporal siempre que: a) existan motivos justificados para considerar que la persona en cuestión: i) ha cometido un delito contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad, según se definen en los instrumentos internacionales elaborados para responder a tales crímenes; ii) ha cometido un grave delito común fuera del Estado miembro de acogida antes de su admisión en dicho Estado miembro como beneficiaria de protección temporal. La gravedad de la persecución que cabe esperar debe considerarse en relación con la naturaleza del delito presuntamente cometido por el interesado. Las acciones especialmente crueles,

Como ha podido evidenciarse, el instrumento comunitario en análisis representa un notable avance en el ámbito del Derecho internacional de los refugiados, no sólo por ser el primer instrumento jurídico que estipula las directrices que los Estados miembros deben seguir para desarrollar su legislación interna respecto a la protección colectiva, sino también porque ha permitido la consideración, en el ámbito europeo, de la existencia de necesidades de protección de las personas que huyen de los conflictos armados, la violencia permanente y la violación sistemática y generalizada de los derechos humanos que son las causas más frecuentes de los desplazamientos masivos en las últimas cinco décadas, aun cuando esto no implica una aceptación de la ampliación del concepto de refugiado.

Así, aun cuando la Directiva no fue pensada para la protección de los llamados *refugiados de facto* ni con intención de ampliar el concepto de refugiado<sup>856</sup>, la misma también hace extensiva un tipo de protección internacional por parte de los países comunitarios a colectivos que se desplazan masivamente por otras circunstancias distintas a las desarrolladas por la Convención de 1951. Esto permite otorgar al menos una protección interina, cuyo régimen jurídico ha representado un avance entre las políticas restrictivas que venían caracterizando las respuestas estatales en esta parte del planeta.

---

incluso si se han cometido con un objetivo pretendidamente político, podrán ser calificadas de delitos comunes graves. Esto es válido tanto para los participantes en el delito como para los instigadores de éste; iii) se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas; b) existan razones fundadas para considerar que la persona en cuestión representa un peligro para la seguridad del Estado miembro de acogida o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de dicho Estado miembro. 2. Los motivos de exclusión contemplados en el apartado 1 deberán basarse únicamente en el comportamiento de la persona en cuestión. Las decisiones o medidas de exclusión deberán respetar el principio de proporcionalidad”. No obstante, es preciso indicar que tomando en consideración la protección de la persona por encima de cualquier exclusión y con fundamento en el principio de no devolución, que se encuentra fundamentado en una norma de *ius cogens*, la aplicación de dichas cláusulas encuentra sus límites en el respeto al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que no admite ninguna excepción ni siquiera en casos de emergencia pública que pudiera poner en peligro a la nación y el Convenio contra la Tortura.

<sup>856</sup> Es preciso indicar que en principio la doctrina consideraba que la protección temporal serviría para proteger a personas que no cubrían los requisitos previsto en la Convención de 1951. Al respecto, MALMSTRÖM, S.; NOLL, G. (rels.): *Temporary Protection-Problems and Prospects*, Raoul Wallenger, Institute of Human Rights and Humanitarian Law, Report num. 22, Lund, 9 de mayo de 1996, pág. 8; FITZPATRICK, J.: “Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime”, en *AJIL*, vol. 94, 2000, pág. 292.



Con la redacción de este dispositivo se ha pretendido extender la protección internacional al mayor número de personas posible que en *stricto sensu* quedarían fuera de la definición de refugiado desarrollada en la Convención de Ginebra y que no pueden ser devueltas a su país de origen por temor a sufrir tortura u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes<sup>857</sup>. Empero, dicha protección es diferente a la otorgada a los refugiados, pues la “temporal” es más limitada y más transitoria, aun cuando genera el otorgamiento de un estatuto de protección específico, el de “protegido temporalmente”.

## 2.2 El estatuto de protegido temporalmente

Además de ampliar el ámbito personal de los beneficiarios de protección internacional, la redacción de la Directiva comunitaria ha generado la incorporación de un nuevo estatuto de protección en la Europa comunitaria. Este es el de “persona acogida temporalmente”, siendo esto una de las consecuencias del desarrollo de este instrumento de derecho derivado<sup>858</sup>.

Así, el otorgamiento de la protección temporal, como una respuesta inmediata y provisional, está fundamentado en una determinación grupal y *prima facie* de las personas que forman parte de una afluencia masiva<sup>859</sup>, a través de la cual se les reconoce como protegidos temporalmente. Dicha situación ha permitido dejar de lado la necesidad de una determinación individual y la consideración de la situación que ha causado el desplazamiento masivo, dando origen a una consideración de tipo objetiva

---

<sup>857</sup> En preciso recordar que existen obligaciones estatales concretas derivadas del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 3 de la Convención contra la Tortura que prohíben conducta contrarias a la protección de la persona cuando exista temor de tortura o tratos o castigos inhumanos o degradantes.

<sup>858</sup> Para un análisis exhaustivo del estándar mínimo de protección y su compatibilidad con la obligaciones internacionales en la materia puede consultarse ARENAS HIDALGO, N.: *El sistema de protección temporal de desplazados...*, cit., págs. 149-189.

<sup>859</sup> En este caso a diferencia de la comprobación del temor fundado de persecución que caracteriza la determinación del refugiado, en esta circunstancia sólo parece necesaria la verificación de circunstancias objetivas contempladas en el artículo 2 de la Directiva: a) Que se trate de personas procedentes de países fuera del ámbito de la Europa comunitaria o apátridas; b) Que hayan abandonado su país de origen o de residencia o que hayan sido evacuados de los mismos; c) Que no puedan volver a entrar a su país de origen o residencia en condiciones seguras y duraderas debido a una situación persistente; d) Que se desplacen en afluencia masiva.

centrada en las causas que impiden a este grupo permanecer en su lugar de origen o residencia.

Por tanto, la recepción en el territorio a estas personas vincula obligaciones estatales en lo referente al disfrute de la protección temporal. Estas obligaciones se han desarrollado en el Capítulo III de la Directiva donde se recogen las obligaciones de los Estados miembros para con los beneficiarios de la protección temporal. Dichas obligaciones estatales, redactadas en ocho artículos (artículo 8 a 16), representan el consenso de los Estados miembros en uno de los temas más controvertidos y problemáticos de los últimos tiempos en el ámbito comunitario europeo, en el cual había sido imposible la unificación de los estándares aplicables a las personas que se acogía temporalmente en un Estado miembro<sup>860</sup>. De modo más concreto, la Directiva pretende armonizar el Estatuto jurídico de los beneficiarios de la protección temporal, para evitar así situaciones como las vividas a principios de los noventa con los desplazamientos masivos provenientes de la antigua Yugoslavia<sup>861</sup>.

La Directiva es un instrumento jurídico en el cual se desarrollan estándares mínimos de trato<sup>862</sup>, concretamente en la misma se establecen normas mínimas relativas a la protección de las personas que ingresan como parte de una afluencia masiva, con lo cual se pretende limitar en cierta manera las facultades discrecionales de los Estados en

---

<sup>860</sup> Al respecto, BLACK, R.; KOSER, K.: “Limits to the Harmonization: The ‘Temporary Protection’ of Refugees in the European Union”, en *International Migration Review*, vol. 37, núm.3, 1999, págs. 521-543.

<sup>861</sup> Sobre este particular es preciso indicar que como manifestación de esta armonización la Directiva ha desarrollado un sistema equitativo de los desplazados con objeto de equilibrar las cargas de los Estados. Al respecto el artículo 25 indica que: “1. Los Estados miembros acogerán con espíritu de solidaridad comunitaria a las personas que pueden optar al régimen de protección temporal. Indicarán sus disponibilidades de acogida de manera numérica o general. Estas indicaciones figurarán en la decisión del Consejo a que se refiere el artículo 5. Los Estados miembros podrán señalar la existencia de disponibilidades suplementarias de acogida con posterioridad a la adopción de la decisión, notificándolo al Consejo y a la Comisión. Se informará rápidamente al ACNUR de dichas indicaciones. 2. Los Estados miembros afectados, en cooperación con las organizaciones internacionales pertinentes, velarán por que los beneficiarios definidos en la decisión del Consejo a que se refiere el artículo 5 que no hayan llegado aún a la Comunidad, manifiesten de modo expreso su voluntad de ser recibidos en sus territorios. 3. En caso de que el número de personas que puedan acogerse a la protección temporal a raíz de una afluencia masiva repentina supere la capacidad de acogida a que se refiere el apartado 1, el Consejo estudiará la situación con carácter urgente y adoptará las medidas oportunas, incluyendo recomendar ayuda adicional para los Estados miembros afectados”.

<sup>862</sup> El artículo 3.5 de la Directiva expresa que “La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la prerrogativa de los Estados miembros de establecer o mantener condiciones más favorables para las personas beneficiarias de protección temporal”.

materias relacionadas con el acceso y permanencia en el territorio. Empero, la Directiva no reconoce por sí misma en principio el derecho subjetivo de la persona a recibir protección temporal en los Estados miembros de la Unión Europea, pues su función es armonizadora. La Directiva obliga a los Estados miembros a redactar instrumentos internos a través de los cuales los mismos se obliguen a proteger a estos colectivos desde el momento en que los han admitido en su territorio, ya que dicha admisión lleva implícita el reconocimiento de la necesidad de protección internacional<sup>863</sup>. Sin embargo, sí podría exigirse un derecho de petición derivado de la Directiva si los Estados no cumplen los plazos de redacción o los contenidos de la Directiva.

Así, una vez decidida la consideración de la afluencia masiva y el otorgamiento de la protección temporal por parte del Consejo, las personas instaladas en el territorio del Estado miembro adquieren una serie de garantías mínimas otorgadas por los Estados. Esto quiere decir que se trata de un estatuto determinado, el cual durará hasta el momento en que se cese o se termine la protección temporal.

En primer lugar se hace referencia a permitir la entrada en el territorio al grupo de personas que se van acoger, para lo cual el Estado se comprometer a ofrecer todas las facilidades para la obtención de visados en caso de que los mismos sean necesarios, incluso los visados de tránsito, en caso de utilización de mecanismos de evacuación<sup>864</sup>. A continuación, una vez en el territorio el artículo 8.1 indica que los Estados están obligados a expedir un permiso de residencia<sup>865</sup> que resulte válido para todo el periodo en el cual se brindará protección temporal, facilitando el disfrute de los derechos inherentes a dicho estatuto. Este permiso permitirá la residencia en el Estado miembro que lo conceda; sin embargo, según afirma el contenido del artículo 8 no supone un

---

<sup>863</sup> La prohibición de devolución no está recogida como una de las obligaciones estatales establecidas en el Capítulo III, no obstante el mismo se encuentra entre los principios interpretativos y está dispuesto en el artículo 3.2 de la siguiente manera: “Los Estados miembros aplicarán la protección temporal respetando debidamente los derechos humanos y las libertades fundamentales y cumpliendo con sus obligaciones en materia de no devolución”.

<sup>864</sup> La Directiva sugiere que los visados sean gratuitos, no obstante deja esta cuestión en manos de la discrecionalidad de los Estado Parte.

<sup>865</sup> El permiso de residencia aparece definido en el artículo 2. g) de la Directiva como “cualquier permiso o autorización expedido por las autoridades de un Estado miembro y materializado según su legislación, por el que se permite a un nacional de un tercer país o a un apátrida residir en su territorio”.

derecho de residencia en todos los Estados miembros de la Unión Europea, por lo que su estatus es de naturaleza nacional y no comunitario.

Según expresa el artículo 9 de la norma de derecho derivado, los Estados miembros están obligados a informar por escrito a las personas a las cuáles se les otorga protección temporal acerca de las disposiciones que regulan dicha institución<sup>866</sup>. Esta obligación pretende principalmente poner al alcance de las personas toda la información necesaria respecto a la protección temporal, aun cuando las personas protegidas se expresen en otras lenguas o dialectos.

En la Directiva se hace referencia al establecimiento de un registro<sup>867</sup> con los datos personales y la información más relevante respecto de las personas a las que se les concede la protección temporal, desarrollada en el artículo 10<sup>868</sup>. Así, la identificación y el registro surte como una de las medidas más efectivas de protección y asistencia en casos de afluencias masivas, ya que representa la única vía de identificar dentro del grupo necesidades de colectivos vulnerables y otras circunstancias que podrían provocar futuros inconvenientes como por ejemplo el uso fraudulento de identidad.

El artículo 11 establece la opción de volver a acoger a un beneficiario de la protección temporal cuando el mismo permanezca o pretenda entrar sin autorización en el territorio de otro Estado miembro en el tiempo que dure la protección temporal<sup>869</sup>. Por tanto, en virtud de lo establecido por la Directiva el estado de acogida se obliga a readmitir a los beneficiarios de la protección temporal a pesar de que la persona haya pretendido permanecer o entrar en otro país miembro. Con esto queda implícito que aun

---

<sup>866</sup> “Art. 9: Los Estados miembros facilitarán a los beneficiarios de la protección temporal un escrito, en una lengua que puedan éstos comprender, en el que se expongan claramente las disposiciones relativas a la protección temporal que sean importantes para ellos”.

<sup>867</sup> “Art. 10: Para permitir la aplicación efectiva de la decisión del Consejo a que se refiere el artículo 5, los Estados miembros llevarán un registro de los datos personales mencionados en la letra a) del anexo II de las personas que se benefician de la protección temporal en su territorio”.

<sup>868</sup> Según la letra a) del Anexo II a la Directiva, el registro de las personas deberá incluir la siguiente información: nombre, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, estado civil y vínculo familiar.

<sup>869</sup> “Art. 11: Los Estados miembros volverán a acoger a un beneficiario de la protección temporal en su territorio cuando dicho beneficiario permanezca o pretenda entrar sin autorización en el territorio de otro Estado miembro durante el período cubierto por la decisión del Consejo a que se refiere el artículo 5. Los Estados miembros, a tenor de un acuerdo bilateral, podrán decidir que no se aplique el presente artículo”.

cuando esta acción es una obligación estatal la misma representa simultáneamente una prohibición a la libre circulación de las personas protegidas temporalmente, salvo que exista un acuerdo bilateral en el cual se establezca la no aplicabilidad de este artículo.

En el marco del otorgamiento de la protección, el Estado se compromete a autorizar a las personas protegidas temporalmente a ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, además de poder participar en la formación profesional. En este sentido, en virtud de lo que señala el artículo 12, el Estado de acogida debe reconocer el derecho a los derechos laborales de las personas que protege<sup>870</sup>. El ejercicio de esta obligación por parte del Estado de acogida promueve la integración de las personas protegidas temporalmente a la vida del país y permite que las mismas obtengan medios económicos para sufragar sus gastos, impulsando así la superación de muchos de los problemas sociales que acarrea el desarraigo.

El artículo 13 hace referencia al conjunto de derechos relativos al acceso a un alojamiento adecuado, asistencia necesaria para la subsistencia y atención médica. Es decir que a través de este artículo, el Estado se obliga a la adopción de unas medidas legislativas en las que se vele por un nivel de vida adecuado<sup>871</sup> para las personas que son protegidas temporalmente<sup>872</sup>.

---

<sup>870</sup> “Art. 12: Los Estados miembros autorizarán a los beneficiarios de la protección temporal, durante un período que no excederá al de dicha protección, a ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, con arreglo a las normas aplicables a cada profesión, y a participar en actividades tales como la educación para adultos, la formación profesional y la formación práctica en el lugar de trabajo. Por razones de políticas de mercado laboral, los Estados miembros podrán dar prioridad a los ciudadanos de la UE y a los ciudadanos de los Estados Partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como a los residentes legales con nacionalidad de terceros países que reciban subsidios de desempleo. Se aplicará el derecho general de los Estados miembros en materia de remuneración, acceso a los sistemas de seguridad social correspondientes a las actividades por cuenta propia o ajena y otras condiciones de trabajo”.

<sup>871</sup> Con el objeto de agrupar los derechos enumerados en el artículo 13, ARENAS HIDALGO propone la utilización de la expresión contenida en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales: “nivel de vida adecuado”. Vid. ARENAS HIDALGO, N.: *El sistema de protección temporal de desplazados...*, cit., págs. 173. El artículo 11 del Pacto expresa que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y una mejora continua de las condiciones de existencia (...)”.

<sup>872</sup> “Art. 131: Los Estados miembros garantizarán que los beneficiarios de la protección temporal tengan acceso a un alojamiento adecuado o reciban, en su caso, los medios de obtenerlo. 2. Los Estados miembros dispondrán que los beneficiarios reciban la asistencia necesaria, en materia de ayuda social y alimentación cuando no dispongan de recursos suficientes, así como atención médica. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4, la asistencia necesaria en cuanto a atención médica incluirá, como mínimo, los cuidados de urgencia y el tratamiento esencial de enfermedades. 3. En caso de que los beneficiarios

En relación a los menores de 18 años, el artículo 14 expresa que los Estados miembros se comprometen a autorizar el acceso al sistema educativo en iguales condiciones que los nacionales del Estado de acogida<sup>873</sup>. Esta obligación será desarrollada por las legislaciones nacionales en las cuales los Estados podrán ser más explícitos sobre cuestiones como el acceso a la educación pública y a la consideración de la necesidad de educación de personas mayores de 18 años, principalmente en lo que se refiere al conocimiento básico del idioma del país que los acoge.

Con respecto a la reagrupación familiar, el artículo 15 de la Directiva consagra la posibilidad de poder traer al país de recepción a la familia ya constituida en el país de origen y que se haya separado por motivos del flujo masivo<sup>874</sup>. Es importante resaltar la

---

ejercen una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, se tendrá en cuenta la posibilidad de tales personas de asegurar su propia subsistencia a la hora de determinar el nivel de las medidas de ayuda. 4. Los Estados miembros preverán la asistencia necesaria, médica o de otro tipo, en favor de los beneficiarios de protección temporal con necesidades particulares como los menores no acompañados o las personas que hayan sufrido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia moral, física o sexual”.

<sup>873</sup> “Art. 14: 1. Los Estados miembros autorizarán a los menores de 18 años beneficiarios de la protección temporal a acceder al sistema de educación en las mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro de acogida. Los Estados miembros podrán disponer que dicho acceso deba limitarse al sistema de enseñanza pública. 2. Los Estados miembros podrán autorizar el acceso de los adultos beneficiarios de protección temporal al sistema general de educación”.

<sup>874</sup> Art. 15 “1. A efectos del presente artículo, en los casos de familias ya constituidas en el país de origen y que hayan sufrido una separación debido a las circunstancias que rodean a la afluencia masiva de que se trate, se considerará que forman parte de la familia las personas siguientes: a) el cónyuge del reagrupante o su pareja de hecho que tenga una relación duradera, cuando la legislación del Estado miembro en cuestión considere la situación de las parejas no casadas como similar a la de las casadas con arreglo a su propia normativa de extranjería; los hijos menores solteros del reagrupante o de la pareja de hecho, sin discriminación entre los matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos; b) otros parientes cercanos que estuviesen viviendo juntos como parte de la unidad familiar en el momento de producirse los acontecimientos que dieron lugar a la afluencia masiva, y que fueran total o parcialmente dependientes del reagrupante en dicho momento; 2. En los casos en que los miembros de una familia que haya sufrido una separación disfruten de una protección temporal en diferentes Estados miembros, los Estados miembros en cuestión procederán a reagrupar a los miembros de dicha familia de quienes tengan constancia de que se ajustan a la descripción de la letra a) del apartado 1, teniendo en cuenta los deseos de los miembros de esa misma familia. Los Estados miembros podrán reagrupar a los miembros de la familia de quienes tengan constancia de que se ajustan a la descripción de la letra b) del apartado 1, teniendo en cuenta las dificultades extremas que dichos miembros afrontarían en caso de no efectuarse la reagrupación; 3. Cuando la persona reagrupante disfrute de protección temporal en un Estado miembro y uno o más miembros de la familia no se encuentren aún en un Estado miembro, el Estado miembro en que el reagrupante disfrute de protección temporal procederá a reagrupar con dicha persona a los miembros de la familia que necesiten protección, siempre que tenga constancia de que los miembros de la familia se ajustan a la descripción que hace en la letra a) del apartado 1. Los Estados miembros podrán reagrupar con la persona reagrupante a los miembros de la familia que necesiten protección y de quienes tengan constancia de que se ajustan a la descripción que se hace en la letra b) del apartado 1, teniendo en cuenta en cada caso las dificultades extremas que dichos miembros afrontarían en caso de no efectuarse la reagrupación; 4. En la aplicación del presente artículo, los Estados miembros tomarán en consideración los intereses de los menores. 5. Los Estados miembros de que se trate decidirán, teniendo en cuenta los artículos 25 y 26, en qué Estado miembro deberá producirse la reagrupación; 6. Se concederán permisos

inclusión de esta disposición, a pesar de que no es lo suficientemente amplia<sup>875</sup> teniendo en consideración que aun cuando los Estados partes están obligados al respeto por la vida familiar<sup>876</sup>, el Derecho internacional de los refugiados no reconoce expresamente la reagrupación familiar de los refugiados<sup>877</sup>.

Los Estados adquieren, también, compromisos concretos relacionadas con los menores no acompañados<sup>878</sup>. De esta manera el artículo 16<sup>879</sup> expresa que los Estados miembros deben adoptar medidas para garantizar que los menores no acompañados dispongan de la adecuada representación y un alojamiento conveniente, circunstancias

---

de residencia con arreglo al régimen de protección temporal a las personas reagrupadas. A tal efecto se les expedirá documentación u otros comprobantes análogos. El traslado a un Estado miembro de miembros de una familia a efectos de su reagrupación con arreglo al apartado 2 implicará la retirada del permiso de residencia concedido en el Estado miembro abandonado, así como la expiración de las obligaciones para con los beneficiarios relacionadas con la protección temporal en el Estado miembro abandonado. 7. La aplicación práctica del presente artículo podrá dar lugar a la cooperación con las organizaciones internacionales pertinentes; 8. Todo Estado miembro facilitará, a petición de otro Estado miembro, la información indicada en el anexo II sobre los beneficiarios de protección temporal que resulte necesaria para realizar alguna de las diligencias previstas en el presente artículo.

<sup>875</sup> Parece que en el tema de las cuestiones relacionadas con la reagrupación, los intereses de los Estados miembros pesen más que los intereses legítimos de la familia (KÄLIN, W.: “Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism”, en *GYIL*, vol. 44, 2001, pág. 207).

<sup>876</sup> El artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se refiere al respeto de la vida familiar, del domicilio y la correspondencia, y en esté ámbito la jurisprudencia sobre derechos humanos ha interpretado que la denegación de la reunificación familiar podría llegar a ser una violación del derecho al respeto de esta vida familiar, siempre que los beneficiarios sean cercanos y tenga con ellos una relación real (Comentario al artículo 13 de la Propuesta de Directiva de 2000).

<sup>877</sup> Sólo en el Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios, en la Recomendación B, la Conferencia considera que la unidad familiar, elemento natural y fundamental de la sociedad, es un derecho esencial del refugiado, y que esta unidad se halla constantemente amenazada, por lo que recomendaba a los gobiernos la adopción de medidas necesarias para la protección a la familia del refugiado, especialmente para mantener la unidad familiar.

<sup>878</sup> La Directiva los define como “Art. 2. f) Menores no acompañados: los nacionales de terceros países o apátridas menores de dieciocho años que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en la medida en que no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos, o los menores que queden sin compañía después de su llegada al territorio de los Estados miembros”.

<sup>879</sup> “Art. 16: 1. Los Estados miembros adoptarán lo antes posible medidas para garantizar que los menores no acompañados beneficiarios de la protección temporal dispongan de la necesaria representación a través de un tutor legal, o, en caso necesario, de una organización encargada del cuidado y del bienestar de los menores de edad, o de otro tipo adecuado de representación. 2. Durante el período de protección temporal, los Estados miembros dispondrán que los menores no acompañados se alojen: a) con miembros adultos de su familia; b) en una familia de acogida; c) en centros de acogida con instalaciones especiales para menores o en otro alojamiento con instalaciones adecuadas para menores; d) con la persona que se ocupaba del menor en el momento de la huida. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para posibilitar dicho alojamiento. Comprobarán que la persona adulta o las personas en cuestión están de acuerdo. Se tendrá en cuenta la opinión del menor con arreglo a su edad y a su grado de madurez”.

que en caso de no poder ser garantizadas representarían un riesgo en la protección de los mismos. No obstante, dicha disposición no hace referencia alguna a la reagrupación familiar, cuestión que parece ser prioritaria para el bienestar del menor<sup>880</sup>.

Como ha podido observarse este conjunto de disposiciones que los Estados se comprometen a asumir representan un estatuto mínimo que se otorga por un período temporal y que puede ser ampliado en las legislaciones de los Estados miembros.

A modo de conclusión puede afirmarse que si bien, por una parte, la sistematización de compromisos respecto a los colectivos de personas desplazadas en afluencia masiva representa un paso importante en la asunción de obligaciones concretas y más positivas que la mera “acogida territorial” por parte de los Estados europeos, entre los cuales se ha establecido un consenso luego de una práctica un tanto discontinua, por otra, podría pensarse que dicho avance no resulta del todo positivo pues se considera que el establecimiento de un “estatuto de protegido temporalmente” en cierta manera podría generar una situación de relativa protección y de provisionalidad nada beneficiosa para las personas a quienes se pretende proteger interinamente.

Por tanto, aun cuando su instauración como estatuto implica un impulso a la protección colectiva, se considera que el mismo corre el riesgo de ser utilizado como protección alternativa, limitando el acceso a la solicitud de asilo en los Estados miembros si la misma se otorga por un tiempo prolongado. Por esto, sería preferible continuar hablando de una forma de protección pre-estatutaria<sup>881</sup> que dejara claro lo antes posible que se debe dar paso a una solución duradera o a la solicitud de asilo, sin limitarse al mantenimiento de una acogida temporal, porque el estatuto de protección internacional por excelencia es el estatuto de refugiado.

---

<sup>880</sup> Sobre la necesidad de incluir el derecho del menor de reunirse con su familia puede consultarse ECRE: “ECRE position of the European Council o Refugees and Exiles on Temporary Protection in the context f a need for a supplementary Refugee Definition”, en *IJRL*, vol. 9, núm. 3, 1997, pág. 540.

<sup>881</sup> “La protección temporal, por su excepcionalidad y por sus fines, no puede ser incompatible con la Convención de Ginebra de 1951. Por ello, puede reconocerse el estatuto de refugiado a personas que gocen de protección temporal como desplazado porque la protección temporal no puede ir en perjuicio del reconocimiento del Estatuto (art. 3). Esta naturaleza es la que, le hace que no pueda ser considerado como un estatuto” (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *Derecho comunitario...*, cit. pág. 89).



### 2.3. La duración y la cesación de la protección temporal

La protección temporal desarrollada en la Directiva europea se fundamenta en una sistema subsidiario de acogida temporal cuya duración en el tiempo está determinada. Su propósito es proteger a los grupos de personas en situaciones objetivas transitorias que generan el flujo e impiden de manera temporal el retorno de las personas a sus lugares de origen. Dicha afirmación, caracteriza su naturaleza provisional que en ningún caso puede entenderse como solución duradera o indefinida<sup>882</sup>.

En el ámbito articulado por la Directiva Europea, la protección temporal puede ser otorgada por un período de tiempo que puede llegar hasta los tres años<sup>883</sup>. De entrada, el artículo 4 de la Directiva establece en su disposición de manera concreta que en principio la protección temporal está limitada a un año de duración<sup>884</sup>. No obstante, en la misma disposición se establece que dicho otorgamiento podrá prorrogarse automáticamente por periodos de seis meses durante un plazo máximo de un año más, si el retorno no pudiese llevarse a cabo y siempre que no haya una decisión contraria del Consejo. En este orden de ideas, la disposición antes mencionada expresa que si pasados estos dos años iniciales subsisten las causas que promovieron el otorgamiento de la protección temporal, es posible que el Consejo, por mayoría cualificada, pueda prolongar dicha protección por otro año más<sup>885</sup>.

---

<sup>882</sup> Al respecto, BLACK, R.; KOSER, K.: "Limits to the Harmonization:...", cit., pág. 536.

<sup>883</sup> "Art. 4: 1. Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 6, la duración de la protección será de un año. De no cesar de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 6, será prorrogable automáticamente por períodos de 6 meses durante un plazo máximo de un año. 2. En caso de que persistan los motivos para la protección temporal, el Consejo podrá decidir por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, que estudiará a su vez cualquier solicitud de un Estado miembro de que presente una propuesta al Consejo, prorrogar dicha protección temporal durante un año como máximo".

<sup>884</sup> Salvo que por decisión del Consejo se ponga fin a la misma según el artículo 6 b): "en cualquier momento, mediante la aprobación de una decisión del Consejo por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, que examinará igualmente cualquier solicitud de un Estado miembro de que presente una propuesta al Consejo. 2. La decisión del Consejo se basará en la comprobación de que la situación en el país de origen permite, de forma duradera, el regreso seguro de las personas a las que se otorgó la protección temporal, respetando debidamente los derechos humanos y las libertades fundamentales y cumpliendo con sus obligaciones en materia de no devolución. Se informará al Parlamento Europeo de esta Decisión".

<sup>885</sup> Al respecto, parece oportuna la reflexión de la profesora GORTAZAR ROTAECHE, quien afirma que el período de tiempo de la protección temporal es mayor del que en principio parecería adecuado para una protección que se ha definido como un pre-estatuto con carácter de interinidad (GORTÁZAR ROTAECHE, C.: "La protección subsidiaria como concepto diferente a la protección temporal...", cit., pág. 243).

Como protección fundamentada en el retorno, resulta fundamental la consideración de la situación del país de origen. Esto surge como elemento determinante en la duración de esta protección internacional, la cual finaliza generalmente cuando existe la garantía de un retorno seguro. Así, en caso de que no hayan sobrevenido situaciones que pusieran fin a la protección temporal y habiendo transcurrido el plazo máximo previsto, o sea tres años, se pone fin a la misma de manera automática<sup>886</sup> y con ella a todas las prerrogativas relacionadas con dicha protección, a saber permisos de residencia y el resto de derechos.

Por tanto, la protección temporal deja de aplicarse y se hacen necesarias medidas posteriores como aquellas relacionadas al regreso y medidas subsiguientes a la protección temporal que desarrolla el artículo 20, cuyas disposiciones hacen referencia a la aplicabilidad del derecho general y de extranjería sin perjuicio de los artículos 21, 22 y 23. Estas últimas disposiciones están destinadas a regular el regreso de los desplazados que es la medida inmediatamente posterior en la regulación de la Directiva y que además implica la culminación de la protección temporal.

La cuestión más importante para el caso que nos ocupa, está referido a la situación que se generaría sí para el momento en que luego del plazo máximo que el régimen europeo ha dispuesto para la protección temporal, las condiciones del país de origen no hubieran cambiado. Al respecto, aun cuando se considera que la temporalidad es el mayor factor de protección en estos casos, la Directiva no contempla ninguna disposición que impida que se pueda optar por la permanencia en el país de acogida. Sin embargo, esto es considerado sólo como una opción alternativa de tipo excepcional que depende de ciertas circunstancias objetivas y subjetivas. Al mismo tiempo, es importante agregar que en todo caso la solución de esta situación se encontrará en el marco de la legislación interna sobre extranjería, en una solicitud de refugio si las personas necesitan protección internacional o en cualquier otra medida que pueda facilitar la integración en los países de acogida, pero no bajo la formula de protección temporal.

---

<sup>886</sup> “Art. 6. 1: Se pondrá fin a la protección temporal: a) cuando se haya llegado al término del plazo máximo de duración”.

En el marco de las jurisdicciones internas, estas medidas antes mencionadas distan de ser permanentes, pues en la mayoría de los casos serían otorgadas como protección subsidiaria u otro tipo de protección. Como se ha reiterado a lo largo de este trabajo lo importante es que la protección temporal se otorgue por un tiempo determinado y que la misma pueda dar paso a una solución duradera, pues la protección de afluencias masivas indefinida no es temporal y se convierte en un régimen que vulnera los derechos de las personas. Entre ellos se puede destacar el derecho a solicitar asilo, cuestión que se tomó en consideración en el desarrollo de esta Directiva, dando forma al Capítulo IV de la misma (artículo 17 a 19).

Como bien se contempla en el artículo 2.c de la Directiva, en el grupo de personas desplazadas pueden existir personas que posean temores fundados de persecución y por tanto ser acreedores de la condición de refugiados. Así, se puede considerar que la protección temporal y el derecho de asilo se muestran como instituciones complementarias en este instrumento comunitario. No obstante, el derecho a solicitar refugio se reconoce a todas las personas que quieran solicitarlo, pero el mismo está desarrollado como un derecho independiente del otorgamiento de la protección temporal y, por tanto, su procedimiento dependerá de lo que cada Estado disponga<sup>887</sup>.

En este sentido, el artículo 17 de este instrumento hace referencia a la posibilidad que las personas que disfruten la protección temporal puedan solicitar asilo en “cualquier momento”<sup>888</sup>. No obstante en el párrafo 2 de este mismo artículo se introduce una condición que podría impedir que la amplitud de la anterior disposición

---

<sup>887</sup> Al respecto, “Se aplicarán los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo. En particular, el Estado miembro responsable de examinar la solicitud de asilo presentada por el beneficiario del régimen de protección temporal adoptado en virtud de la presente Directiva será el Estado miembro que haya aceptado su traslado a su territorio”. Y también el Art. 19:” 1. Los Estados miembros podrán disponer que no pueda acumularse el beneficio de la protección temporal con el estatuto de solicitante de asilo cuando se esté estudiando la solicitud. 2. Cuando, tras haberse procedido al examen de una solicitud de asilo o, en su caso, de otra forma de protección de una persona que pueda beneficiarse o que ya disfruta de la protección temporal, sea denegada dicha solicitud, los Estados miembros dispondrán, sin perjuicio de las disposiciones del artículo 28, que dicha persona disfrute o pueda seguir disfrutando de la protección temporal durante el período de dicha protección que quede por transcurrir”.

<sup>888</sup> “Art. 17 1. Las personas acogidas a la protección temporal deberán poder presentar una solicitud de asilo en cualquier momento; 2. El examen de una solicitud de asilo que no se haya tramitado antes de finalizar el período de protección temporal deberá completarse tras la finalización de dicho período”( Art. 18).

pueda alcanzarse, al indicar que el examen de una solicitud de asilo no será tramitada antes de finalizar el período de protección temporal y deberá completarse después de la finalización de dicho período.

La práctica permitirá aclarar que opción tomaran los Estados en este punto clave. A este respecto, GORTÁZAR ROTAECHE, explica que ante esta circunstancia caben dos hipótesis: “que dicha estipulación se refiera sólo a solicitudes presentadas justo antes de finalizar la protección temporal, o que el artículo 17,2 esté permitiendo “congelar” las solicitudes de asilo hasta que concluya la citada protección temporal. Este segundo supuesto significaría que aquellas personas que habiendo recibido protección temporal sean, no obstante, refugiados según la Convención de Ginebra podría no obtener dicho estatuto- siempre más beneficioso que el de la protección temporal- hace tres años después de haber abandonado el país de persecución. Esta última posibilidad no es congruente, como decimos, con la finalidad lógica del artículo 17,1”<sup>889</sup>.

A pesar de parecer contradictorio, este apartado segundo permite interpretar que resultan garantizados tanto el derecho a presentar la solicitud como el examen de la misma, obligación ésta última que no pueden eludir los Estados miembros y para lo que la normativa dispone un plazo máximo. Así, en palabras de ARENAS HIDALGO, si la Directiva ha de establecer un límite temporal para el análisis de las demandas de asilo, ello significa que se le permite a los Estados suspender este trámite, es decir, que las demandas no sigan los cauces habituales y posponer el estudio de las mismas<sup>890</sup>.

---

<sup>889</sup> (GORTÁZAR ROTAECHE, C.: “La protección subsidiaria como concepto diferente a la protección temporal...”, cit., pág. 244).

<sup>890</sup> ARENAS HIDALGO, N.: *El sistema de protección temporal de desplazados...*, cit., pág. 185. En este mismo sentido, la profesora resalta que en la medida en que la Protección Temporal atiende a desplazamientos masivos de población que pudieran desbordar los dispositivos de determinación individual se asilo, que es el motivo que da origen al sistema de protección, parece lógico que el análisis de los expedientes pudieran quedar en suspenso. No obstante, el problema se manifiesta en la inexistencia de límites temporales respecto a esta suspensión, lo que lleva a extender este plazo a los tres años de duración que pudiera tener esta forma de protección.

### 3. LA PROTECCIÓN TEMPORAL Y LAS OBLIGACIONES ESTATALES

La protección temporal ha sido una institución desarrollada para la protección de las personas en casos de flujos masivos. Su desarrollo e impulso ha estado básicamente circunscrito al continente europeo, receptor de distintas corrientes de personas con necesidades de protección a lo largo de la historia<sup>891</sup>.

Por tanto, al ser la protección temporal una forma de protección que se adentra en las dimensiones del asilo que concede un Estado en su territorio y al no existir normas internacionales que la regulen, es importante detenerse en el desarrollo normativo que se ha producido para dar respuesta a los flujos masivos en los distintos ámbitos regionales<sup>892</sup>.

De esta manera ante la laguna legal respecto de la protección de las afluencias masivas, la acogida temporal ha surgido, a través de iniciativas pragmáticas en distintos lugares del planeta, principalmente en Europa como se ha señalado, pero también en África y América Latina.

En palabras de ARENAS HIDALGO<sup>893</sup>, la evolución de esta protección excepcional es resultado de la aplicación de consideraciones de tipo humanitario. Al respecto, agrega entre las características fundamentales de este proceso, la estrecha relación con la asistencia internacional, y su apego al marco jurídico protector de la Convención de 1951, cuya prohibición de devolución, desarrollado en el artículo 33, ha resultado esencial para la conformación de la obligación consuetudinaria de dar acogida temporal a las poblaciones desplazadas.

---

<sup>891</sup> TORROJA MATEU, H.: *La asistencia humanitaria en la Organización de las Naciones Unidas: Fundamentos y perspectivas actuales*, Atelier, Barcelona, 2004, pág. 59.

<sup>892</sup> “Varying regional standards of refugee definition procedures for determining refugee status and treatment of refugees may of course cause many problems, e.g. regarding interpretation and push factors, but they have the attractive advantage of regulating issues; unregulated matters are not in the interest of states, since they do not solve problems but rather create them. Thus, regional initiatives must be seen as a pragmatic alternative framework within which the needs of refugees might be addressed along humanitarian and human rights lines” (FISCHEL ANDRADE, J. H.: “Regional Policy Approaches and Harmonization: A Latin American Perspective”, en *IJRL*, vol. 10, núm 3, pág. 395).

<sup>893</sup> ARENAS HIDALGO, N.: *El sistema de protección temporal de desplazados*, cit., pág. 48.

### 3.1 La protección de flujos masivos en el continente Africano

Los desplazamientos masivos ocurridos en África en los años sesenta a consecuencia de los conflictos descolonizadores, impulsaron la ampliación del concepto de refugiado. Las llegadas masivas a las fronteras de los Estados de este continente aumentaron la preocupación y produjeron el avance del Derecho internacional de los refugiados. Así, en esta época y en este contexto fue preciso dejar de lado la concepción del otorgamiento de la protección internacional bajo el fundamento de la persecución individual, pues, debido a los conflictos internos que tenían lugar en gran parte de los Estados africanos, los refugiados individualmente determinados quedaron como una minoría frente a los grandes grupos de personas que huían de sus Estados de origen o residencia.

Entretanto, la redacción de la Convención de la OUA implicó un notable avance al desarrollar un concepto más amplio de refugiado y sistematizar la acogida temporal. De esta manera, la Convención Africana tiene un efecto declarativo en términos de interrelación entre costumbre y tratado, pues recoge una costumbre en relación con el deber del Estado de recibir al menos de forma temporal a las personas en su territorio.

Esta norma de acogida temporal se encuentra recogida en el artículo 2, apartado 5, de la Convención de la OUA y, aun cuando de su redacción se puede deducir que no hace mención expresa a la recepción de grupos de personas, el mero hecho de su existencia apareja un avance en lo que a obligaciones estatales se refiere. Además, en un análisis de contexto, es importante advertir que, al ampliar la definición de refugiado a personas que huyen de la violencia generalizada, conflictos armados y violación de derechos humanos, este instrumento precisa claramente que su redacción no está encaminada al establecimiento de una diferenciación entre refugiados *de facto* y refugiados convencionales.

En este orden de ideas, si se considera esta ampliación y se combina con la obligación absoluta de respecto a la prohibición de devolución redactada en el artículo 8 podría llegarse a afirmar que esa acogida temporal preconizada en la disposición antes descrita resulta aplicable a grupos, como se explicara con anterioridad.

Por tanto, la norma del artículo 2 apartado 5 de la Convención de la OUA representa una norma positiva aplicable a la protección de grupos de personas, y su inclusión en este instrumento permite establecer una obligación absoluta de no hacer, que se fundamenta en la no devolución y el no rechazo en frontera, y que debe de ser respetada por todos los Estados parte en la Convención<sup>894</sup>.

En consecuencia, esta disposición permite la acogida al menos temporal de las personas en el continente africano, lo cual resulta aplicable a grupos de personas en virtud de la obligatoriedad absoluta de no devolución, la obligación más importante en relación a la protección de las personas que se desplazan masivamente por la causas que caracterizan los desplazamientos en África<sup>895</sup>.

No obstante, a pesar del importante desarrollo normativo en términos de responsabilidades estatales, es preciso indicar que en África era común utilizar la determinación grupal y *prima facie* de refugiados, y se puede claramente asumir que la protección internacional otorgada en este continente era la que proporciona el estatuto de refugiado, por lo cual los estándares legales de protección eran más elevados que la mera acogida temporal, al menos en relación con los instrumentos jurídicos vigentes desarrollados aun cuando desde el punto de vista práctico no fuese así.

Así, podría afirmarse que la redacción de este instrumento ha tenido gran relevancia para el Derecho internacional de los refugiados, en primer lugar porque cristalizó una práctica de acogida temporal en territorio africano, y en segundo lugar porque dio inicio a la consideración de las causas objetivas en el Estado de origen como fuentes de afluencias masivas, marcando el inicio de un sistema de protección de refugiados donde se consideran principalmente las causas de las afluencias masivas,

---

<sup>894</sup> OLOKA, J.: “Plugging the Holes: Refugees, OUA Policy and the Practices of Member States”, en *USC Issue Brief*, Washington DC, October, 1986, pág. 34.

<sup>895</sup> Así se desprende del apartado 5 de la Convención: “Todo refugiado que no haya recibido la autorización de residir en ningún país de asilo podrá ser admitido temporalmente en el primer país de asilo en el que se haya presentado como refugiado, en espera de que se adopten las disposiciones para su reinstalación de conformidad con lo dispuesto en el párrafo anterior”.

tomando en consideración las condiciones objetivas del Estado de origen<sup>896</sup>, vinculando el otorgamiento de esta protección a razones principalmente humanitarias.

### 3.2. La gestión de los desplazamientos masivos en la Declaración de Cartagena

En sus disposiciones iniciales la Declaración de Cartagena cita a la Convención Africana como fundamento principal del concepto ampliado de refugiado. Así, con el mismo propósito de extender la protección para los refugiados *de facto*, la Declaración de Cartagena, aun cuando no posee naturaleza de instrumento jurídico vinculante, instó a los Estados centroamericanos que ofrecieran al menos una acogida territorial a los grupos de personas que huían de los conflictos internos de la región.

En este caso concreto, este llamamiento estaba fundamentado en la inexistencia de normativa aplicable a estos casos, pues los desplazamientos masivos en América Central no podían recibir protección de los instrumentos de asilo americanos, ya que los mismos estaban centrados en el asilo diplomático. Por tanto, la ampliación del concepto de refugio y la inclusión del respeto de los derechos humanos como estándares mínimos de protección representaba la única opción protectora que se podía solicitarse en aquel momento<sup>897</sup>.

A pesar de la discutida naturaleza y alcance de esta Declaración, es preciso indicar que los efectos de la Declaración de Cartagena pueden calificarse como positivos, pues la práctica estatal luego de la adopción de la misma estuvo encaminada a otorgar el reconocimiento *prima facie* y colectivo de las personas como refugiados<sup>898</sup>,

---

<sup>896</sup> RWELAMIRA, M.: “The 1969 OUA Convention on the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa”, en *IJRL*, vol. 1, 1989, págs. 557-558.

<sup>897</sup> El sistema regional de asilo en América Latina parecía más limitado y con garantías insuficientes en alcance y protección para proteger los retos que implicaban los flujos masivos (ARBOLEDA, E.: “The Refugee Definition in Africa and Latin America: The Lessons of Pragmatism”, en *IJRL*, vol. 3, núm. 2, 1991, pág. 189).

<sup>898</sup> GROS ESPIELL, H.: “La Declaración de Cartagena...”, cit., págs. 453-469, FISCHER ANDRADE, J.H.: “Regionalización y armonización del Derecho de los refugiados: una perspectiva latinoamericana”, en ACNUR: *Derechos Humanos y Refugiados en las Américas: Lecturas Seleccionadas*, ACNUR/IIDH, San José, 2001, pág. 94.



acogiendo a los grupos de personas no sobre una base provisional sino con el otorgamiento del estatuto de refugiado<sup>899</sup>.

Por tanto, se puede advertir que la Declaración de Cartagena estableció un conjunto de disposiciones relativas al tratamiento mínimo de refugiados que tomó en cuenta los preceptos de la Convención de 1951, el Protocolo de 1967, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR, haciendo especial referencia a la Conclusión No. 22, referida a la protección de solicitantes de asilo en situaciones de afluencia a gran escala, reconociendo la necesidad de protección en estos casos<sup>900</sup>. Así, esta Declaración ha sido reconocida como el punto inicial u origen a partir del cual, gracias a una práctica posterior, se ha formado una costumbre regional<sup>901</sup> en relación a la protección de personas en la región latinoamericana<sup>902</sup>, entre ellas la acogida temporal en casos de flujos masivos sobre la base del *non refoulement*<sup>903</sup>, a pesar de ciertas limitaciones<sup>904</sup>. Todo ello atendiendo a la

---

<sup>899</sup> Vid. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. *The Belize Refugees Act of 1991 in The Light of International Law*, ACNUR, ONU, 1991 y “Las repercusiones jurídicas de la Declaración de Cartagena en el concepto de refugiado”, Separata de la obra *Los derechos humanos en América Latina*. Valladolid: Editorial Cortes de Castilla y León, 1994, pág. 443-455.

<sup>900</sup> MONDELLI, J.: “La Declaración de Cartagena en el MERCOSUR, Bolivia y Chile”, en [www.acnur.org/biblioteca/pdf/3120.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3120.pdf), pág. 3.

<sup>901</sup> En este sentido, según afirma GROS ESPIELL, si bien esta Declaración no es un tratado con fuerza convencional, tiene su influencia en los estados latinoamericanos por vía consuetudinaria, por concurrir en ella un elemento material y uno psicológico. Este autor considera que, a pesar de que la Declaración de Cartagena no es un tratado internacional y que su validez jurídica es vaga y difusa, se ha convertido en fuente espontánea y atípica del Derecho internacional en materia de refugiados, constituyéndose en una costumbre de carácter regional (GROS ESPIELL, H.: “La Declaración de Cartagena como fuente del Derecho internacional de los refugiados”, en ACNUR: *10 años de la Declaración de Cartagena sobre refugiados*, San José de Costa Rica del 5 al 7 de diciembre de 1994, 1995, págS. 460-467).

<sup>902</sup> CANÇADO TRINDADE, A: “Derecho internacional de los Derechos humanos, Derecho internacional de los refugiados y Derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias”, en ACNUR: *Memoria del Coloquio: 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre refugiados*, San José, del 5 al 7 de diciembre de 1994, Costa Rica, 1995, pág. 99.

<sup>903</sup> “The granting of protection from the early 1980’s onwards to persons who did not qualify as refugees according to the 1951 Convention definition confirmed the generous secular tradition of Latin America countries. Technically, this was made possible by the humanitarian interpretation of the 1951 Convention based on the Final Act of the UN Conference of Plenipotentiaries, and by reason also of an interpretation inspired by the 1984 Cartagena Declaration. It is worth recalling the Recommendation E of the Final Act, in which the Conference”. (...) Unlike the development world, where the application of the 1951 Convention refugee definition is deemed by many inadequate, largely due to divergent, uneven and inconsistent interpretation, in Latin America we have witnessed a generalized and uniform application” (FISCHEL ANDRADE, J.H.: “Regional Policy Approaches and Harmonization...”, cit., pág. 404).

<sup>904</sup> “The harmonization of regional refugee approaches in Latin America is not an easy task, because of the distinct experiences and realities faced by Central and South American countries. These have resulted

práctica subsiguiente de los Estados al comportarse en el sentido que invoca las disposiciones contenidas en la Declaración y prueba de ello es que algunos de sus principios han sido incorporados en la legislación interna de diferentes Estados (por ejemplo, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México). En otras palabras, la importancia de esta Declaración se encuentra en el consenso existente sobre determinados principios y criterios, sirviendo desde esta perspectiva como guía a los Estados en el tratamiento de los problemas de los refugiados y las personas desplazadas y, si bien su contenido no es obligatorio, los Estados se apoyan en ella para otorgar una protección efectiva<sup>905</sup>.

En función de los objetivos de la Declaración de Cartagena, puede deducirse que la misma estaba dirigida a resaltar que las respuestas estatales deberían estar fundamentadas en razones de tipo humanitario, y que las mismas estarían enfocadas a la consecución de la paz y en la promoción de la acogida de personas que formaban parte de los flujos masivos, en orden de evitar crisis. En este marco de precisiones, este instrumento americano, incluyó además la obligación de no rechazo en frontera como la principal garantía contra la devolución. Por lo cual, puede llegar a concluirse que en esta Declaración se promueve un modelo de protección que establece la acogida territorial como paso inicial de la protección internacional<sup>906</sup> en los casos de grupos que se desplazan forzosamente.

Al respecto, es preciso resaltar que la obligación de otorgar protección temporal con base consuetudinaria ha surgido sólo en el marco de la Unión Europea, ya que, como ha podido observarse, en los otros dos escenarios en los cuales se han desarrollado modelos de protección para afluencias masivas no puede decirse que se haya promovido el otorgamiento de protección temporal, como forma de protección

---

in differing policies, regulations and practices. What is called for now is the exchange of information on applicable norms in each Latin American country and to establish whether progress in some countries reflects the general will of the region and is likely to last, as well as to debate whether Latin American countries are in fact able to apply the expanded definition of the 1984 Cartagena Declaration effectively, in the face of mass displacement of people from other regions. If so, the region could be proud of harmonizing its policy and norms at the highest existing standard" (FISCHEL ANDRADE, J.H.: "Regional Policy Approaches and Harmonization...", cit., pág. 397).

<sup>905</sup> TRIMARCO, T: "Refugiados y desplazados en América Latina y los mecanismos para su protección", Seminario Interamericano sobre protección de la persona en situaciones de emergencia, San José, 1996, pág. 146.

<sup>906</sup> ACNUR: *Situación de los refugiados en el mundo 1995...*, cit., pág. 23.

propriadamente dicha. En África y en América Latina, por el contrario se ha acogido a las personas que han huido en afluencias masivas, como refugiados, en virtud de la ampliación del concepto y la determinación *prima facie* y colectiva. No obstante, lo que es preciso resaltar, y de ahí la importancia del análisis en los ámbitos regionales, es que, en virtud de las situaciones fácticas, parece que se está desarrollando una práctica de acoger temporalmente, y es precisamente esto lo que ha sido fundamental para la protección colectiva.

Por tanto, con lo anterior no se quiere afirmar que exista una práctica de protección temporal, pues la misma conlleva una serie de derechos y prerrogativas que en estos ámbitos regionales depende del otorgamiento del estatuto de refugiado.

En consecuencia, puede hablarse de la existencia de una práctica de dar acogida temporal en África y América Latina, basada en motivos humanitarios, pues la acogida y la no devolución en estas regiones se entienden como meras garantías humanitarias. Así pues la obligación de otorgar acogida temporal en los ámbitos regionales no ha derivado en una obligación de otorgar protección temporal, como sí ha ocurrido en Europa, en el ámbito convencional y consuetudinario.

No obstante, en América del Sur ante la renuencia actual de no aplicar la definición ampliada de refugiado a los desplazamientos a gran escala que se están generando a causa del conflicto colombiano, podría pensarse que puede estar surgiendo la necesidad de impulsar el desarrollo de un régimen de protección temporal, pues a pesar de la importancia de la Declaración de Cartagena no puede afirmarse la existencia de una norma positiva que desarrolle un estatuto regional.

Al respecto, se puede apuntar que ahora, al igual que sucediera en las pasadas décadas, el principio de humanidad está suavizando el régimen de admisión y/o permanencia de extranjeros pues el mismo esta impulsando el surgimiento una preocupación respecto a la protección de flujos masivos en América del Sur<sup>907</sup>. Un

---

<sup>907</sup> No obstante, existen críticas generales respecto a la regionalización de los problemas. Según han manifestado ciertos autores la extensión de la definición de refugiado ha sido criticada como una reacción de los países industrializados y desarrollados del Norte, quienes prefieren regionalizar los problemas de desplazamientos masivos y de localizar la protección en esas regiones donde ocurren, para una mejor comprensión de estas opiniones puede consultarse GOODWIN-GILL, G.: "Refugees. The Functions and

ejemplo claro, es la legislación venezolana, que, además de incluir la acogida al menos temporal<sup>908</sup>, incluye la protección temporal como respuesta ante los flujos masivos de personas<sup>909</sup>.

#### **4. LOS ESFUERZOS INSTITUCIONALES PARA LA CREACIÓN DE UNA NORMA GENERAL DE ACOGIDA: EFECTO REFLEJO DE LA NO DEVOLUCIÓN**

A pesar de que en muchas ocasiones grupos de personas han sido rechazadas en las fronteras de varios Estados, cada vez con más frecuencia, y más aun desde las devastadoras consecuencias de las guerras mundiales, la sociedad internacional está menos dispuesta a aceptar el sufrimiento humano y se ha abocado a promover el respeto de los derechos humanos. En este contexto, paralelo a la consolidación de la protección de estos derechos y la evolución de la protección de los refugiados, surge la necesidad de proteger a las personas que se desplazan en afluencia masiva.

La Convención de 1951 sobre refugiados representa un conjunto de normas que pueden ser desarrolladas e incluso ampliados por los Estados en sus legislaciones internas. Sin embargo, la historia ha demostrado que cuando se presentan emergencias relacionadas con flujos masivos, la respuesta inmediata es la renuencia estatal a la aplicación de la Convención, lo cual ha generado un pragmatismo nada beneficioso para los necesitados de protección internacional.

Los desplazamientos masivos pueden considerarse causa y consecuencia de las violaciones de los derechos humanos<sup>910</sup>. Por tanto, al no existir normas generales para

---

Limits of the Existing Protection System”, NASH, A. (ed): *Human Rights and the Protection of Refugees in International Law*, Institute for Research on Public Policy, Halifax, Nova Scotia, 1988, págs. 149-182.

<sup>908</sup> Así lo expresa el artículo 33 de la LORA cuando afirma que “En situaciones de afluencia masiva, el Estado garantizará la admisión al territorio nacional y, en colaboración con los organismos internacionales, la asistencia humanitaria para satisfacer sus necesidades básicas, sin que en ningún caso alguna de estas personas sea devuelta”.

<sup>909</sup> Este régimen está desarrollado en el Capítulo VII de la LORA.

<sup>910</sup> “Las causas por las que se origina un éxodo masivo de refugiados tienen que ver con las condiciones en las que el ser humano puede llevar una existencia digna. Por ello, por lo que se refiere a la identificación de las normas transgredidas y de las obligaciones primarias vulneradas, son las que salvaguardan la dignidad humana” (RUIZ RUIZ, F.: “La creación de flujos masivos de refugiados y la

estos casos, su protección y la gestión de las necesidades que los mismos acarreen han de situarse en el marco de los derechos humanos. No sólo por cuestión de humanidad sino además por solidaridad, ya que las consecuencias de los flujos no sólo se perciben en el Estado o Estados de acogida sino que se convierten en un problema de índole internacional, que puede llegar a constituirse en amenaza para la paz y seguridad internacionales.

En la actualidad las violaciones de los derechos humanos representan una de las preocupaciones de la sociedad internacional, y ello ha conllevado un aumento de las funciones del Derecho internacional<sup>911</sup> y también el surgimiento de normas consuetudinarias que han intentado limitar las libertades soberanas del Estado en planos donde no ha existido acuerdo convencional, entre ellas el otorgamiento de protección en casos de desplazamientos masivos.

El Derecho internacional de forma progresiva se ha venido adecuando a las exigencias de la realidad social. En este contexto, ha definido ciertos “comportamientos de los Estados en orden a la satisfacción de intereses generales de la sociedad internacional en su conjunto, esto es, en función de la promoción y realización del bien común universal”<sup>912</sup>. De esta manera, además de las funciones básicas de coexistencia, mediante la cual se garantizan las relaciones pacíficas entre los Estados, y las de cooperación destinada a crear y reforzar la solidaridad internacional, el Derecho internacional contemporáneo no sólo tiene la función de “promoción y desarrollo”, sino además reviste un carácter “humanista y social” como consecuencia de su interés por la proclamación y protección de los derechos humanos, instaurando los mecanismos procesales necesarios para su tutela<sup>913</sup>.

En este ámbito, la internacionalización de los derechos humanos está en íntima conexión con la protección internacional de las personas que huyen de sus Estados de

---

responsabilidad del Estado de origen”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (ed.): *La Revitalización de la protección de los refugiados*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2002, pág. 302).

<sup>911</sup> PASTOR RIDRUEJO, J.: *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., pág. 90.

<sup>912</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: *El derecho internacional en perspectiva histórica*, Madrid, pág. 193.

<sup>913</sup> ACOSTA ESTÉVEZ, J.: “La internacionalización de los derechos humanos...”, cit., pág. 18

origen y de residencia y ha propiciado el surgimiento y desarrollo de sistemas de protección sobre la base del principio de la dignidad del ser humano<sup>914</sup>.

En consecuencia, al no existir voluntad política respecto a la aplicabilidad de las normas de la Convención de 1951 en relación a la protección colectiva, el Derecho internacional de los derechos humanos ha servido como fundamento jurídico y ha promovido el otorgamiento de la acogida protectora en estos casos, a través de la exigencia del respeto de la no devolución.

El rechazo del otorgamiento del estatuto de refugiado como forma de protección internacional en forma de refugio ha tenido pues como consecuencia la evolución de la acogida temporal como norma mínima aplicable en estos casos, fundamentada en la norma consuetudinaria de no devolución<sup>915</sup>, arrojando así un claro ejemplo de que una norma convencional puede generar una norma consuetudinaria, como se explicara con anterioridad.

De esta manera, cuando se está en presencia de personas que huyen masivamente, lo común es y ha sido otorgarles acogida territorial como medida inicial, pues representa una respuesta inmediata en salvaguarda de la dignidad humana de las personas que huyen en flujos masivos, cuando no se puede identificar el temor a la persecución para protegerles como refugiados.

La promoción de la acogida de las personas como una norma de carácter obligatorio es obra del ACNUR. A este respecto, se ha reconocido que este principio ha

---

<sup>914</sup> Los derechos implícitos en la noción de dignidad humana son aquellos necesarios e imprescindibles para la existencia de actividades y relaciones entre los individuos (ROUGIER, A.: “La théorie de l’intervention d’humanité”, en *RGDIP* 1910, vol.13, pag. 494. En este mismo orden de ideas los derechos deducidos de la noción Humana como les denomina PETIT DE GABRIEL, son “estos derechos del individuo, caracterizados por ser derechos anteriores a la existencia del propio Estado, son al mismo tiempo el contenido de normas de una muy especial naturaleza”, además agrega que muchos autores aceptan la existencia de derechos humanos fundamentales, innatos y absolutos, cuya violación es contraria al Derecho internacional. Así, “estos Derechos del individuo, caracterizados por ser derechos anteriores a la existencia del propio Estado, son al mismo tiempo el contenido de normas de una muy especial naturaleza. Vid. PETIT DE GABRIEL, E.: *Las exigencias de humanidad en el Derecho internacional tradicional (1789-1939)*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 104.

<sup>915</sup> Desde la vertiente práctica, el ACNUR ha reafirmado la importancia de su reconocimiento como principio del Derecho internacional consuetudinario. Vid. Resumen de *Conclusiones sobre el principio de no devolución...*, cit., párr. 1. En igual sentido: GOODWIN-GILL, G.: *The Refugee...*, cit., págs. 97-100.

resultado el motor de la evolución del Derecho internacional de los refugiados y se ha convertido en el estímulo determinante para la conformación de la obligación de acogida temporal pues en palabras de FORGET, “el principio de no devolución se aplica independientemente de cualquier otro procedimiento formal para la determinación del estatuto de refugiado”<sup>916</sup> y además se debe respetar independientemente de la duración de la protección o la calidad de la misma en el territorio de un Estado.

En este orden de ideas, la acogida temporal ha encontrado en la prohibición de la no devolución su fundamento jurídico. Esto lleva a ARENAS HIDALGO a considerar “la existencia de una obligación general de todo Estado de permitir la entrada y, al menos, el refugio temporal en caso de ser aplicable el principio de no devolución a los casos de desplazamientos a gran escala”<sup>917</sup>.

Al respecto, es importante precisar que, a pesar de la importancia de la prohibición de devolución, no podría hablarse de la formación de un derecho subjetivo de la persona a ser admitido en un Estado bajo la protección que da el asilo, pues existen excepciones establecidas y su práctica radica principalmente en la aceptación de una entrada en el territorio, o sea una admisión temporal<sup>918</sup>, la cual ha estado fundamentada en la protección por razones humanitarias tendentes a la protección de los derechos humanos.

En consecuencia, si bien un Estado no puede de forma legítima negarse a dar acogida a un grupo de personas que llegue a la frontera, también es cierto que no está obligado a otorgar una protección completa como la del asilo. Por tanto, lo que resulta

---

<sup>916</sup> FORGET, J.C.: “Régimen jurídico internacional del asilo y del refugio”, en MARIÑO MENÉNDEZ y OTROS: *Derecho de extranjería...*, cit., pág. 535.

<sup>917</sup> ARENAS HIDALGO, N.: “El sistema europeo de protección temporal...”, cit., pág. 749, quien apoya su opinión en: LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D.: *The scope and...*, cit, párrs. 4-5.

<sup>918</sup> “Se trata de dar una protección inmediata a todas las personas afectadas a través de un dispositivo temporal que confirma la obligación de acogida que derivaría del principio de *non refoulement*, pues ya hemos apuntado que estos colectivos pueden ser refugiados o acreedores de la protección subsidiaria y les sería éste aplicable, de igual forma”. El principio de no devolución aunque la Convención de Ginebra no resulte directamente aplicable a los flujos masivos, es la base jurídica de la acogida temporal debida a esos colectivos porque debe otorgarles al menos una acogida de carácter temporal (ARENAS HIDALGO, N.: “El sistema europeo de protección temporal...”, cit., pág. 755).

evidente es que el elemento del no rechazo en frontera determina una medida protectora que está complementada por los derechos de las personas, porque en definitiva se debe procurar la no devolución. Así, en caso de que no se pueda proteger a estos grupos en el territorio de un Estado, se podría buscar un tercer Estado o brindarle protección temporal, si no es elegible como refugiado<sup>919</sup>.

De esta manera, la prohibición de devolución promueve la obligación de otorgar al menos la acogida temporal, pues una vez que las personas son protegidas temporalmente, las mismas tienen un estándar de trato mínimo en respeto a su dignidad. Esta situación hace evidente que el efecto reflejo de la prohibición de devolución ha servido para reconocer el surgimiento de una práctica de acogida protectora en caso de afluencia masiva<sup>920</sup> y que, en el caso específico de la Europa comunitaria, ha impulsado además la conformación de una obligación de otorgar protección temporal en casos de afluencias masivas calificadas.

---

<sup>919</sup> “Given the complexities of UNHCR’s task in providing international protection, one of the major issues confronting the Office is the adequacy of the available tools of protection, in particular the legal tools. The papers point to examples of the strengths and limitation of international legal instruments to cover those in need of protection, and suggest how they could be improved”....“In Africa, for example, the instruments have adequately covered situations of mass influx caused by armed conflict as they have, for the most part, been applied in the generous spirit in which their provisions were conceived. In some European countries, on the other hand, restrictive interpretations of the 1951 Convention by States and inconsistencies in interpretation have led to the exclusion of persons in need of international protection, including many refugees fleeing the massive violations of human rights involved in internal conflict. Whilst in practise States have offered some form of protection to victims in such circumstances, at times the protection offered has been inconsistent and subject to the goodwill of States” (FRANCO, L.: “Legal issues arising from recent UNHCR operations: Introduction, en GOWLLAND-DEBBAS, V.: *The problem of refugees in the light of contemporary international law issues*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1996, pág. 5).

<sup>920</sup> A este respecto, es preciso recordar que en la Conferencia de Plenipotenciarios de la Convención de 1951, Alemania, Bélgica, Italia, Estados Bajos o Suiza se manifestaron en contra de la aplicación del artículo 33 a los flujos masivos (ROBINSON, N.: *Convention Relating to the Status of Refugees. It’s History, Contents and Interpretation, A Commentary by Nehemiah Robinson, Institute of Jewish Affairs*, New York, 1953, pág. 163). Por tanto, se ha afirmado que la obligación consuetudinaria parece asentarse en las Instituciones y en la doctrina y sobre la base individual. LAUTERPACHT y BETHLEHEM afirman que los trabajos preparatorios y las circunstancias de adopción de la Convención pierden relevancia cuando hay una distancia en el tiempo, por tanto la negociación y la letra del Convenio deberían de ser interpretados con el cuidado que requiere un instrumento que esta llamado a aplicarse en circunstancias tan diferentes como las actuales. Para una análisis de la importante jurisprudencia sobre la cual fundamenta esta idea puede consultarse LAUTERPACHT, E.; BETHLEHEM, D.: *The scope...*, cit., págs. 154-157. Por tanto ellos son partidarios de la aplicación de la prohibición de devolución en caso de éxodos masivos de población aunque no se refieren al carácter jurídico de la norma de acogida temporal propuesta.



Al no poder llegarse a afirmar la consolidación de una obligación general de protección temporal en el resto del planeta, es preciso indicar que, una vez en el territorio de un Estado, la protección de las personas en casos de afluencia masiva debe ser dispensada por los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, en especial aquellos derechos inherentes a la persona<sup>921</sup>. Concretamente aquellos proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos: el artículo 3 (“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad, y a la seguridad de su persona”), artículo 4 (“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”), artículo 5 (“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”), artículo 6 (“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica), artículo 7 (“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra la discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”).

Por tanto, aun cuando no se desarrolle un régimen convencional, la protección de las personas que ingresan en afluencia masiva a un Estado no debe limitarse a los estándares de protección promulgados por el ACNUR, en sus conclusiones del EXCOM, sino que además debe ser complementada por los instrumentos de derechos humanos. Dicha acción deriva de la obligación establecida en las normas internacionales que obligan a prevenir las violaciones de derechos fundamentales de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción o control<sup>922</sup>.

Por consiguiente, en la medida en que la acogida protectora se adentra en el asilo que se otorga a una persona en el territorio de un Estados se convierte en un mecanismo

---

<sup>921</sup> Dicha afirmación se fundamenta en la noción de dignidad humana proclama en la Carta de las Naciones Unidas, en cuanto los derechos humanos son el significado jurídico de esta noción. Al respecto, CARRILLO SALCEDO, J.: “Refugiados y solidaridad internacional”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coord): *Refugiados: Derecho y Solidaridad*, Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994, pág. 182.

<sup>922</sup> El asilo tiene un carácter multiprotector. Se trata de una institución que protege simultáneamente varios derechos fundamentales de la persona (MARÍÑO MENÉNDEZ, F.: “La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional...”, cit., pág. 466).

de protección de los derechos humanos<sup>923</sup>, que como tal establece ciertos límites a las facultades soberanas de los Estados de acogida y recepción de personas en su territorio.

El Derecho internacional de los derechos humanos refuerza las obligaciones de los Estados respecto a las personas con necesidades de protección; por tanto los acogidos temporalmente, no sólo tienen los derechos que se les deben respetar en su Estado de origen, sino también en los Estados de acogida. La persona ya no puede ser considerada como un simple objeto del orden internacional, debido al principio generalmente aceptado de la dignidad de la persona humana<sup>924</sup>.

Sin embargo, a pesar de que ha sido práctica reiterada el hecho de que los Estados acogen al menos de forma temporal a las personas en sus territorios, es claro que los Estados se resisten a otorgarle al asilo la cualidad de derecho humano fundamental, lo cual impide que se forme una norma general de Derecho internacional protectora del derecho al asilo<sup>925</sup>, dificultando enormemente la gestión de los desplazamientos masivos de personas.

Así que ante afluencias masivas siempre se espera que un Estado reconozca *prima facie* y colectivamente a las personas que huyan como consecuencia de los conflictos armados, violencia generalizada o conflictos armados. No obstante, si no lo hace, debe por lo menos otorgarle acogida temporal, mientras se busca una solución para todos.

---

<sup>923</sup> Según afirma MARIÑO MENÉNDEZ esta noción presenta tres elementos: “i) La necesidad de ser protegido “internacionalmente” en que se encuentra el extranjero; ii) Que la protección conlleve el traspaso de fronteras internacionales y por lo tanto el traslado de la persona o personas al territorio de un tercer Estado; y iii) La acogida misma en el territorio extranjero de modo permanente y provisional, en igualdad de trato con los nacionales o con los extranjeros o, en cualquier caso, siempre respetuosa con los derechos humanos de los acogidos” (MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “La singularidad del asilo territorial...”, cit., pág. 471).

<sup>924</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: “Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo, Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, pág. 178.

<sup>925</sup> Esto quiere decir que en el plano del Derecho internacional no existe ninguna obligación del Estado asilante a concederlo, porque dependerá de su libre discrecionalidad política. GARCIA MACHO, R.: “El derecho de asilo y del refugiado en la Constitución española”, en *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Madrid, Civitas, 1991, pág. 770.

Es preciso dejar claro que la obligación positiva respecto a la protección temporal sólo existe en el ámbito europeo, por lo que no puede hablarse de que exista una obligación de carácter general que el resto de la sociedad internacional pues como se ha visto no existe ni práctica ni *opinio iuris* para sustentar esta tesis. Por lo cual, en la práctica de los Estados, fuera de la Unión Europea, existe un pre-estatuto porque no ha existido *opinio iuris* respecto a este tipo de protección en el resto del mundo, ya que la consideran como una medida cautelar que se utiliza bajo solicitud del ACNUR y no bajo la convicción jurídica de ser obligatoria.

De forma general, puede advertirse que la protección colectiva ha encontrado su fundamento en una ampliación de la protección de los que se desplazan forzosamente hacia el campo de los derechos humanos y por tanto la motivación de su otorgamiento reposa en consideraciones de tipo humanitario, las cuales progresivamente han tomados tintes normativos y por tanto obligatorios desde el punto de vista tanto consuetudinario como convencional, en términos de acogida territorial y protección temporal.

Desde el punto de la acogida territorial en el marco consuetudinario, podría hablarse del otorgamiento de la acogida protectora, la cual desde el comienzo de la formación del Derecho de los refugiados ha sido la respuesta constante de la protección internacional. Así, permitir la entrada en el territorio de un Estado a determinados grupos fue una práctica reiterada desde principios de los años veinte del siglo pasado cuando armenios, sirios, asirio-caldeos huían en busca de protección. Pero en este caso la norma consuetudinaria es de acogida temporal y no de protección temporal.

## **PARTE TERCERA**

### **LA PROTECCIÓN TEMPORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO**

#### **CAPÍTULO I**

#### **LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS EN EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL Y EN EL RÉGIMEN JURÍDICO VENEZOLANO**

Sumario: Planteamiento de la cuestión.- 1. La ausencia de la protección de refugiados en Venezuela: 1.1.El asilo como una garantía ciudadana; 1.2. El asilo como derecho político; 1.3. La complejidad del dualismo asilo-refugio.- 2. La protección de los refugiados en la dinámica precedente al desarrollo de la legislación interna: 2.1. La Declaración de Cartagena y la protección de las afluencias masivas; 2.2. La recepción de las obligaciones previstas en el Protocolo de 1967 en el ordenamiento interno; 2.3. La constitucionalización del derecho al refugio en Venezuela.- 3. La desprotección de las afluencias masivas en Venezuela: 3.1. El desplazamiento masivo de colombianos; 3.2. La inobservancia de las obligaciones asumidas en relación a la protección de los refugiados.-4. La necesaria inclusión de una regulación jurídica para la gestión de afluencias masivas en el ordenamiento interno.

#### **PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

A finales del siglo XIX las persecuciones generadas tras las luchas independentistas en las colonias americanas promovieron la redacción de instrumentos jurídicos destinados a proteger a los disidentes políticos en América Latina. En este ámbito, el concepto de asilo comenzó a concretarse como una protección que el Estado otorgaba a los perseguidos cuando lo consideraba necesario. Para mediados del siglo XIX, los flujos de personas eran escasos y las personas que querían salir o aquellas que se veían obligadas a huir de sus países de origen eran recibidas en los países vecinos con facilidad, debido a que la mayoría tenía leyes flexibles de inmigración. Ya para finales del siglo XIX se comenzó a desarrollar el asilo como medida de protección para aquellos que se enfrentaban en la lucha por el cambio del orden político y que no podían regresar a sus países de origen por esta razón.

En este período, el asilo, como protección otorgada por el estado receptor, representaba una medida de salvaguarda que, en esta región, se limitaba a proteger a aquellos que huían por motivos exclusivamente políticos. En Venezuela la Constitución de la República reconoce desde 1947 el derecho de asilo como una garantía ciudadana, y como una protección individual. Con el paso del tiempo, la Constitución de la República de 1961 lo consagró como un derecho político.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, Venezuela de manera progresiva ha ido asumiendo una serie de compromisos relativos a la protección de las personas establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana, Convención Interamericana. No obstante, la protección suministrada por el Estado estaba enfocada al otorgamiento del asilo político y por tanto, el mismo era una concesión graciosa del Estado y no aparejaba ninguna obligación estatal.

Así, la legislación venezolana, manteniendo el acervo de la tradición de asilo latinoamericano, limitaba la protección que otorgaba el asilo a los dirigentes políticos, sindicales u otras personalidades, dejando de lado el asilo tal y como es considerado en el resto de continentes. Por tanto, hasta finales del siglo XX el asilo no estaba destinado a proteger a las personas o grupos de personas que huían con fundados temores de persecución, como sí ocurría en Europa en aquella época.

A mediados de los años ochenta, los distintos grupos de personas provenientes de países del sur y de Centroamérica pusieron en evidencia una serie de causas de huidas no previstas en los instrumentos latinoamericanos, lo cual desafió el otorgamiento del asilo e impulsó el desarrollo de las obligaciones relativas a la protección de los refugiados en la región y también en Venezuela. Así, durante los conflictos centroamericanos, los Estados que no tenían cómo hacer frente a esta contingencia decidieron reunirse para establecer una estrategia de acción conjunta. El resultado fue la Declaración de Cartagena, que se redactó para solventar las nuevas causas que generaban desprotección y la gestión de afluencias masivas en la región.

El desarrollo normativo de la protección de los refugiados en la América Latina, estuvo también motivado por el agravamiento del conflicto colombiano, que se desarrolla en ese país desde mediados del siglo XX. En los últimos cuarenta años, este

conflicto entre el Estado y los grupos insurgentes ha entrado en una dinámica compleja, difícil de tipificar y por tanto de controlar. Dicho agravamiento ha generado desplazamientos masivos hacia países vecinos, lo cual ha alterado la dinámica de desplazamientos a cuenta gotas o individuales que el desplazamiento forzado ha tenido desde los inicios del conflicto.

Este capítulo, estructurado en cuatro apartados, tiene como objetivo analizar las obligaciones internacionales que el Estado venezolano había asumido con anterioridad a la redacción de la legislación interna sobre protección de los refugiados y los antecedentes que promovieron la inclusión de la protección de las afluencias masivas en dicha normativa interna.

En este orden de cosas, el capítulo se inicia con el análisis de la ausencia de una protección general de los refugiados en el ordenamiento jurídico interno, pues debido a la tradición de asilo latinoamericano la legislación venezolana sólo contemplaba el otorgamiento del asilo a ciertas personalidades políticas.

Con posterioridad se aborda la problemática surgida debido a la existencia de instrumentos inadecuados para gestionar los desplazamientos forzosos. En este orden de ideas, se hace especial referencia a los acuerdos establecidos para gestionar los flujos masivos provenientes de Centroamérica, en donde se resalta la importancia de la Declaración de Cartagena y de la ratificación del Protocolo de 1967 por parte del Estado venezolano.

A partir de estos antecedentes, se comienza con un análisis en el cual se puntualizan las circunstancias que han dado origen al desarrollo normativo de la protección internacional en Venezuela, principalmente en caso de afluencias masivas, explicando que el escalamiento del conflicto colombiano se ha convertido en la causa principal de estos desplazamientos. En este contexto, se ofrece además una visión en conjunto de lo que fue la gestión de los desplazamientos masivos antes de la promulgación de la L.O.R.R.A. Como punto final, se resaltan las circunstancias que dieron paso al desarrollo de un régimen jurídico de protección de los refugiados y la necesidad de inclusión de protección de las afluencias masivas por ser una situación frecuente, ocasionada por el agravamiento del conflicto colombiano.

De manera general, este capítulo pretende estudiar la protección de los refugiados en el ordenamiento jurídico venezolano, además de elaborar una breve reseña de la diferencia entre el asilo y el refugio, que, si bien, no es objetivo de esta investigación, servirá para explicar la complejidad de este dualismo aún presente en América Latina. Por tanto, este examen previo introducirá un marco general necesario para precisar el alcance y contenido de las obligaciones estatales asumidas por Venezuela con anterioridad al desarrollo de la legislación interna, todo ello con vistas a ofrecer, en un contexto legal amplio, y que con fundamento en las características obtenidas del sistema universal, los rasgos de la protección de los refugiados en Venezuela.

## **1. LA AUSENCIA DE LA PROTECCIÓN DE REFUGIADOS EN VENEZUELA**

Las luchas independentistas en América Latina produjeron intensas persecuciones y por tanto se promovieron distintos instrumentos jurídicos para asegurar la protección de los perseguidos. En las primeras décadas del siglo XIX el concepto de asilo y el principio de no extradición de los delincuentes políticos comenzaron a concretarse en función de la protección que la soberanía estatal podía o, tal vez, debía acordar o ejercer para proteger a estas personas<sup>926</sup>.

A mediados del siglo XIX, los flujos de personas que se movilizaban entre los países latinoamericanos eran relativamente escasos. La mayoría de los países se encontraban despoblados a causa de las guerras de independencia y, por tanto, se mostraban receptivos con los extranjeros. Como prueba de esta afirmación puede citarse la Ley de Inmigración venezolana del 13 de junio de 1865 que prescribía que:

“los inmigrados obtendrán desde su arribo carta de naturaleza, sin necesidad de los requisitos que para la conveniencia de salir al encuentro de dificultades, se facilite hasta donde cabe”

De esta manera, todos los inmigrantes llegados a Venezuela y los hijos que fuesen menores de edad al tiempo de su llegada que manifestaban su voluntad de ser venezolanos

---

<sup>926</sup> Al respecto, GARRETÓN, R.: “Principio de no devolución: Fuerza Normativa, alcances, aplicación en los países no partes en la Convención”, en ACNUR: *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, San José, del 5 al 7 de diciembre de 1994, Costa Rica, 1995, pág. 216.

y que jurasen fidelidad a la Constitución y demás leyes de la República, se convertían en venezolanos y se les protegía como tales.

Así, debido a la flexibilidad que caracterizaba las leyes de inmigración en Venezuela en esta época, el asilo como protección a los perseguidos no tuvo desarrollo, ya que la mayoría de las personas que ingresaban en el territorio se convertían en nacionales. Por tanto, la facilidad con que se concedía la ciudadanía permitió que en Venezuela se otorgara la asimilación como solución a los flujos de extranjeros<sup>927</sup>.

### **1.1. El asilo como una garantía ciudadana**

A finales del siglo XIX y como resultado de las frecuentes luchas armadas dirigidas a cambiar el orden político que siguieron a los procesos independentistas, se inicia el desarrollo del derecho de asilo. De esta manera, cuando la denegación de la extradición para delincuentes políticos se hizo frecuente, se hizo necesaria la creación de instrumentos tendentes a la protección de las personas que no tenían temor de volver a sus países. En este contexto fue redactado el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo (1889), en el que se establecieron obligaciones estatales<sup>928</sup>. Este Tratado carece de antecedentes convencionales en la región y su sistematización fue sugerida por los juristas latinoamericanos Andrés Bello y Carlos Calvo. Las obligaciones que se establecen en este instrumento ya se encontraban prácticamente en desuso en Europa y en Estados Unidos<sup>929</sup>.

Tomando en consideración este antecedente, es posible afirmar que desde entonces el otorgamiento del asilo en América Latina se ha limitado a proteger a aquellos que huían por motivos exclusivamente políticos. El asilo evolucionó desde el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889 y alcanzó su máxima

---

<sup>927</sup> PROVEA: *El Derecho al Asilo: Marco Teórico-Metodológico Básico*, Serie Aportes No. 8, Caracas, 2004, págs. 9-12.

<sup>928</sup> GARRETÓN, R.: “Principio de no devolución: Fuerza Normativa, alcances...”, cit., pág. 215.

<sup>929</sup> RUIZ DE SANTIAGO, J.: “Relación entre el asilo y el refugio” en FRAIDENRAIJ, S. (ed.): *La protección jurídica internacional de la persona humana y el problema de los indocumentados*, Seminario realizado en La Paz, Bolivia, del 12 al 15 de Noviembre de 1990, ACNUR-Zavalija, Buenos Aires, 1991, pág. 122.



evolución en los Convenios de Caracas de 1954 sobre asilo territorial y sobre asilo diplomático, y con la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (San José de Costa Rica). Sin embargo, entre estos instrumentos antes mencionados se elaboraron las Convenciones sobre Asilo de 1928 (La Habana) y sobre Asilo político de 1933 (Montevideo), el Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos de 1939 (Montevideo), el Tratado de Derecho Penal Internacional de 1940 (Montevideo), los cuales sirvieron para desarrollar y concretar el uso del asilo en la región.

A pesar de haber ratificado la Convención sobre Asilo (La Habana) de 1928 el 20 de febrero de 1928, en Venezuela no fue sino hasta 1947 cuando la Constitución de la República reconoce el derecho de asilo como una de las garantías del ciudadano. El artículo 33 de dicho instrumento jurídico señalaba que:

“La nación reconoce el asilo por motivos políticos, con las solas limitaciones que establezcan las leyes, los principios del Derecho internacional y los Tratados Públicos”

Por tanto, hasta esta fecha, la concesión del asilo diplomático se consideraba no como un derecho, sino como un acto humanitario que estaba limitado por los convenios de extradición<sup>930</sup>. La justificación de esta respuesta del Estado se encuentra en motivaciones históricas que incidieron en la doctrina venezolana, pues para ésta época era frecuente que los Estados otorgaran asilo a los extranjeros<sup>931</sup>, más no permitían que sus nacionales pidieran protección en las embajadas de países extranjeros<sup>932</sup>.

Es preciso destacar que el asilo diplomático ha tenido una práctica más reiterada en América Latina<sup>933</sup>. La práctica del asilo para las personas que huían fue conocida

---

<sup>930</sup> TORRES GIGENA, C.: *Asilo Diplomático: Su práctica y su Teoría*, Buenos Aires, 1960, pág. 36.

<sup>931</sup> Para estudiar los casos en que Venezuela ha otorgado asilo diplomático puede consultarse MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES: *Memorias de 1946*, MRE, Caracas, 1947, pág.45.

<sup>932</sup> A finales de 1948 Rómulo Betancourt solicitó asilo en la Embajada de Colombia en Caracas: El gobierno de Venezuela en respuesta a la solicitud de salvoconducto emitida por el embajador colombiano, negó el otorgamiento del mismo. Ante esta situación los gobiernos de Chile y Guatemala elevaron una nota de protesta ante la OEA, lo cual permitió que el salvoconducto se entregara el 22 de enero de 1949. Vid. PLANAS SUÁREZ, S.: *El asilo diplomático*, Buenos Aires, La Ley, 1953, pág. 56.

<sup>933</sup> “L’asile accordé aux réfugiés politiques dans les hôtels des missions diplomatiques est une institution tombée en désuétude dans la plupart des pays. Elle subsiste dans ceux de l’Amérique latine où l’extrême instabilité gouvernementale et la violence des passions politiques lui ont gardé une raison d’être et

como un fenómeno que afectaba de manera exclusiva a dirigentes políticos, sindicales o personalidades de la cultura, sin que se conocieran situaciones de grupos de personas que huyeran colectivamente y solicitaran protección en los países de la región.

Por tanto, para los Estados latinoamericanos el término “asilado” se refiere a la protección de la que disfruta un individuo y que resulta de la aplicación de cualquiera de los instrumentos latinoamericanos antes mencionados o de las legislaciones locales pertinentes<sup>934</sup>. Así, la protección que se otorga en el marco del asilo es individual y su otorgamiento depende de forma exclusiva de la voluntad del Estado que recibe al perseguido político<sup>935</sup>, pues su objetivo más que proteger a las personas está dirigido a regular las relaciones entre los Estados<sup>936</sup>.

---

multiplié ses applications” (DE VISSCHER, Ch.: *Théories et réalités en droit international public*, Pédone, París, 1970, págs. 233-234).

<sup>934</sup> FRANCO, L.; SANTIESTEVAN, J.: “La contribución del proceso de Cartagena al desarrollo del derecho internacional de refugiados en América Latina”, en ACNUR: *Memorias del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004)*, págs. 82-83.

<sup>935</sup> “El problema del fundamento del rechazo del asilo no fue visualizado como tal sino hacia finales de la etapa evolutiva del sistema latinoamericano de asilo, que concluyó con las Convenciones de Caracas de 1954 sobre asilo diplomático y sobre asilo territorial y que coincide, aproximadamente, en cuanto a la época, con el comienzo de la preocupación por la protección de los derechos humanos a nivel internacional y por el ascenso de la persona humana a niveles progresivos de personalidad en el Derecho internacional” (SAN JUAN, C.; MANLY, M.: “Informe General de la Investigación”, en FRANCO, L.: *El Asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo “asilo y refugio” a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos*, ACNUR, San José de Costa Rica, 2004, pág. 55).

<sup>936</sup> La Convención de Caracas de 1954, sobre asilo diplomático, representa el régimen que sistematiza esta práctica. De esta manera, este instrumento regional expresa los principios que rigen el asilo diplomático: a) el asilo es un derecho del Estado acreditante; b) el asilo únicamente puede concederse a personas perseguidas por motivos políticos y corresponde al Estado acreditante la calificación de la naturaleza del delito o de los motivos de la persecución; c) el asilo se concederá en los locales de la legación, buques o aeronaves de guerra y los campamentos militares, pero no en los locales consulares; d) el asilo sólo se concederá en situaciones de urgencia, entendiéndose por tales, entre otros, aquellos en que el individuo sea perseguido por personas o multitudes que hayan escapado del control de las autoridades, o por las autoridades mismas, así como cuando se encuentre en peligro de ser privado de su vida o de su libertad por razones de persecución política o no pueda, sin riesgo, ponerse de otra manera en seguridad; e) la concesión del asilo debe ser comunicada por el Estado acreditante al Estado receptor; y f) el Estado acreditante debe solicitar el salvoconducto para el asilado y, además, puede solicitar que el Estado receptor le garantice por escrito garantías al respecto. Venezuela ratificó la Convención sobre Asilo Territorial (Caracas) de 1954 y la Convención sobre Asilo Diplomático (Caracas) de 1954 el 15 de diciembre de 1954.

## 1.2. El asilo como derecho político

La Constitución venezolana de 1961 consagraba en el artículo 116 el derecho de asilo como un derecho político de la siguiente manera:

“La República reconoce el asilo a favor de cualquier persona que sea objeto de persecución o se halle en peligro, por motivos políticos, en las condiciones y con los requisitos establecidos por las leyes y las normas del derecho internacional.”

No obstante, es preciso destacar que en virtud de la cláusula enunciativa prevista en el artículo 50 de ese texto constitucional<sup>937</sup>, el asilo como derecho humano tal y como había sido establecido en el artículo 14.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>938</sup> también formaba parte del ordenamiento jurídico. Así que como obligación del Estado venezolano, el asilo debía ser garantizado por las autoridades del Poder Ejecutivo. Empero, es preciso destacar que a pesar de que su inclusión en el ordenamiento interno venezolano, el otorgamiento de asilo, en esta época, estuvo principalmente enfocado en el otorgamiento de asilo político y, por tanto, era considerado como una concesión graciosa del Estado y no como una obligación en función de la protección de la persona, limitando pues su entendimiento al asilo diplomático y no al asilo en el marco de la protección de los derechos humanos.

El asilo en el marco de la protección de los derechos humanos no posee una regulación jurídica que permita ordenar su aplicación; por tanto, muchos Estados de la región limitaban su aplicación como institución protectora debido a la dificultad que generaba la inexistencia de la definición de persecución señalada el artículo 14 de la Declaración Universal como la causa del otorgamiento del mismo. No obstante, en algunas oportunidades en Venezuela el concepto fue interpretado por exclusión, considerando como persecución todo aquello que no provenía de acciones judiciales originadas por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las

---

<sup>937</sup> Art. 50 de la derogada Constitución de 1961 de la República de Venezuela expresa que: “La enunciación de derechos y garantías contenidas en esta constitución no debe entenderse como la negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

<sup>938</sup> Art 14.1 “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

Naciones Unidas<sup>939</sup>, logrando así proteger a las personas pero sin reconocer la existencia de una obligación estatal.

En el Informe sobre la Situación de los Refugiados Políticos en las Américas de 1965, la Comisión Interamericana<sup>940</sup> explicó que hasta el año 1960 los perseguidos políticos se trasladaban con facilidad por los países vecinos, los cuales les concedían asilo diplomático debido, entre otros factores, a la larga práctica llevada a cabo en la región<sup>941</sup>. En este mismo informe la Comisión Interamericana explica que la naturaleza de los problemas que enfrentaba la región cambiaron de manera radical debido al éxodo de los cubanos que comenzaron a huir de ese país en 1959, situación que desafió los supuestos de hecho que habían motivado el otorgamiento de asilo hasta el momento<sup>942</sup>.

En este orden de ideas, a partir de los años sesenta las personas que buscaban protección en América Latina eran el producto, ya no de una persecución política selectiva, sino principalmente de la falta de estabilidad democrática y de la precariedad

---

<sup>939</sup> PROVEA: *El Derecho al Asilo...*, cit., pág. 13.

<sup>940</sup> La Comisión es uno de los órganos principales de la OEA, incorporada a la estructura básica de esta organización a través del artículo 106 de Carta de la OEA: “Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”. En virtud de su competencia de proteger y promover los derechos humanos en América, la CIDH desde inicios de los sesenta, en cumplimiento de su mandato de emitir recomendaciones a los Estados ha realizado informes sobre la situación de los derechos humanos de los refugiados, apátridas y solicitantes de asilo en las Américas. De igual manera, ha utilizado los diferentes mecanismos que tiene a su disposición para promover el respeto y la protección de los derechos de estos grupos humanos particularmente vulnerables. Para un análisis del tema PULIDO, M; BLANCHARD, M: “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y sus mecanismos de protección aplicados a la situación de los refugiados, apátridas y solicitantes de asilo”, en FRANCO, L.: *El Asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina...*, cit., págs. 185-207. En relación a sus funciones puede consultarse FAÚNDEZ LEDESMA, H.: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, IIDH, San José, 1999, págs. 130-136. Para un análisis del sistema americano CAICEDO CASTILLA, J.: *El Derecho internacional en el sistema interamericano*, Cultura Hispánica, Madrid, 1970.

<sup>941</sup> OEA: “La situación de los Refugiados en América” Informe preparado por la Secretaria de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.11, Doc.7, pág. 3.

<sup>942</sup> En el informe de la Comisión Americana de 1965 se enumeraron los problemas a los que se enfrentaban los países y que afectaban a todos aquellos que buscaban protección: “1) la falta de legislación interna que reconozca y defina adecuadamente la situación de los refugiados; 2) la inexistencia de una convención americana que contemple los derechos de los refugiados; 3) la falta de un organismo dentro del Sistema Interamericano que asista a los refugiados; y 4) los problemas económicos agravados por la prohibición de trabajar”(OEA: “La situación de los Refugiados en América”..., cit., pág. 8).

económica de muchos de los países de la región, lo cual comenzó a generar desplazamientos masivos de personas. De manera concreta, la situación de los cubanos y de los exiliados de Haití, Paraguay, Bolivia, República Dominicana, Nicaragua y Honduras se convirtió en un reto para los países, los cuales no tenían desarrolladas legislaciones para proteger este tipo de situaciones y, por tanto, no tenían instrumentos jurídicos adecuados para aceptar a estas personas en sus territorios<sup>943</sup>.

Como puede deducirse de lo antes expuesto, la afluencia masiva de los cubanos en 1959 marcó un punto de inflexión e incidió en la capacidad de recepción de los países, dificultando la integración de estos grupos de personas en los Estados de acogida. En este caso, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad, los que necesitaban protección no eran líderes políticos sino grandes grupos de personas sin recursos económicos y con necesidades básicas por cubrir. Fue precisamente esta circunstancia la que produjo un cambio sustancial en la percepción del desplazamiento forzado en América Latina y generó un debate en torno a la necesidad de adecuación normativa de los instrumentos de protección.

Así la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, que se reunió en Río de Janeiro en 1965, recomendó al Comité Jurídico Interamericano la preparación de un Proyecto de Convención sobre Refugiados. El instrumento interamericano propuesto<sup>944</sup> finalmente no llegó a adoptarse, pero, en cambio, los Estados comenzaron un proceso creciente de ratificaciones de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967<sup>945</sup>.

---

<sup>943</sup> Para 1961 sólo cuatro Estados latinoamericanos eran parte de la Convención de 1951: Ecuador, el 17 de agosto de 1955; Brasil, el 16 de noviembre de 1960; Colombia, el 10 de octubre de 1961 y Argentina, el 15 de noviembre de 1961; Chile, se incorporó el 28 de enero de 1972. Sólo Colombia ratificó la Convención de 1951 sin reserva geográfica. El Comité Jurídico Interamericano señaló que la Convención de 1951 “constituye un considerable adelanto en la materia”. Sin embargo, afirmó que “debido a que su campo de acción está limitado en el espacio y en el tiempo, por las motivaciones fácticas que condicionaron su adopción, no es posible extenderla sin las debidas adaptaciones al ámbito americano (...)”, y agregó que hasta entonces “sólo cinco países americanos han ratificado dicho instrumento por lo cual sus normas no son aplicables en todos los del sistema interamericano” *Vid. Conclusiones del Comité Jurídico Interamericano*, Documentos Oficiales, Vol. IX, 1989, San José, pág. 338.

<sup>944</sup> Este instrumento es el anteproyecto de Convención Americana sobre refugiados elaborado por el Comité Jurídico Interamericano en 1966, en el cual se pretendía elaborar directrices para la protección de las nuevas situaciones de desplazamientos en la región, caracterizadas principalmente por los flujos masivos. Este anteproyecto está disponible en [www.acnur.org/biblioteca/pdf/2934.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2934.pdf).

<sup>945</sup> SAN JUAN, C.; MANLY, M.: “Informe General de la Investigación”, cit., pág. 28.

La falta de aplicabilidad y desarrollo de la institución de asilo *strictu sensu* en la región latinoamericana es producto de la inobservancia de las disposiciones inscritas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada por la IX Conferencia Internacional Americana en mayo de 1948, pues los Estados han asumido la importancia del derecho a buscar y a recibir asilo.

Debido a la dicotomía preexistente en la región, en la década de los años setenta, la capacidad del sistema americano volvió a verse limitada debido a su incapacidad de aportar soluciones viables a los problemas que afectaban a las personas que huían de la represión y los gobiernos dictatoriales en los países del cono sur y a las necesidades de protección que se originaron en aquella época de crisis democrática.

Una vez más, las respuestas estatales ante esta situación de desplazamiento forzado estuvieron dirigidas a aplicar los instrumentos de asilo diplomático y muchos Estados ampliaron sus legislaciones para recibir a las personas como inmigrantes<sup>946</sup>. Así, argentinos, chilenos y uruguayos que se vieron obligados a abandonar sus países debido a las violaciones sistemáticas de sus derechos humanos fueron protegidos principalmente como asilados políticos<sup>947</sup>.

No obstante, a diferencia de lo que ocurriera con el caso de los cubanos en 1958, el ACNUR, ante las dificultades de protección de las personas y a falta de un régimen jurídico aplicable para la protección de las personas perseguidas, promovió un plan de reasentamiento en territorio de otros Estados, principalmente Estados europeos.

### **1.3. La complejidad del dualismo asilo-refugio**

Respecto a la definición de asilo, DÍEZ DE VELASCO afirma que “por asilo - generalmente llamado derecho de asilo- se entiende la protección que un Estado ofrece

---

<sup>946</sup> Una evaluación sobre las actividades llevadas a cabo para la protección de estas personas provenientes del Cono Sur fue realizada en el Coloquio sobre cuestiones de refugiados patrocinado por el ACNUR, y puede consultarse en *Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina*, Coloquio de México, 11-15 de mayo 1981, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, pág. 121.

<sup>947</sup> Solo Chile había ratificado la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, el 28 de enero de 1972.

a personas que no son nacionales suyos y cuya vida o libertad están en peligro por actos, amenazas o persecuciones de la Autoridades de otro Estado o incluso por personas o multitudes que hayan escapado al control de dichas autoridades”<sup>948</sup>.

Así, en el ámbito jurídico el asilo *strictu sensu* hace referencia a la protección que un Estado otorga discrecionalmente<sup>949</sup>, tanto en su territorio como en otro lugar bajo su jurisdicción, a los nacionales de otro Estado. De esta manera, esta institución de protección es sinónimo de acogida en el territorio del Estado receptor o en las dependencias sujetas a la jurisdicción del mismo.

Empero, por distintas circunstancias históricas, doctrinales e incluso casuísticas el uso de ese término asilo no ha sido uniforme en el marco del Derecho internacional, pues en regiones como América Latina al hablar de asilo, se hace referencia al asilo diplomático otorgado a perseguidos políticos y en Europa la utilización del término asilo se encuentra limitado a la protección que se concede a los refugiados. Por tanto, no es posible afirmar que exista una interpretación coherente y única del asilo a nivel del Derecho internacional general, pues la práctica estatal y la doctrina parecen no haber coincidido en este tema en particular.

El asilo como institución de protección propiamente dicha, tiene dos manifestaciones: el asilo territorial y el asilo diplomático. Sobre esta distinción ha señalado PASTOR RIDRUEJO que “(...) [una] y otra figura persiguen en último análisis la misma finalidad, que es la protección que dispensa un Estado a una persona no nacional que es objeto de persecución en virtud de motivos políticos o ideológicos por las autoridades de otro Estado”<sup>950</sup>. En este orden de ideas, es importante destacar que esta afirmación permite determinar la existencia de un objetivo común, o sea una acción de base que presenta dos expresiones: el territorial y el diplomático, pero que

---

<sup>948</sup> DÍEZ DE VELASCO, M (dir.): *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 559.

<sup>949</sup> En el *Asunto Derecho de asilo*, el TIJ señaló que el derecho de asilo no implica sino “el normal ejercicio de la soberanía territorial y no precisa de otra justificación” (CIJ, Recueil 1950, pág. 274). Por tanto, puede decirse que el Estado no tiene obligación de otorgarlo.

<sup>950</sup> PASTOR RIDRUEJO, J.: *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2003, pág.232.

revela una institución única de protección que depende de la decisión del Estado receptor: el asilo *stricto sensu*.

El asilo diplomático<sup>951</sup> consiste en la protección que un Estado concede a una persona no nacional, que es perseguida por razones políticas o ideológicas, mediante su acogida en los referidos locales y la posterior solicitud de un salvoconducto o permiso de paso por el Estado receptor, cuyas autoridades son las perseguidoras, para que la persona asilada pueda abandonar su territorio<sup>952</sup>. En relación a esta institución de protección, es preciso advertir que la práctica de la misma se ha llevado a cabo principalmente en el continente americano, por lo cual se ha dicho que no puede considerarse como una institución de Derecho internacional general<sup>953</sup>.

Al hablar de asilo territorial se hace referencia a la protección que otorga un Estado en su territorio a una persona que no es nacional y que es perseguida por razones políticas o ideológicas<sup>954</sup>. De manera formal, el asilo territorial ha sido definido como “aquella protección que un Estado presta en su territorio al acoger en el mismo a determinadas personas que llegan a él perseguidas por motivos políticos y cuya vida o libertad se encuentran en peligro en el Estado de procedencia”<sup>955</sup>. Al respecto, se ha afirmado que el asilo territorial representa la forma general de asilo en el sentido del Derecho internacional, pues otras maneras de asilo aparecen en la actualidad como

---

<sup>951</sup> En el *Asunto del derecho de asilo*, el TIJ señaló que, " La decisión de otorgar el asilo diplomático comporta una derogación a la soberanía de este Estado que sustrae al delincuente a la justicia de dicho Estado y constituye una intervención en un ámbito de la competencia exclusiva del estado territorial", CIJ, *Recueil* 1950, pág. 320 y ss.

<sup>952</sup> PASTOR RIDRUEJO, J: *Curso de Derecho internacional público...*, cit., pág. 262.

<sup>953</sup> UNIVERSIDAD DE LANÚS: “El asilo y la protección de los refugiados en América Latina”, en ACNUR: *Derechos humanos y refugiados en la Américas: Lecturas seleccionadas*, San José de Costa Rica, ACNUR, agosto 2001, pág. 177.

<sup>954</sup> CREPEAU, F.: *Droit d’asile, de l’hospitalité aux controles migratoires*, Editions Bruylant, Editions de l’Université de Bruxelles, 1995; LÓPEZ GARRIDO, D.: *El Derecho de Asilo*, Editorial Trotta, Ministerio de Asuntos Sociales. Instituto Nacional de Servicios Sociales, Madrid, 1991; ZOLLER, E.: *Le Droit D’asile*, 1989, Centre d’Etude et de Recherche de Droit International et de Relations Internationales, Académie de Droit International de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1990.

<sup>955</sup> Díez de Velasco, M (dir.): *Instituciones de Derecho Internacional Público...*, cit., pág. 559.



secundarias<sup>956</sup>. No obstante, QUEL LOPEZ, advierte que “la institución del asilo territorial en tanto que procedimiento individualizado para acceder a una protección permanente y estable de personas que deben abandonar su país de origen o de residencia se encuentra en una encrucijada de incierto resultado”<sup>957</sup>.

Por tanto, si bien las distintas expresiones de asilo son entendidas y utilizadas de manera divergente y limitada, bien es cierto que no son inexistentes, pues ambas continúan siendo aplicadas en mayor o menor medida y asumidas por ordenamientos internos, por lo cual, para evitar confusiones que puedan significar la creación de estándares mínimos de protección de la persona, sería importante referirse a cada una de estas instituciones de manera concreta citando la expresión que más se ajuste a la expresión del asilo aplicable. Por tanto, esto significa que se reconoce el tronco común que es el derecho de asilo, del cual también pueden ser beneficiarios los refugiados.

En el artículo 1.1 de la Declaración *sobre el asilo territorial*, de 14 de diciembre de 1967, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2312 (XXII), se especifica que el asilo territorial concedido por un Estado es una manifestación de su soberanía y no una limitación de dicha soberanía. Por tanto, al reconocerse el refugio como una especie de asilo territorial se llega a la conclusión de que el asilo es un derecho del Estado concedido en el ejercicio de su soberanía<sup>958</sup>. Por lo cual, los Estados otorgan el asilo a las personas que lo soliciten en las circunstancias y con las condiciones que su propio ordenamiento jurídico dispone.

En América Latina, el asilo territorial y el asilo diplomático se han resumido en una sola institución, y por tanto su utilización se ha vinculado a la protección de personas que han cometido presuntos delitos políticos y que necesitan protección. Bien es cierto que la práctica de asilo diplomático o político como se reconoce en las

---

<sup>956</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “El asilo y sus modalidades en Derecho internacional”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.): *Derecho de Extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asunto Exteriores Sociales/INSERSO, Madrid, 1995, pág. 507.

<sup>957</sup> QUEL LÓPEZ, J: *El acceso a la protección de los solicitantes de asilo (incluido el concepto de tercer país seguro y movimientos irregulares)*, en “La revitalización de la protección de los refugiados”, Huelva, 2002, pág. 179.

<sup>958</sup> LEE, L.: “Progressive Development of Refugee Law and Its Codification”, en PATHAK, R.S.; DHOKALIA, R.P.: *International Law in Transition*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992, pág. 99.

legislaciones regionales, se ha llevado a cabo principalmente en las misiones diplomáticas de los Estados quienes acogen a los perseguidos y posteriormente solicitan un salvoconducto para sacarlos del país en donde se les persigue; también es cierto que dicha institución de protección posee una larga tradición en este continente. Sin embargo, esta supuesta separación y autonomía de la práctica de este “asilo diplomático”, ha hecho que el concepto de asilo que existe en el ámbito de la protección de los derechos humanos no encuentre símil en el marco de la legislación regional, pues al hablarse de asilo se confunde este con la protección otorgada por los instrumentos jurídicos que recogen la tradición histórica latinoamericana.

Por tanto en este contexto, el término refugio es el utilizado para describir la protección que se suministra en función de la obligaciones asumidas por los instrumentos convencionales de protección de los refugiados. Es por eso que las legislaciones de protección internacional de las personas en el continente americano continúan diferenciando el asilo del estatuto de refugiado. Esta situación de incertidumbre persiste debido a la falta de normativa internacional general relativa al asilo *stricto sensu*, lo cual intensifica la distinción de estas manifestaciones del asilo y genera confusiones a la hora de determinar las obligaciones estatales respecto a los perseguidos<sup>959</sup>.

Así, si bien se considera al asilo y al estatuto de refugiado como instituciones protectoras de la persona humana enfrentada al terrible hecho de la persecución, existen diferencias entre el asilo en Latinoamérica y el estatuto de refugiado, derivadas de su naturaleza y aplicabilidad<sup>960</sup>, que caracterizan la distinción existente en la región

---

<sup>959</sup> Es importante señalar que en libro ACNUR: “Asilo y Refugio. Diferencias y Similitudes”, folleto informativo de la Oficina Regional para el Sur de América Latina, de 6 de mayo de 1998, se confunden ambas instituciones y se establecen diferentes troncos comunes que han agravado notablemente la consideración del asilo y del refugio en América Latina.

<sup>960</sup> Para un análisis de las diferencias entre asilado y refugiado: RUIZ DE SANTIAGO, J.: “Consideraciones generales acerca del Derecho internacional de los refugiados”, en *Jornadas sobre los sistemas internacionales de protección jurídica de la persona humana*, Coloquio de Buenos Aires, septiembre de 1990, Buenos Aires, CICR/IIDH/ACNUR/Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 1991, págs. 94-95. Ciertos autores, sostienen que una de las causas por la cuales ha persistido la confusión terminológica de asilo y refugio en América Latina se debe a la influencia de la Ley española 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de asilo y de la condición de refugiado (SAN JUAN, C.; MANLY, M.: “Informe General de la Investigación”, cit., pág. 28). No obstante, España modificó su legislación en 1994 mediante la Ley 9/1994, que eliminó la figura del “refugio”, lo cual no ha supuesto hasta la fecha, un cambio significativo en las legislaciones latinoamericanas, pues incluso las

latinoamericana<sup>961</sup>. Por tanto, “[s]e ha consagrado en la región un marcado dualismo, merced al establecimiento de una separación clara y tajante entre el “asilo” y el “refugio” en tanto figuras independientes entre las cuales no existe punto de contacto”<sup>962</sup>.

De la anterior explicación puede deducirse que el problema principal que lleva a esta distinción es que en esta región parece haberse omitido el tronco común que reconoce al asilo como la protección que se otorga al perseguido<sup>963</sup>. Por tanto, la verdadera distinción que debería plantearse en los ordenamientos internos de los Estados de la región es sobre el asilo territorial y el asilo diplomático, porque, en palabras de GROS ESPIELL constituye un error concebir el sistema latinoamericano “como un sistema<sup>964</sup> autónomo, distinto, hermético y ajeno al Derecho internacional que existe respecto a la materia”<sup>965</sup>. La separación del asilo y del refugio no puede continuar promoviéndose, pues si bien como instituciones de protección poseen naturalezas

---

nuevas legislaciones como la venezolana Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas, de 3 de octubre de 2001, aun mantienen dicha diferenciación.

<sup>961</sup> DE MAEKELT, T.: “Instrumentos regionales en materia de asilo. Asilo territorial y extradición. La cuestión de los refugiados ante las posibilidades de una nueva codificación interamericana”, en *Asilo y protección de refugiados en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1981, págs. 25-30; GROS ESPIELL, H.: “El Derecho Internacional Americano sobre asilo territorial y la extradición, en sus relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, en *Compilación de Instrumentos Jurídicos Interamericanos relativos al asilo diplomático, asilo territorial, extradición y temas conexos*, ACNUR, San José de Costa Rica, 1992, págs. 35-42.

<sup>962</sup> SAN JUAN, C.; MANLY, M.: “Informe General de la Investigación”, cit., pág. 28.

<sup>963</sup> Entre las principales causas de la confusión terminológica se han señalado: “a) la consideración de la tradición de asilo latinoamericano como un fenómeno autónomo; b) el uso terminológico indistinto que se hace de “asilo” y “refugio” en la normativa latinoamericana sobre asilo territorial y asilo diplomático; c) el desprestigio creciente de la práctica del asilo latinoamericano por concesiones que favorecen la impunidad, y la consiguiente percepción de la necesidad de diferenciarla del sistema universal; d) la conveniencia de políticas oficiales de mantener un régimen discrecional de concesión del asilo; e) los nuevos fenómenos de refugiados latinoamericanos de las décadas de 1970 y de 1980 y su diferenciación social, económica y política respecto de los tradicionales asilados políticos; f) la influencia de la legislación española que hacía la distinción entre “asilo” y “refugio” y; g) ciertas iniciativas en materia de capacitación y difusión llevadas a cabo por funcionarios del ACNUR en América del Sur, que denominaron “refugio” al sistema universal de protección de refugiados”.

<sup>964</sup> SAN JUAN, C.; MANLY, M.: “Informe General de la Investigación”, cit., pág. 67.

<sup>965</sup> GROS ESPIELL, H.: “El Derecho internacional americano sobre asilo territorial y la extradición, en sus relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de refugiados” en *Compilación de instrumentos jurídicos interamericanos relativos al asilo diplomático, asilo territorial, extradición y temas conexos*, ACNUR, CIUDAD, 1992, pág.59.

distintas, las mismas no poseen contenidos históricos y jurídicos independientes que fundamenten tal distinción<sup>966</sup>.

La mayoría de los Estados argumentan que no es posible equiparar la protección de aquellas personas que piden asilo diplomático y los que huyen por salvaguardar sus vidas y solicitan que se les conceda el estatuto de refugiado. Esta distinción es producto de la consideración del derecho de asilo latinoamericano como un derecho interestatal cuyo objetivo principal está destinado a solventar las cuestiones que pudieran suscitarse entre el Estado que otorga asilo de conformidad con su normativa interna y aquel Estado que persigue al asilado.

## **2. LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS EN LA DINÁMICA PRECEDENTE AL DESARROLLO DE LA LEGISLACIÓN INTERNA**

En el contexto de la protección debida a los refugiados, es preciso señalar que la protección de las personas que huyen de su país de origen debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, ha surgido a principios del siglo XX. El desarrollo normativo de la Convención de 1951 tuvo su fundamento en la búsqueda de soluciones para las situaciones que generaban persecución en el ámbito Europeo; no obstante, en la misma no se regula el asilo<sup>967</sup>.

---

<sup>966</sup> La complementariedad y la convergencia de los instrumentos de derecho humanos y de refugiados en los planos regionales no parece ser discutible. Así ha sido afirmado por los entonces jueces de la Corte Americana de Derechos Humanos PIZA ESCALANTE y CISNEROS SÁNCHEZ: “en el ámbito del sistema americano, debe entenderse que sus principios y normas incorporan los del sistema universal y, por lo tanto, que los principios y normas del derecho de los refugiados de las Naciones Unidas forman parte también de dicho sistema interamericano” (PIZA ESCALANTE, R.; CISNEROS SÁNCHEZ, M.: “Algunas ideas sobre la incorporación del Derecho de Asilo y Refugio del Sistema Interamericano de Derecho Humanos” en *Asilo y Protección Internacional de refugiados en América Latina*, Universidad Autónoma de México, UNAM, México, 1982, pág. 110).

<sup>967</sup> “En efecto, la Convención y el Protocolo de Nueva York sólo se refieren al reconocimiento de la noción de refugiado e ignoran la de asilo territorial, esto es, el derecho a permanecer en el territorio de un Estado al objeto de beneficiarse de la protección de éste. Y, en consecuencia, no contemplan otros supuestos en los que, al amparo del Derecho internacional de los Derechos humanos, pueden los interesados beneficiarse de algún tipo de protección internacional, es decir, de alguna forma de asilo *lato sensu*” (PELÁEZ MARÓN, J. M.: “La Unión Europea y los refugiados: Entre la obligación y el recelo ¿Freno o impulso para la protección de los refugiados?”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.): *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva, Huelva, 2002, pág. 36).

Los grandes desplazamientos masivos generados como consecuencia de la Segunda Guerra mundial se convirtieron en grandes retos para los Estados que se vieron obligados a recibirlos. Por tanto, la Convención de 1951 se limitó a establecer un ámbito territorial e incluso temporal para abordar esta situación de desarraigo que se vivía, considerándola como una situación pasajera.

En un principio los países del continente americano consideraron que la Convención de 1951 tenía validez fundamentalmente para los refugiados europeos de manera que, al adherirse a la misma, la mayoría solía conservar la “reserva geográfica”<sup>968</sup>. Sobre este particular, Venezuela consideró que los problemas de persecución podían hallar adecuada solución en los instrumentos elaborados en la propia región, haciendo del asilo la respuesta típica a las situaciones en que se tenía que proteger a un perseguido<sup>969</sup>.

La Convención de 1951 es considerada el marco normativo internacional en el cual se encuentran establecidos estándares mínimos de protección de los refugiados. Con la adhesión y la ratificación de la Convención, los Estados Parte se comprometen a respetar, hacer cumplir y vigilar la protección de los refugiados en su territorio<sup>970</sup>. En dicho instrumento se atribuye a los Estados Parte la obligación de desarrollar las medidas para la implementación, disfrute y goce del derecho del refugio de conformidad con su legislación interna. Por tanto, los términos sobre los cuales se

---

<sup>968</sup> Entre 1951 y 1967, los países latinoamericanos que ratificaron la Convención de 1951 fueron: “Ecuador el 7 de agosto de 1955, Brasil el 16 de noviembre de 1960, Colombia el 10 de octubre de 1961, Argentina el 15 de noviembre de 1961 y Perú el 21 de diciembre de 1984. Sólo Colombia ratificó la Convención sin reserva geográfica; Ecuador y Perú levantaron la reserva geográfica el 1 de febrero de 1972 y el 8 de diciembre de 1980, respectivamente; Argentina lo hizo el 23 de octubre de 1984 y Brasil lo llevó a cabo el 19 de diciembre de 1989” (FRANCO, L.: “Problemas en la protección de los refugiados en América Latina”, en *Anuario Jurídico Interamericano*, OEA, Washington, 1983, pág. 10).

<sup>969</sup> RUIZ DE SANTIAGO, J.: “Relación entre el asilo y el refugio”, en FRAIDENRAIJ, S. (ed.): *La protección jurídica internacional de la persona humana y el problema de los indocumentados*, Seminario realizado en La Paz, Bolivia, del 12 al 15 de Noviembre de 1990, ACNUR-Zavalija, Buenos Aires, 1991, pág. 124

<sup>970</sup> La Convención de 1951 se adoptó principalmente para regular la cuestión del estatuto de refugiado en las legislaciones internas del Estado. *Vid.* COLES, G.J.L.: “Temporary Refuge and the Large-Scale Influx of Refugees”, paper submitted to the *UNHCR Meeting of the Expert Group on Temporary Refuge in Situations of Large-Scale Influx*, Geneva, Apr. 21-24, 1981, EC/SCP/16/Add.1, July 17, 1981, pág. 15.

establecen los regímenes de protección de los refugiados y las legislaciones varían de un país a otro<sup>971</sup>.

## **2.1 La Declaración de Cartagena y la protección de las afluencias masivas**

En el Informe Anual 1980-1981 la Comisión Interamericana, después de más de 15 años sin tratar el tema de la protección internacional, hizo referencia en un apartado al fenómeno de los refugiados. En esta oportunidad, retomó la discusión planteada en el informe temático de 1965 sobre la necesidad de establecer mecanismos adecuados para que los órganos de la OEA, en particular la propia Comisión Americana, formulen medidas adecuadas para la asistencia y protección de refugiados.

Ante la falta de recepción de las recomendaciones hechas en el Informe de 1980-1981, la Comisión Interamericana analizó en el Informe 1981-1982 los factores que durante la década de los setenta e inicios de los ochenta determinaron la modificación del otorgamiento del asilo político. Entre tales factores mencionó los siguientes: a) el número cada vez mayor de las personas que necesitan asilo; b) el cambio de sectores sociales que requieren asilo (de dirigentes políticos a grandes grupos vulnerables debido a las condiciones de violencia, así como a la militancia en sectores políticos y a la falta de educación y entrenamiento, formación, capacitación laboral); c) la falta de legislación interna adecuada; d) las condiciones de pobreza de los países receptores; y e) el temor de los países receptores por razones de seguridad nacional.

En este informe pretendía promover la adecuación de la normativa existente en orden a superar las dificultades que generaba la protección de las personas que se desplazaban forzosamente a consecuencia de los conflictos armados internos que tenían lugar en Centroamérica, los cuales representaban un importante reto para los Estados de la región y para la Comunidad internacional en general. Así, entre las recomendaciones formuladas por la Comisión en este informe se destacan: a) que la OEA reafirme la

---

<sup>971</sup>“Como la cuestión no está regulada expresamente por la Convención de 1951, los procedimientos adoptados por los Estados partes en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 varían considerablemente” (ACNUR: *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados*, Ginebra, 1992, párr. 191).

obligación de los Estados de reconocer y respetar el principio de no-devolución; b) reafirmar el carácter humanitario, apolítico, de la concesión del asilo; c) ratificar los instrumentos internacionales de protección; c) ampliar la definición de refugiado; c) cooperar con el ACNUR.

En el ámbito latinoamericano coexisten, por un lado, el sistema latinoamericano sobre asilo diplomático y territorial<sup>972</sup> y, por el otro, el sistema universal de protección de refugiados. Esta distinción ha generado y continúa generando dificultades a la hora de determinar las obligaciones estatales. De hecho, cuando el problema de las afluencias masivas se presentó durante la crisis de refugiados de América Central, los ordenamientos internos de los Estados no tenían disposiciones aplicables a la protección de los refugiados<sup>973</sup>, pues eran pocos los que formaba parte de los instrumentos convencionales de protección de los mismos; no obstante podría haber asumido la protección de los grupos de personas con la aplicación de los instrumentos de Derechos humanos.

En el marco de la protección de los derechos humanos, el artículo 14.1 de la Declaración Universal<sup>974</sup>, de 10 de diciembre de 1948, proclama que "en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país". En el ámbito latinoamericano la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 afirma en su artículo XXVII el derecho de toda persona a buscar y recibir asilo como derecho humano.

---

<sup>972</sup> Tratado de Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1889); Convención sobre Asilo (La Habana, 1928); Convención sobre Asilo Político (Montevideo, 1933); Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos (Montevideo, 1939); Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1940); Convención sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954); Convención sobre Asilo Diplomático (Caracas, 1954).

<sup>973</sup> El principal problema que tenía el sistema de asilo es el poder absoluto del Estado de aceptar o no a una persona en el territorio sin ningún tipo de limitación. Además los Estados centroamericanos y México no habían ratificado los instrumentos sobre la protección de los refugiados de refugiados, por lo cual no existía un marco normativo común para dar respuesta a los desplazamientos masivos y las violaciones de los derechos humanos. *Vid.* GROS ESPIELL, H.: "El Derecho internacional americano sobre asilo territorial y extradición en sus relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados" en *Asilo y protección internacional de los refugiados en América Latina*, México, UNAM, 1982, págs. 71-73.

<sup>974</sup> MARÍÑO MENENDEZ, F: "Article 14", en ANUE: *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Barcelona, s/f, pág. 241 y ss.

En igual sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>975</sup> establece una disposición positiva que reconoce el asilo como derecho humano. De esta manera, aun cuando en el Derecho internacional general el derecho de asilo no posee una regulación positiva, la protección que el mismo suministra a las personas perseguidas en América Latina no depende de la voluntad de los Estados, pues su concesión se considera como un derecho sustantivo<sup>976</sup>. En este sentido, el artículo 22.7 de la Convención Americana expresa que:

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

No obstante, a pesar de la existencia de la disposición antes mencionada<sup>977</sup>, en la década de los ochenta los desplazamientos masivos generados por la crisis de América Central desbordaron la capacidad de los Estados receptores y se convirtieron en un verdadero reto para la protección internacional.

---

<sup>975</sup> “Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 2/82. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículos 74 y 75), Serie A: Fallos y Opiniones, núm. 2, 24 de septiembre de 1982, párr. 29. Por tanto, la Convención debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo “su efecto útil”. Así lo ha reiterado la Corte en el Caso Velásquez Rodríguez, Serie C: Resoluciones y Sentencias, núm. 1, Excepciones Preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párr. 30; Corte IDH, Caso Cayara, Serie C: Resoluciones y Sentencias, núm. 14, Excepciones Preliminares, sentencia del 3 de febrero de 1993, párr. 37.

<sup>976</sup> En el Plan de Acción de la Conferencia Internacional sobre refugiados en América Central se reiteró la vigencia de la institución del asilo como derecho humano en la región. *Vid. Declaración y Plan de Acción concertado de la Conferencia Internacional sobre refugiados en América Central* (CIREFCA), Guatemala, 1989, texto en CIREFCA/89/14, párr. 5).

<sup>977</sup> El artículo 29 b consagra en la Convención el principio *pro homine*. Este principio ha sido aplicado por la Corte IDH en el siguiente sentido: “Si a una misma situación le son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce” (CORTE IDH, Opinión consultiva, OC 5/85, Solicitada por el gobierno de Costa Rica, *La colegiación obligatoria de los periodistas* (artículo 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A: Fallos y Opiniones, núm.5, 13 de noviembre de 1985, párr. 52.



Desde el punto de vista jurídico, es preciso resaltar que los Estados coincidieron en que el régimen de asilo existente en la región latinoamericana poseía lagunas que impedían la resolución de los problemas que se presentaban, principalmente porque la aplicación del asilo estaba enfocada casi a favorecer a personalidades políticas y se caracterizaba por ser otorgada de manera individual a aquel que lo solicitaba<sup>978</sup>.

No obstante, es preciso indicar que se reconocieron grupal y *prima facie* como refugiadas a las personas que se desplazaban masivamente. Por tanto, los Estados asumieron *de facto* los estándares mínimos de protección previstos en la Convención y del Protocolo de 1967, ya que no se verificó de manera formal el reconocimiento de la condición de refugiado. Así, a pesar de la precariedad jurídica que caracterizaba la protección de los refugiados, puede afirmarse que en este caso en particular se respetó la prohibición de devolución y los estándares de protección que se deben a los refugiados.

El resultado de la crisis de los refugiados centroamericanos fue la ampliación de la definición de refugiado a través de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984<sup>979</sup>. La adopción de esta definición ampliada tenía por finalidad permitir que más personas quedaran incluidas dentro de la protección que se brinda a los refugiados<sup>980</sup>.

---

<sup>978</sup> “Aunque los problemas que impulsaron el desarrollo del sistema latinoamericano de asilo estaban estrechamente vinculados al arreglo de las relaciones bilaterales entre los Estados, el asilo nunca fue problemático sólo desde ese punto de vista. El otro problema suscitado en el contexto del otorgamiento de asilo y que se inserta más en el núcleo de los intereses del Derecho internacional contemporáneo es la cuestión del fundamento para el rechazo de tales solicitudes por las autoridades de un Estado, y por ello por la exigencia ineludible de acatar el principio de no discriminación que forma parte de la estructura básica de los derechos humanos” (SAN JUAN, C.; MANLY, M.: “Informe General de la Investigación”, cit., pág. 28).

<sup>979</sup> La regionalización es vista de buena manera por el ACNUR, porque son iniciativas regionales para la solución de los problemas del desplazamiento masivo. Renegociación o reformulación de los instrumentos de protección regional de los refugiados. Vid. CREPEAU, F.: *Droit d’asile...*, cit., pág. 92; HATHAWAY, J.C; NEVE, A.: “Making International Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 10, 1997, págs. 157-169 y SHUCK, P.: “Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal”, en *Yale Journal of International Law*, vol. 22, 1997, pág. 243 y ss. Son soluciones innovador y creativo para la garantía de la protección. Respecto a la Declaración de Cartagena puede consultarse Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR sobre los refugiados Centroamericanos y la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, Conclusión 37 (XXXVI), 36º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1985 y más recientemente *Documento de discusión sobre la situación de los refugiados en América Latina: protección y soluciones bajo el enfoque pragmático de la Declaración de Cartagena sobre los refugiados de 1984*, Doc. interno, agosto de 2004, en [www.acnur.org/biblioteca/pdf/2906.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2906.pdf), pág. 9).

<sup>980</sup> En este sentido la primera parte de la Tercera Conclusión de la Declaración de Cartagena reitera que: “(...) en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en

Por tanto no fue redactada con el propósito de crear categorías subsidiarias o complementarias que restaran efectividad a la protección desarrollada por la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967<sup>981</sup>.

Con la redacción de la Declaración de Cartagena en la década de los ochenta, surgió en América Latina una doctrina que se mostró eficaz para resolver los obstáculos jurídicos que impedían la acción de los Estados respecto a la protección de las personas que se desplazaban en forma masiva. Esta doctrina se materializó mediante la convergencia de los aportes normativos de los diferentes regímenes vigentes existentes, salvándose los inconvenientes representados por la expresión literal de los textos jurídicos y a través del análisis sistemático del orden jurídico aplicable y la interpretación teleológica o finalista, necesaria para la interpretación del Derecho internacional<sup>982</sup>.

Entre las recomendaciones de la Declaración de Cartagena, se resaltó la importancia de que los Estados ratificaran o se adhiriesen a los instrumentos convencionales de Derecho internacional de los refugiados. Además, se propició el desarrollo interno de las legislaciones de los Estados de la región con el propósito de

---

lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2)”.

<sup>981</sup> En la región latinoamericana existen pocos ejemplos de protección complementaria. La mayoría de los Estados, entre ellos Venezuela, se han preocupado por desarrollar las legislaciones de refugiados y han olvidado la inclusión de normas complementarias de protección para los casos en que el estatuto de refugiado no pueda aplicarse. No obstante, se puede señalar el ejemplo del Decreto Ejecutivo No 23 de 1998 de Panamá, el que crea una figura especial separada del refugiado, desarrollada como “Estatuto Humanitario Provisional de Protección”. Las personas bajo este estatuto no gozan de los mismos derechos y beneficios legales y sociales de aquellas personas reconocidas formalmente como refugiados con fundamento en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967; no obstante garantiza los principios de no devolución, no rechazo en la frontera y no sanción por ingreso ilegal o irregular, pero deja claro que no establece el compromiso del Estado panameño de proporcionarles asentamiento permanente en su territorio. El reconocimiento de dicho estatuto dará también derecho a sus titulares a recibir asistencia humanitaria de emergencia, mantener la unidad de su núcleo familiar básico y contar con la asistencia necesaria del Estado para retornar a su país de origen o bien para reasentarse en un tercer país. Las disposiciones que caracterizan esta forma de protección están identificadas únicamente con las opciones de retornar al país de origen o reasentarse en un tercer país, sin prever otro tipo de solución en el territorio panameño como la integración local. A pesar de la consideración de este Estatuto complementario en Panamá, debe destacarse que el mismo ha venido sustituyendo la repuesta estatal ante la solicitud de protección internacional, menoscabando los derechos de las personas que poseen temor fundado de persecución. Al respecto, SAN JUAN, C.: “Análisis de la legislación comparada”, en FRANCO, L.: *El Asilo y protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo “asilo y refugio” a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos*, ACNUR, San José, Costa Rica, 2004, pág. 231, párrs. 58-59.

<sup>982</sup> SAN JUAN, C.; MANLY, M.: “Informe General de la Investigación”, cit., pág. 215, párrs. 1.

regular el procedimiento para determinar la condición de refugiado y todo lo que concierne a la organización de las prestaciones necesarias para dar a los refugiados la protección y asistencia que les corresponde, exaltando que dicha legislación siguiera los postulados de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, así como los estándares del Derecho internacional humanitario.

La Declaración de Cartagena asumió que el sistema latinoamericano de asilo diplomático u territorial aportaba algo más que la expresión positiva de las disposiciones que están desarrolladas en los tratados y convenciones adoptados entre 1889 y 1954. En tal sentido, en el coloquio en el cual se redacta dicha Declaración los Estados resaltaron que el aporte principal del sistema de asilo regional estaba conformado por la tradición de los Estados de brindar trato humanitario a quien solicita protección y amparo.

La importancia fundamental de este instrumento radica en que por vez primera se considera como refugiado a personas cuya vida, libertad y seguridad están en peligro, debido a la violencia generalizada, conflictos armados, violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Estos elementos se incluyeron precisamente porque habían sido las consecuencias directas de los conflictos armados internos e internacionales armados ocurridos en la época.

La Declaración de Cartagena constituye el lenguaje más expansivo utilizado hasta ahora para definir al refugiado<sup>983</sup>, lo que en consecuencia supone un mayor grado de compromiso para los Estados, si se considera a la misma fuente de derecho<sup>984</sup>, como

---

<sup>983</sup> ARBOLEDA, E.: “La Declaración de Cartagena de 1984...”, cit., pág. 181.

<sup>984</sup> En palabras de GROS ESPIELL, el resultado de esta reunión y diálogo académico no es un tratado, ni tampoco una resolución de una organización internacional intergubernamental, ni una traducción de principios generales que resultan de los sistemas jurídicos universales, sino una Declaración en la cual se desarrollaron conclusiones y recomendaciones tendentes a mejorar la protección de los refugiados en Latinoamérica. Así, la Declaración de Cartagena, a pesar de su carácter no vinculante, es en la actualidad ampliamente aceptada por los países de la región como un cuerpo normativo esencial de obligada referencia, que ha inspirado a políticos y legisladores, siendo origen de nuevas leyes nacionales o normas de valor consuetudinario de aplicación ampliada, representando de hecho, un instrumento jurídico de primer orden para la región en materia de protección de los refugiados. Al respecto, indica GROS ESPIELL que no puede darse un fundamento único y general a la afirmación de que la Declaración de Cartagena ha llegado a ser una fuente de Derecho internacional de los Refugiados en América Latina. En este orden de cosas señala que, en primer lugar, cabe decir que puede ser fuente de Derecho como consecuencia de un acto unilateral expreso, en que un Estado le atribuye a la Declaración esa

cristalizadora de una costumbre confirmada por la práctica, pues de hecho, muchos países en el continente la han incorporado a su legislación y procedimientos<sup>985</sup>. Al respecto, GROS ESPIELL afirma que la Declaración de Cartagena ha generado la creación de una práctica regional latinoamericana y caribeña común, donde su fuerza persuasiva reside en que existía una *opinio juris* generalizada cuando fue formada<sup>986</sup>.

En apoyo a esta consideración, apunta FISCHER ANDRADE que en la región latinoamericana ha existido respecto a la Declaración de Cartagena una práctica constante que se fundamenta en su aplicación. Así, siendo considerada una fuente de derecho atípica, espontánea y cristalizada, la Declaración de Cartagena de 1984 puede tener un efecto de obligatoriedad para los Estados que la han reconocido de manera unilateral o que de alguna manera han reconocido su naturaleza consuetudinaria<sup>987</sup>.

---

obligatoriedad y se reconoce ligado por sus disposiciones; por ello, la mera presencia de los funcionarios públicos en el Coloquio celebrado en San José no supuso el reconocimiento de la obligatoriedad de la Declaración, pues sólo pretendían aportar las experiencias de sus países en materia de refugiados y contribuir en el tratamiento académico del tema. En segundo, agrega que ha podido llegar a convertirse en fuente de Derecho por vía consuetudinaria; sobre este particular, resalta que es preciso recordar que la Declaración de Cartagena no fue adoptada por una resolución de una organización internacional gubernamental y que por tanto la discusión no puede centrarse en la cuestión de la validez y fuerza jurídica de las resoluciones declarativas de estas organizaciones. Por lo que se cree que esta Declaración es uno de los mejores ejemplos de “formación espontánea”, por oposición a la formal u orgánica, del Derecho internacional. El mencionado autor, añade al respecto que la Declaración de Cartagena no es fuente de Derecho por razón convencional- no es un tratado-, ni por su origen, ni en virtud de la forma como fue adoptada; no es tampoco una resolución de una organización internacional intergubernamental, sino que es una fuente espontánea y atípica de Derecho, porque constituye una costumbre “salvaje” de carácter regional. Por tanto, como acto atípico y *sui generis*, ha llegado a adquirir fuerza y validez como fuente de derecho por haber logrado el carácter de costumbre latinoamericana (GROS ESPIELL, H.: “La Declaración de Cartagena...”, cit., págs. 443-469).

<sup>985</sup> Los Estados que han incluido el concepto ampliado de la Declaración de Cartagena en sus legislaciones internas son: Belice, art. 4 de la Refugee Act de 16 de Agosto de 1991; Bolivia, art. 4 del Decreto Supremo No. 19640 de 4 de julio de 1983; Brasil, art. 1 de la Lei No 9474, que define los Mecanismos para implementación del Estatuto de Refugiado de 1951 y crea un “Comité Nacional para los Refugiados”, de 22 de julio 1997; Ecuador, art. 2 del Decreto 3301 (Reglamento para la aplicación en Ecuador de las normas contenidas en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de refugiado de 1951 y el Protocolo de 1967) de 6 de mayo de 1992; El Salvador, art. 4 del Decreto No. 918 (Ley para la determinación de la Condición de personas refugiadas) de 22 de agosto 2002; Guatemala, art. 11 del Acuerdo gubernativo No 383- 2001 (Reglamento de protección y definición del Estatuto de refugiado en territorio del Estado de Guatemala) de 14 de septiembre de 2001; Honduras, art. 42 de Decreto No. 208-2003 (Ley de Migración y Extranjería) de 3 de marzo 2004; México, art. 42 de la Ley General de Población, de 7 de enero de 1974; Paraguay, art.1 de la Ley No. 1938, Ley General sobre refugiados, de 9 de julio de 2002; Perú, art. 3 de la Ley No. 27.891 (Ley del Refugiado) de 20 de diciembre de 2002. Las legislaciones internas de estos países pueden consultarse en la base de datos legal de ACNUR en [www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=2](http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=2).

<sup>986</sup> GROS ESPIELL, H.: “La Declaración de Cartagena...”, cit., págs. 453-469.

<sup>987</sup> FISCHER ANDRADE, J.H.: “Regionalización y armonización del Derecho de los refugiados: una perspectiva latinoamericana”, en ACNUR: *Derechos Humanos y Refugiados en las Américas: Lecturas Seleccionadas*, ACNUR/IIDH, San José, 2001, pág. 94.

La Declaración de Cartagena clava sus raíces en: “1) una larga historia mundial y regional de protección de refugiados y de utilización del asilo como herramienta práctica (el uso de la vieja noción del asilo concebida como protección de Estado a favor de los perseguidos políticos, tanto en sus vertientes mundial como latinoamericana); 2) en la búsqueda de la convergencia del Derecho Internacional de Refugiados con el Derecho Internacional Humanitario y, de éstos, con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; 3) en la metodología informal de búsqueda del consenso promovida exitosamente por el ACNUR en la región y contando con la participación de gobiernos, organismos regionales y mundiales, académicos y la sociedad civil, de América Latina para promover el desarrollo del Derecho internacional de refugiados”<sup>988</sup>.

No obstante, a pesar de lo que se acaba de exponer, con posterioridad a la crisis de América Central esta doctrina parece haber sido abandonada por algunos Estados, entre ellos Venezuela, quien siendo parte del Coloquio no ha cumplido con los compromisos relativos a la ampliación del concepto de refugiado. Ello permite afirmar que se asumieron los compromisos en momentos históricos concretos para resolver las emergencias, olvidando de esta manera la convergencia y las necesidades regionales como las que se evidencian debido al escalamiento del conflicto armado colombiano.

## **2.2. La recepción del Protocolo de 1967 y su orden jerárquico en el ordenamiento jurídico venezolano**

La *recepción* o *integración* de las normas internacionales en el Derecho interno de los Estados gira en torno al postulado de la supremacía del Derecho internacional. En atención al mismo, las obligaciones internacionales asumidas por el Estado priman sobre las que establece su Derecho interno. Por tanto, el Estado debe cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de las normas internacionales y, en ningún caso, el Estado podrá invocar disposiciones de su ordenamiento jurídico interno como justificación del incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

---

<sup>988</sup> FRANCO, L.; SANTIESTEVEAN, J.: “La contribución del proceso de Cartagena al desarrollo del derecho internacional de refugiados en América Latina”, en ACNUR: *Memorias del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004)*, ACNUR, San José, pág. 83.

En atención a las disposiciones contenidas en los ordenamientos jurídicos internos, en relación a la recepción de los tratados internacionales, cabe dividir dichos ordenamientos en *dualistas* y *monistas*<sup>989</sup>. En los sistemas *dualistas* no cabe la posibilidad de que los órganos internos apliquen los tratados internacionales mientras que no hayan sido transformados mediante un acto normativo, ya que las normas internacionales son irrelevantes en los ordenamientos jurídicos internos. Esta postura tiene su razón de ser en el hecho de que el Derecho internacional y los derechos internos son concebidos como ordenamientos separados e independientes (dos ordenamientos jurídicos autónomos), en tanto que tienen distintas fuentes y regulan relaciones diferentes (mientras el Derecho internacional regula las relaciones entre los sujetos internacionales, los derechos internos rigen las que se desarrollan entre los individuos o entre el Estado y sus súbditos). Desde esta perspectiva, "una norma internacional incorporada a un ordenamiento interno lo será en virtud de algún mandato legal establecido en el ordenamiento interno, pero al incorporarse pierde su naturaleza internacional para convertirse en norma interna. En realidad la norma será internacional por su origen, pero plenamente interna en cuanto a su naturaleza y aplicabilidad"<sup>990</sup>.

El sistema *monista*, al contrario que el dualista, proclama la unidad de todos los ordenamientos jurídicos, en tanto que expresiones diferenciadas del fenómeno jurídico, y, por tanto, los tratados internacionales son parte del ordenamiento jurídico interno una vez obligatorios en el ámbito internacional, pues no puede existir "una disociación entre la validez internacional de la norma y la validez interna"<sup>991</sup>.

El Derecho internacional no se pronuncia ni por el postulado dualista ni monista, sino que deja tal cuestión a los Derechos internos (principio de autoorganización). Sobre la base dispuesta por los ordenamientos jurídicos internos, atendiendo a si se trata de un

---

<sup>989</sup> Escribe REUTER que "los juristas han elaborado diversas teorías abstractas, basadas, unas, en principios dualistas y otras, en principios monistas. Esencialmente, los dualistas consideran el derecho internacional y el derecho nacional como absolutamente distintos, excepto para el Jefe de Estado, que es el único órgano estatal facultado para representar al Estado en ambas esferas jurídicas. En cambio, los monistas sostienen que el derecho nacional se encuentra ligado y sometido al derecho internacional con relación a todos los órganos estatales" (REUTER, P: *Introducción al derecho de los tratados*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pág. 31). Sobre las relaciones entre el Derecho internacional y los Derechos internos, NOLLKAEMPER, A.; HEY, E.: "The Relationship between International law and National law", en *International Law FORUM du Droit International*, Netherlands, 2001.

<sup>990</sup> RODRÍGUEZ CARRIÓN, A: *Lecciones...*, cit., pág. 255.

<sup>991</sup> MANGAS MARTÍN, A: "Derecho español y Derecho internacional", en *Instituciones...*, cit., pág. 222.

sistema dualista o monista, cabe distinguir dos regímenes de recepción: la *recepción especial* y la *recepción automática*. La recepción especial (sistema dualista) conlleva la exigencia de una previa transformación del tratado, mediante un acto formal de producción normativa interna (p. ej., ley, decreto, orden), para que vincule en el orden interno. La recepción automática (sistema monista), por el contrario, supone la incorporación inmediata del tratado en el ordenamiento interno una vez que ha entrado en vigor y es internacionalmente obligatorio. En el ámbito de la recepción especial, con independencia de la entrada en vigor internacional de los convenios, para que dicho instrumento vincule en el ordenamiento jurídico interno se requiere un acto formal de producción normativa interna (p. ej., Canadá, Colombia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Reino Unido, etc.); esto es, la ratificación de un convenio no aporta por sí sola modificación alguna del derecho interno, mientras el legislador no modifique expresamente el derecho positivo del Estado para ponerlo en armonía con las obligaciones internacionales inherentes a la ratificación. En la esfera del régimen de recepción automática, el convenio ratificado, acompañado del acto material de su publicación oficial, se convierte en parte integrante del mismo y, en consecuencia, es aplicable de pleno derecho en la esfera interna. En estos supuestos, la ratificación conlleva la incorporación automática de los convenios al Derecho interno (p. ej., Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Estados Unidos, Francia, Grecia, México, Suiza).

Una vez dispuesta la visión general, hay que preguntarse si el Protocolo de 1967<sup>992</sup> -Venezuela no es signataria de la Convención de 1951- es aplicable sin más en el ámbito jurídico interno del Estado venezolano<sup>993</sup> o si necesita, por el contrario, algún acto – normativo- especial de incorporación o transformación. La incorporación del Protocolo de 1967 al ordenamiento jurídico interno se llevó a término de conformidad con los preceptos dispuestos a tal efecto por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999<sup>994</sup>.

---

<sup>992</sup> La ratificación de este instrumento internacional, de fecha 6 de mayo de 1986, había sido previamente aprobado por el entonces Congreso Nacional por medio de la Ley publicada en la Gaceta Oficial No. 33.503 del 2 de julio de 1986.

<sup>993</sup> Venezuela, como Estado parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, al ratificar cualquier tratado internacional tiene la obligación de cumplir cabalmente y en su totalidad los Convenios firmados, según señala el artículo 26; por tanto, todo tratado en vigor es obligatorio para los Estados partes y debe cumplirse de buena fe. En este mismo sentido, el artículo 27 de la mencionada Convención, establece que un Estado parte en un tratado internacional no puede invocar su legislación interna como justificación para no cumplir con las obligaciones derivadas del tratado.

El artículo 187 en su apartado 18 de la Constitución dispone que corresponde a la Asamblea Nacional “aprobar por la ley de los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional, salvo las excepciones consagradas en esta Constitución”<sup>995</sup>, mientras que el artículo 217 estipula que “la oportunidad en que deba ser promulgada la ley aprobatoria de un tratado, de un acuerdo o de un convenio internacional, quedará a la discreción del Ejecutivo Nacional, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República”. En atención a estos preceptos, el 3 de octubre del 2001, se adoptó la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas, en tanto que ley aprobatoria del Protocolo de 1967, incorporándose de esta forma dicho instrumento internacional al ordenamiento jurídico venezolano.

Como puede advertirse, a la hora de incorporar un tratado internacional<sup>996</sup>, el Derecho venezolano se decanta por la posición dualista, pues la recepción de dichos instrumentos requiere de un acto normativo interno, es decir, una ley aprobatoria

---

<sup>994</sup> En materia de recepción de tratados internacionales, la Constitución de 1961 disponía en su artículo 128 que “los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional deberán ser aprobados mediante ley especial para que tengan validez, salvo que mediante ello se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes...” y, seguidamente, en el artículo 176 se estipulaba que “la oportunidad en que deba ser promulgada la ley aprobatoria de un tratado, de un acuerdo o de un convenio internacional, queda a la discreción del Ejecutivo Nacional...”.

<sup>995</sup> Respecto a las excepciones, el artículo 154 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expresa que: “Los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional”.

<sup>996</sup> La generalidad de las Constituciones de los diferentes Estados apenas contienen mención alguna sobre las normas consuetudinarias (sobre Las *cláusulas expresas* relativas a la costumbre internacional contenidas en las Constituciones puede consultarse DE VISSCHER, P: “Les tendances internationales des constitutions modernes”, en *RCADI*, 1952, pág. 520; CASSESE, A: “Modern constitutions and international law”, en *RCADI*, 1985, pág. 369). En este sentido, el texto constitucional venezolano no contiene referencia alguna respecto de la recepción de la costumbre internacional. La costumbre internacional surge de una *práctica general, constante y uniforme* (elemento material), acompañada de la *convicción de obrar conforme a Derecho* (elemento espiritual) y, en consecuencia, es derecho no escrito. Esta naturaleza de las normas consuetudinarias explica que su recepción en el ordenamiento jurídico interno de los Estados se realice sin necesidad de ningún acto formal de incorporación: “la doctrina iusinternacionalista europea trata de explicar, ante casos similares, la ausencia de una formal recepción del Derecho internacional general por la existencia de una norma tácita de adopción automática de las normas consuetudinarias en todo orden jurídico interno” (MANGAS MARTÍN, A: *Derecho español y Derecho internacional*, en *Instituciones...*, cit., pág. 219). Así pues, en los ordenamientos jurídicos internos que guardan silencio al respecto, las normas consuetudinarias se incorporan a los mismos desde el momento de su formación, siendo aplicadas por los órganos judiciales internos. Como ya se ha indicado, la Constitución venezolana de 1999 debe ser incluida entre las que guardan silencio sobre la cuestión tratada. Ante este silencio, la costumbre internacional es incorporada en el Derecho venezolano a partir del momento de su formación en el seno de la sociedad internacional, a menos que el Estado venezolano haya manifestado su oposición a la misma durante su formación.



(recepción especial). A mayor abundamiento, hay que señalar que en el caso de los tratados internacionales que no requieren de una ley aprobatoria (excepciones previstas en el artículo 154 de la Constitución) su incorporación se realiza, atendiendo a la práctica, mediante un acto administrativo, un decreto del Presidente de la República o una resolución del Ministerio de Relaciones Exteriores, es decir, también requieren un acto normativo interno.

El ordenamiento jurídico venezolano ha adoptado el régimen de recepción especial que implica la necesaria transformación del tratado o convenio internacional mediante un acto formal de producción normativa interna, pues las leyes aprobatorias, los actos administrativos, los decretos presidenciales y las resoluciones del Ministerio de Exteriores son actos normativos y no simples actos de carácter material (como pudiera ser, por ejemplo, en el caso del Estado español la exigencia de publicación oficial del tratado internacional<sup>997</sup>).

Al respecto debe señalarse que, como se ha indicado, el Protocolo de 1967 fue ratificado por Venezuela el 6 de mayo de 1986 y entró en vigor para este país<sup>998</sup>, de conformidad con el artículo 8.2, el día que dicho Estado realizó el depósito del instrumento de ratificación, esto es, el 19 de septiembre de 1986 (vigencia particular). Si bien la ratificación del Protocolo por Venezuela es el acto jurídico generador de la obligación de aplicar, dicha obligación sólo tiene efecto en la fecha de entrada en vigor del referido instrumento para el sujeto que lo ha ratificado: la entrada en vigor del Protocolo

---

<sup>997</sup> Sobre la recepción del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico español, RODRÍGUEZ-ZAPATA, J: *Constitución, tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*, Real colegio de España, Bolonia, 1976; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L: *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (teoría y práctica)*, International Law Association, Madrid, 1984; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L: *Derecho internacional público: problemas actuales*, Eurolex, Madrid, 1993, pág. 69 y ss.; VV.AA.: *La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1990.

<sup>998</sup> En relación a la entrada en vigor inicial u objetiva (vigencia general del tratado), el artículo 24.1 de la Convención de Viena de 1969 dispone con carácter general que un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados [organizaciones internacionales] negociadores (vigencia general). Seguidamente, en el apartado 2 se dispone la siguiente regla residual: a falta de disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia de todos los Estados [organizaciones internacionales] negociadores en obligarse por el tratado. Sin embargo, cabe la posibilidad de que un Estado u organización internacional manifieste su consentimiento en obligarse por el tratado después de que éste haya entrado en vigor. En este caso, el artículo 24.3 de la Convención contempla la entrada en vigor respecto a tal Estado u organización internacional: el tratado entrará en vigor para dicho sujeto internacional en la fecha que se manifieste dicho consentimiento (vigencia particular), salvo que el tratado disponga otra cosa.

"marca su obligatoriedad jurídica internacional y, en consecuencia, el deber de las partes de aplicarlo"<sup>999</sup>. Así, los tratados en vigor —entiéndase el Protocolo de 1967— obligan a las partes y, en consecuencia, deben ser cumplidos sobre la base del principio de la buena fe<sup>1000</sup> (*pacta sunt servanda*): "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe" (art. 26 de la Convención de 1969). En el precepto glosado el principio *pacta sunt servanda* se configura como la regla general de obligatoriedad de los tratados y responde a la idea de que la actitud de buena fe ha de prevalecer durante la ejecución de un tratado en vigor. La regla general de la obligatoriedad se refuerza con la regla específica contenida en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969: "una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". En consecuencia, los convenios —el Protocolo de 1967— obligan a las partes desde su entrada en vigor y deben ser cumplidos por ellos de buena fe.

De la fecha de entrada en vigor del Protocolo de 1967 para Venezuela (19 de septiembre de 1986) a la fecha de su incorporación al ordenamiento jurídico venezolano (3 de octubre del 2001) transcurrieron quince años, como consecuencia de que la Constitución dispone el régimen de recepción especial y ello implica que no cabe la incorporación inmediata desde que el instrumento es internacionalmente obligatorio. En este *lapsus* de tiempo ¿no vinculaba el Protocolo al Estado venezolano? La respuesta es clara, desde el momento de su entrada en vigor particular para Venezuela y con independencia de su incorporación al ordenamiento jurídico interno, el Protocolo despliega su obligatoriedad jurídica internacional para dicho Estado y, por ello, desde ese momento, Venezuela tiene el deber de aplicarlo, no pudiendo alegar la inexistencia de una ley aprobatoria del mismo (tal como exige el artículo 217 del texto constitucional venezolano) como justificación en caso de incumplimiento.

En consecuencia, la no aplicación de un tratado —del Protocolo de 1967—, a raíz de la no adopción de la ley aprobatoria, supondría un ilícito internacional. Desde la vertiente de la realidad, entre la fecha de entrada en vigor particular del Protocolo de 1967 y la fecha de su incorporación al Derecho interno venezolano, la República de Venezuela no aplicó sus disposiciones con motivo de las masivas afluencias de personas procedentes

---

<sup>999</sup> GUTIÉRREZ ESPADA, C: *Derecho Internacional público*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 412.

<sup>1000</sup> *Asunto de las actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua (fondo del asunto)*, CII, *Recueil* 1986, págs. 275 y 276.

de territorio colombiano, procediendo a la devolución sistemática de dichas personas sobre la base de que no había legislación interna en la materia.

Desde la entrada en vigor del Protocolo podría afirmarse que la protección de los refugiados pasó a formar parte del ordenamiento jurídico venezolano, ya que su falta de desarrollo normativo interno no debía entenderse como una negación a poder solicitar la concesión del estatuto de refugiado, pues el Estado venezolano tenía la obligación de aplicar la definición universal de refugiado contenida en el artículo 1 de la Convención sobre el estatuto de refugiado de 1951. Empero, la realidad era diferente, dado que la protección internacional no fue concedida por el Estado venezolano hasta el 2001<sup>1001</sup>. Así que el reconocimiento de los primeros refugiados fue otorgado bajo mandato del ACNUR, después de su establecimiento en Venezuela<sup>1002</sup>. En consecuencia, puede afirmarse que el derecho al refugio fue un derecho casi desconocido hasta 2001<sup>1003</sup>, además de muy poco desarrollado por parte de los juristas venezolanos.

Una vez incorporado el Protocolo de 1967 en el ordenamiento jurídico venezolano se plantea la cuestión relativa a la *jerarquía* del mismo, pues el rango jerárquico en el orden interno de las normas convencionales incorporadas depende del Derecho interno, especialmente constitucional, de Venezuela. No obstante, advertir que en el ámbito del Derecho internacional las normas internacionales priman sobre las normas internas y, de

---

<sup>1001</sup> Ante la inminente necesidad de protección de los colombianos, las organizaciones de derechos humanos buscaron planes alternativos para proteger a ciertas personas: “Cuando entre 1997 y 1998 se comenzó la persecución a defensores de derechos humanos en Colombia, se buscó que a algunos de ellos que habían llegado a Venezuela se les reconociera como refugiados porque no existía una normatividad al respecto. Mientras se avanzaba en la lucha por el reconocimiento de estas personas, se creó un programa de pasantías para que algunos de estos defensores colombianos vinieran a Venezuela para trabajar por un tiempo en organizaciones de derechos humanos”. Con esta solución se logró proteger a un importante número de personas con temores de persecución además de dar dio de manera informal una solución humanitaria y efectiva (RUIZ, A.: “Medios alternativos de defensa formal y definición de conflictos dentro del sistema jurídico venezolano: El Papel de las ONG”, COMITÉ ANDINO DE SERVICIOS: *Derecho de los(as) refugiados (as)*..., cit., pág. 27).

<sup>1002</sup> En 1999 existían 80 solicitudes de refugio sin resolver, a las que se sumaron otras 150 en 2001, sin que el gobierno tomara decisión alguna (PROVEA: *Situación de los derechos al asilo y refugio en Venezuela*, Informe Anual, octubre 2000- septiembre 2001, pág. 35). Ello implica que, hasta junio de 1999, el ACNUR había tomado la decisión de quién era refugiado y quién no, reconociendo a las personas como refugiados bajo su mandato sin la participación del gobierno venezolano.

<sup>1003</sup> El ACNUR era el encargado de recibir todas las solicitudes de refugio y posteriormente las notificaba al Ministerio Público y al Ministerio de Relaciones Exteriores, ante la inexistencia de un órgano especializado para el reconocimiento de la condición de refugiados. En 2003, con la promulgación del Reglamento de la LORA, la Comisión Nacional de Refugiados asumió sus funciones como órgano encargado de la toma de decisiones respecto a la concesión del refugio en Venezuela.

esta forma, en el Dictamen de 26 de abril de 1988, relativo a la aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 sobre la sede de la ONU, el TIJ afirmó que "bastará recordar el principio fundamental en Derecho internacional de la prevalencia de éste sobre el derecho interno"<sup>1004</sup>.

El texto constitucional venezolano no contiene un precepto en el que, con carácter general, se disponga de forma expresa el rango que ocupan los tratados internacionales en el seno del ordenamiento jurídico interno<sup>1005</sup>. La excepción a este silencio constitucional se encuentra en el artículo 23 de la Constitución, pues en el mismo se declara que "los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre el goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la Ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público"<sup>1006</sup>.

Como puede advertirse, al hilo del texto glosado, los tratados internacionales relativos a derechos humanos<sup>1007</sup>, ratificados por Venezuela, siempre que contengan

---

<sup>1004</sup> CIJ, *Recueil*, 1988, págs. 34 y 35.

<sup>1005</sup> Se debe destacar que ni el derogado texto constitucional venezolano de 1961 (artículos 128 y 190.5) ni el actual de 1999 (artículos 154, 187 ordinal 18) hacen referencia expresa a la cuestión de la jerarquía normativa de los tratados. Así, del análisis interpretativo se deduce que en ambos instrumentos los tratados internacionales tienen rango legal (excepto los tratados dispuestos en el artículo 23), pues su incorporación al orden jurídico interno deviene de la aprobación de una Ley Especial Aprobatoria. No obstante, es preciso señalar que existen excepciones, entre las que destacan los acuerdos de integración (artículo 153 de la Constitución vigente), los Tratados en materia de Aeronáutica Civil (artículo 1 de la Ley de Aviación Civil), el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

<sup>1006</sup> Resulta importante precisar que en esta disposición se desarrolla lo planteado en la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 1999, donde se afirmaba que "[i]nspirada por las principales tendencias que se han desarrollado en el derecho comparado y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, la Constitución reconoce expresamente el principio de progresividad en la protección de tales derechos, conforme al cual el Estado garantizará a toda persona natural o jurídica, sin discriminación alguna, el respeto, el goce, y el ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los mismos".

<sup>1007</sup> Se entiende por tratados sobre derechos humanos aquellos instrumentos jurídicos cuyo conjunto de normas buscan asegurar el efectivo y real reconocimiento y respeto a la dignidad de la persona humana, fundamento hoy para la humanidad entera de los derechos del hombre (GROS ESPIELL, H: *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Editorial Civitas, S.A, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996, pág. 201).

disposiciones más favorables que las contenidas en la Constitución y en las leyes, tienen un rango constitucional y, en consecuencia, supralegal.

El artículo 23 de la Constitución venezolana<sup>1008</sup> indica que los tratados tienen jerarquía constitucional pues, si bien en la Exposición de Motivos de la Constitución se afirma que “En el caso de que un tratado internacional suscrito y ratificado por Venezuela reconozca y garantice un determinado derecho humano, en forma más amplia y favorable que la Constitución, prevalece en todo caso el instrumento internacional y debe ser aplicado en forma preferente, directa e inmediata por los Tribunales y demás Órganos del Estado”, desde la práctica del foro se confirma la constitucionalidad y no la supraconstitucionalidad de estos tratados. Como se ha indicado en la sentencia de la Sala de Casación Penal, de fecha de 24 de mayo de 2001, con ponencia de la Magistrada Blanca Rosa Mármol de León, el rango de estos tratados “[n]o puede ser supraconstitucional sino constitucional, porque la misma Constitución lo ordena cuando haya principios más favorables. Entonces habría la prevalencia por la remisión que hace la Constitución a esos tratados”<sup>1009</sup>. Así, por tanto, el debate doctrinal sobre el carácter constitucional o supraconstitucional de los referidos tratados queda zanjado –al menos por el momento- por la dirección jurisprudencial adoptada por los órganos judiciales.

En este orden de ideas, HERNÁNDEZ VILLALOBOS afirma que el propio Tribunal Supremo de Justicia se aparta del criterio que describe en la Exposición de Motivos de la Constitución venezolana, además de la interpretación literal de la norma en estudio, porque en ésta se indica que deberán prevalecer en el orden interno los tratados sobre derechos humanos en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y las leyes de la República<sup>1010</sup>. Así, considerando esta premisa, parece que ante un caso de colisión normativa entre un tratado de esta naturaleza y el propio texto constitucional se tendría que analizar cuál de los dos textos contiene normas más favorables a los derechos

---

<sup>1008</sup> Al respecto, HERNÁNDEZ VILLALOBOS, L: “La Constitucionalización de los Tratados sobre...”, cit., págs. 84-86.

<sup>1009</sup> Vid. PIERRE, T.: *Compilación de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: Sala Plena, Sala Político-Administrativa, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Penal*, mayo de 2001, Tomo II, Caracas, 2002, págs. 1028-1035,

<sup>1010</sup> HERNÁNDEZ VILLALOBOS, L: “La Constitucionalización de los Tratados sobre...”, cit., pág. 86.

humanos. Por ello, PEÑA SOLÍS ha señalado que “conforme a la tesis relativa a la vigencia del Principio de Supremacía Constitucional, rechazamos en el estado actual de nuestro ordenamiento constitucional cualquier postura que directa o indirectamente otorgue primacía a los tratados sobre la Constitución salvo en el caso de los Derecho humanos, en que hipotéticamente podría ocurrir esa situación”<sup>1011</sup>.

Siguiendo a este profesor, cabe señalar que la posible supraconstitucionalidad de estos tratados es una mera hipótesis, sobre todo atendiendo a la tendencia actual adoptada por la jurisprudencia: “pero esos tratados son aplicables en lo que a la substancialidad se refiere y no respecto a lo procesal o adjetivo, porque sería renunciar a la soberanía. Tales tratados forman parte del sistema constitucional venezolano por voluntad de la constitución; pero en caso de que haya una antinomia o colisión con el dispositivo de la Constitución, deberá sin ningún género de duda primar la Constitución”<sup>1012</sup>. No obstante, con este avance jurídico generado por la inclusión de esta disposición constitucional es evidente que el ámbito de protección de las personas se encuentra ampliamente garantizado en el marco de la existencia de una Constitución democrática, que desarrolla derechos personales y que representa una garantía en el momento de precisar la ubicación jerárquica de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Desde el punto de vista práctico, el artículo 23 de la Constitución de 1999 hace posible que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales se equiparen a los derechos constitucionales consagrados expresamente en la Constitución<sup>1013</sup>; pero, además, en virtud del artículo 22 de la Constitución<sup>1014</sup>, “la

---

<sup>1011</sup> PEÑA SOLÍS, J.: *Análisis de la Constitución de 1999*, Volumen Primero, Colección de Estudios Jurídicos; Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 1999, pág. 390.

<sup>1012</sup> Vid. PIERRE, T.: *Compilación de Jurisprudencia de...*, cit., págs. 1028-1035.

<sup>1013</sup> A diferencia de las anteriores Constituciones venezolanas, la nueva Carta fundamental introduce a través del artículo 22 una innovación, al consagrar una cláusula enunciativa en la cual incluye como derechos expresos no sólo los contenidos en el Texto Constitucional, sino también los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, lo cual se consagraba de forma diferente bajo la constitución de 1961, ya que, según lo indicado, los tratados internacionales sobre derechos humanos quedaban constitucionalizados como derechos tácitos, inherentes o implícitos, por tratarse de derechos inherentes a la persona humana (RINCÓN ELOAIZA, L.: *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos...*, cit., pág. 16).

enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos no menoscaba el ejercicio de los mismos”. Dicha afirmación es importante en el momento de hacer la aplicación extensiva de la protección internacional, porque los derechos que se reconocen en la Convención de 1951 (Venezuela no es Estado parte) son susceptibles de ejecución en Venezuela, protegiendo ampliamente a los refugiados<sup>1015</sup>.

En definitiva, la aportación que supone los preceptos constitucionales comentados es esencial y responde al lento pero progresivo avance que en esta materia se ha venido dando en el ámbito internacional. En concreto, NIKKEN ya había expresado la importancia de la inclusión de una disposición de esta naturaleza y había analizado sus consecuencias jurídicas: “la protección de los derechos humanos se convertiría así en un capítulo fundamental del Derecho constitucional, ya que el reconocimiento de la intangibilidad de tales derechos sin duda impone limitaciones al ejercicio del poder del Estado, al cual le está vedado impedir el goce pleno de aquellos derechos”<sup>1016</sup>.

---

<sup>1014</sup> El contenido de los artículos 22 y 23 podría inducir a pensar que el régimen de recepción de dichos tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno es automático, pero estos preceptos se enmarcan en el ámbito de la aplicación y no en la esfera de la recepción.

<sup>1015</sup> Venezuela, como Estado parte del Protocolo de 1967, se comprometió a reconocer y proteger los derechos humanos que consagra la Convención de 1951 a favor de los refugiados que se encuentren en Venezuela. Los derechos humanos inherentes a los refugiados previstos en la Convención de 1951, y que, en virtud del artículo 23 tienen rango constitucional en Venezuela son los siguientes: a) derecho a ser provistos de documentos de identidad y documentos de viaje que les permita salir del país (artículo 28); b) derecho a recibir el mismo trato que los nacionales en lo que respecta a los siguientes derechos: libertad de practicar su religión y de instruir esa religión a sus hijos (artículo 4), derecho a la propiedad industrial e intelectual (artículo 14), libertad de acceso a los tribunales de justicia incluyendo la asistencia judicial (artículo 16), derecho a la educación pública elemental (artículo 22), derecho a la asistencia y socorro públicos (artículo 23), derecho a todo tipo de remuneraciones laborales y a la seguridad social (artículo 24), derecho a recibir tratamiento equitativo a los nacionales en lo que a gravámenes fiscales se refiere (artículo 29); c) derecho a recibir el mismo trato que los extranjeros en lo que respecta a los siguientes derechos: derecho a la propiedad (artículo 13), derecho de asociación en asociaciones no políticas ni lucrativas y sindicatos (artículo 15), derecho al empleo remunerado (artículo 17), derecho a realizar trabajos por cuenta propia en la agricultura, la industria, la artesanía y el comercio, y de establecer compañías comerciales e industriales (artículo 18), derecho a ejercer una profesión liberal (artículo 19), derecho a la vivienda (artículo 21), derecho a la enseñanza distinta de la elemental y, en particular, respecto al acceso a los estudios, reconocimiento de certificados de estudios en el extranjero, exención de derechos y cargas y concesión de becas (artículo 22), derecho a escoger el lugar de su residencia en el territorio y de viajar libremente por él (artículo 26).

<sup>1016</sup> NIKKEN, P.: *Código de Derechos Humanos...*, cit., pág. 39.

Finalmente, cabe preguntarse qué ocurre con los tratados internacionales que no versan sobre derechos humanos, es decir, que rango ocupan en el seno del ordenamiento jurídico venezolano ¿Cuál es su situación respecto de las normas de Derecho interno?. En principio, sobre la base del artículo 23, podría pensarse que estos revisten idéntico rango constitucional, es decir, ante el silencio constitucional, el rango de estos tratados debería ser el mismo que el que dicho ordenamiento concede a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Esta postura respondería a una aplicación implícita del artículo 23 a los restantes tratados. Empero, atendiendo que el régimen de recepción es el especial (transformación), la relación viene dada por las características del acto formal de incorporación del tratado<sup>1017</sup>, esto es, normalmente una ley de aprobación (artículo 187.18) y, por ello, el artículo 23 se presenta como una excepción –supralegalidad y equiparación constitucional- al hecho de que los tratados tienen un rango legal y son, por consiguiente, infraconstitucionales<sup>1018</sup>.

### **2.3. La constitucionalización del derecho al refugio en Venezuela**

El artículo 116 de la antigua Constitución venezolana de 1961, establecía que:

“[l]a República reconoce el asilo a favor de cualquier persona que sea objeto de persecución o se halle en peligro, por motivos políticos, en las condiciones y con los requisitos establecidos por las leyes y las normas del Derecho internacional”.

Con la entrada en vigor de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, redactada por la Asamblea Nacional Constituyente y aprobada mediante referéndum del 15 de diciembre de 1999, la protección de los refugiados fue incluida de manera expresa en la Constitución en el artículo 69 del texto constitucional, conforme al cual:

“[l]a República Bolivariana de Venezuela reconoce y garantiza el derecho de asilo y refugio”.

---

<sup>1017</sup> REMIRO BROTONS, A: *Derecho...*, cit., pág. 337.

<sup>1018</sup> Desde una perspectiva histórica esta postura se acomoda a lo mantenido por Venezuela al debatirse el vigente artículo 27 de la Convención sobre Derecho de los Tratados pues, con tal motivo, los representantes venezolanos rechazaban la prevalencia de las obligaciones convencionales sobre sus normas constitucionales.



Como se desprende de la norma, el constituyente de 1999 se limita a reconocer y a garantizar los derechos de asilo y de refugio, sin establecer ni el contenido ni la definición de dichas instituciones. Al respecto, la doctrina nacional ha expresado que dicha norma constitucional desvincula al derecho de asilo de su fundamento histórico y tradicional. Sobre este particular, BREWER CARÍAS<sup>1019</sup> indica que el constituyente inexplicablemente abandonó el fundamento que el derecho de asilo tenía en el artículo 116 de la Constitución de 1961.

En este orden de ideas, el autor expresa que en el artículo 69 del texto constitucional actual, el derecho de asilo ha quedado consagrado sin referencia alguna a la persecución por motivos políticos o por la comisión de delitos comunes conexos con delitos políticos, lo que sin regulación legal podría abrir la vía al otorgamiento del asilo por cualquier causa<sup>1020</sup>.

Esta opinión doctrinal representa una crítica ante la supuesta equiparación del derecho de asilo y refugio, que podrían desprenderse de la lectura del artículo 69 de la Constitución. No obstante, puede considerarse que el constituyente agrupó estos derechos más por sistemática que por resumir las causas de otorgamiento, pues parece que el constituyente simplemente se limita a incluir el “refugio” en el artículo en el que se establece el asilo tal y cómo lo establecía en la constitución anterior, reconociendo la existencia de dos instituciones distintas de protección como derechos del individuo.

Dicha afirmación puede deducirse de la ubicación de la norma en el capítulo de los derechos políticos la cual relaciona el asilo con el tema político, como en efecto ha sido regulado y desarrollado por la L.O.R.R.A.A. Por tanto, con fundamento en el contexto jurídico, se puede considerar que en la Constitución venezolana al utilizarse el término “asilo” se está haciendo referencia a lo que en América Latina se conoce como “asilo diplomático”, mientras que, cuando adopta el término “refugio”, se refiere a lo

---

<sup>1019</sup> BREWER CARÍAS, A., *Régimen legal de nacionalidad, ciudadanía y extranjería*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, pág. 71.

<sup>1020</sup> BREWER CARÍAS, A., *Régimen legal de nacionalidad...*, cit., pág. 71.

que universalmente se conoce como otorgamiento de la condición de refugiado, que es en esencia una tipología de asilo territorial<sup>1021</sup>.

De forma general, HERNÁNDEZ VILLALOBOS<sup>1022</sup> señala que los recientes cambios constitucionales en Venezuela se deben en gran medida al carácter dinámico y progresista de la sociedad venezolana que tiene el compromiso de estar en equilibrio con el mundo globalizado, caracterizado por serias desigualdades desde el punto de vista económico, político, social y cultural. Estas características han servido de gran apoyo al desarrollo que han tenido los tratados internacionales sobre derechos humanos en la esfera del Derecho interno, en donde se han convertido en fuentes primordiales en cuanto a la defensa y protección de estos derechos inherentes al ser humano en esencia, solo por su condición de persona humana.

De esta manera, a pesar de la imprecisión de la terminología y la diferenciación entre las instituciones de asilo y refugio que en la actualidad no resulta necesaria<sup>1023</sup>, la constitucionalización del derecho al refugio se considera un notable avance en virtud de la protección de las personas perseguidas en el territorio de la República Bolivariana<sup>1024</sup>, principalmente considerando las consecuencias del conflicto armado interno

---

<sup>1021</sup> En igual sentido, PROVEA: *El Derecho al Asilo...*, cit., pág. 12.

<sup>1022</sup> HERNANDEZ VILLALOBOS, L: “La Constitucionalización de los Tratados sobre Derechos Humanos en Venezuela”, *Boletín del Instituto de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 2001, pág. 86.

<sup>1023</sup> Aun que algunos autores consideran que la distinción es necesaria: “España particularmente se ha separado bastante de su tradicional concepción de asilo, tanto territorial como diplomático, manteniendo actualmente el concepto de refugiado como categoría objetiva y según los términos de la Convención de Ginebra de 1951 y una idea del asilo, por razones humanitarias, para aquellas personas que no entren estrictamente dentro de la concepción objetiva de refugiado. De hecho, nuestra constitución de 1978 recoge en el artículo 13-4 el derecho de asilo de los extranjeros, sin embargo lo remite a una regulación legal posterior en cuanto a los términos del goce de los derechos de los asilados. La regulación legal inicial, tras la Constitución, fue la LEY 5/1984, de 26 de marzo reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado. Esta ley mantiene la diferencia entre asilado y refugiado, lo que, en mi opinión, es bueno, dado que la figura del asilado y del refugiado responden a naturalezas distintas” (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: “Los nuevos desafíos de la protección de los refugiados”, en CAMPS MIRABET, N. (ed.): *El Derecho internacional antes las migraciones forzadas: Refugiados, Desplazados y otros migrantes involuntarios*, Edicions de la Universitat de Lleida, Sud-nord, 2005, pág. 60).

<sup>1024</sup> Cabe enfatizar la importante labor que las Organizaciones No Gubernamentales tuvieron en la inclusión de este derecho de forma expresa en el texto constitucional, principalmente las 25 organizaciones que constituyen el Foro por la Vida, cuyo esfuerzo para la inclusión de la protección de los refugiados en la Asamblea Constituyente y su posterior coordinación del Grupo de Trabajo sobre refugio, impulsaron el desarrollo de la LORA. Vid. RUIZ, A.: “Medios alternativos de defensa formal y definición de conflictos dentro del sistema jurídico venezolano: El Papel de las ONG”, en COMITÉ ANDINO DE SERVICIOS: *Derecho de los(as) refugiados (as)...*, cit., págs. 25-26.

colombiano y la consecuente y progresiva búsqueda de protección de las personas que huyen del mismo en Venezuela.

### **3. LA DESPROTECCIÓN DE LAS AFLUENCIAS MASIVAS EN VENEZUELA**

Como consecuencia del escalamiento del conflicto colombiano en perjuicio de la población civil, las autoridades venezolanas comenzaron a ser notificadas en los inicios de 1999 de la presencia de grandes grupos de desplazados internos colombianos cerca de la frontera con Venezuela, todos ellos principalmente ubicados en asentamientos cercanos a los ríos fronterizos. Así, en diferentes periódicos nacionales se comenzaron a relatar situaciones de entradas masivas de personas, describiendo dichas situaciones como la llegada al territorio nacional de grupos de personas que huían del conflicto armado colombiano<sup>1025</sup>.

#### **3.1 El desplazamiento masivo de colombianos**

El 2 de junio de 1999 un grupo de 2230 desplazados cruzaron la frontera por el Río de Oro y se identificaron ante las autoridades militares venezolanas como víctimas civiles del conflicto colombiano, declarando ante ellas que habían huido de Colombia para salvar sus vidas, proteger su integridad personal y escapar de las violaciones masivas de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario, afirmando al respecto que la única opción que tuvieron fue cruzar la frontera para solicitar protección del Estado venezolano.

Ante esta situación y como solución inmediata, las fuerzas armadas nacionales decidieron no permitir la entrada de muchas de estas personas, con lo que fueron devueltas automáticamente al territorio colombiano, lo cual puso de manifiesto un absoluto desconocimiento de la prohibición de *non refoulement*<sup>1026</sup> y de las obligaciones

---

<sup>1025</sup> Sobre las declaraciones del Ejecutivo respecto a la presencia de refugiados en la frontera, pueden consultarse los siguientes periódicos venezolanos *La Verdad de Maracaibo*, 12.02.01, pág. A-2, *El Nacional*, 12.02.01, pág. D/7, *El Nacional*, 14.02.01, págs.1-6, *El Globo*, 21.02.01, pág. 4, *Así es la Noticia*, 21.02.01, pág. 5, *La Verdad de Maracaibo*, 21.02.01, pág. A-7.

<sup>1026</sup> Es preciso recordar que, como ha venido siendo reiterado por ACNUR, la prohibición de devolución se aplica independientemente de que el Estado haya establecido o no procedimientos nacionales para la determinación del Estatuto de refugiado (ACNUR: *Manual de procedimientos y criterios para determinar*

del país respecto a los compromisos internacionales previamente asumidos<sup>1027</sup>. No obstante y a consecuencia de la permeabilidad y amplitud de la frontera, muchas otras lograron ingresar al país, pero el Estado venezolano, al conocer la presencia de los mismos negó la protección requerida y procedió a la planificación del retorno, actuando improvisada e irresponsablemente si se considera que el Estado es parte del Protocolo de 1967.

La inexperiencia en la gestión de grupos de personas con necesidades de protección generó en pocos días una verdadera crisis humanitaria. Ante tal situación, los funcionarios de la Guardia Nacional Venezolana manifestaron su incapacidad de gestionar la situación, expresando que no estaban preparados para dar solución a este inconveniente que se presentaba en la zona fronteriza<sup>1028</sup>, mientras que gran cantidad de personas que formaban parte del flujo expresaron que no podían volver a Colombia porque tenían temores fundados de persecución, y por tanto sus vidas y seguridad

---

*la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, 1992, pág. 27).

<sup>1027</sup> La violación de la prohibición de devolución también se evidenció en casos distintos a los desplazamientos de colombianos en la zona fronteriza. Al respecto, el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura emitió dos decisiones relativas al derecho de asilo en Venezuela y su consecuente obligación general de no devolución. En primer lugar, el Comité se refirió al caso de la ciudadana peruana Cecilia Núñez Chipana, extraditada al Perú el 3 de julio de 1998, donde corría el riesgo de ser torturada. Sobre este particular, el Comité señaló: “A la luz de lo antedicho el Comité actuando en virtud del párrafo 7 del artículo 22 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, estima que el Estado parte no cumplió con su obligación de no proceder a la extradición de la autora, lo que revela una violación del artículo 3 de la Convención” (Comunicación No. 110/1998 (Núñez Chipana vs. Venezuela), 10 de Noviembre de Ginebra, 1998, Doc. CAT/C/21/D/110/1998, párr. 7). La segunda decisión se produjo tras el estudio del informe inicial sobre los derechos consagrados en la Convención contra la Tortura. Allí, el Comité, al analizar el cumplimiento del artículo 3 de dicha Convención, donde se consagra la prohibición de devolución, expresó que “[s]e recomienda al Estado la regulación de procedimientos de tramitación y decisión de las solicitudes de asilo y refugio, que contemplan la oportunidad del requirente ser formalmente oído y de hacer valer lo que convenga al derecho que invoca, incluida su prueba, con resguardo de las características del debido proceso de derecho” (Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, CAT/C/VEN, Ginebra, 5 de mayo de 1999). Otro caso que conforma un cuadro de incumplimiento de la prohibición de devolución y de falta de protección especial a los refugiados y asilados en Venezuela, es el de varios ciudadanos vascos, los cuales, aun residiendo legalmente en Venezuela desde hace más de dos décadas, fueron aprehendidos por los organismos de seguridad del Estado a fin de deportarlos a España. De igual manera, se dio un caso de tres ciudadanos de Sierra Leona, deportados a Costa de Marfil estando aun pendiente el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado (PROVEA: *Situación de los Derechos Humanos en Venezuela 2002*, Informe Anual, octubre 2001-septiembre 2002, Caracas, 2002, págs. 473-475). En estos casos se pudo evidenciar que la falta de legislación, de aplicabilidad y del conocimiento de la misma genera como consecuencia la desprotección de la persona frente a la devolución al lugar donde corre peligro.

<sup>1028</sup> PROVEA: *Situación de los Derechos Humanos en Venezuela 1998*, Informe Anual, octubre 1998-septiembre 1999, Caracas, 1999, pág. 102.

estarían en peligro en vista de los precedentes de violencia indiscriminada y de cumplimiento de las amenazas de los actores armados colombianos.

Aun con conocimiento de las circunstancias que habían motivado el desplazamiento del grupo de personas de reciente ingreso, el gobierno venezolano se limitó a agilizar la repatriación en coordinación con las autoridades colombianas, argumentando que, si bien era cierto que habían grupos en la frontera, los mismos estaban constituidos por personas que habían ingresado en territorio nacional para evitar el largo camino que implicaba viajar por el territorio colombiano<sup>1029</sup>, negando públicamente la realidad que había motivado el desplazamiento masivo.

Las posiciones oficiales se limitaban a declaraciones hechas a la prensa por los Comandantes de los Teatros de Operaciones en los Estados Táchira y Zulia respecto a la asistencia que se prestaba a estos grupos de “desplazados internos en tránsito”, sin hacer mención alguna a la existencia o no de personas con necesidades de protección internacional.

Así, la gestión de la afluencia masiva de 1999 se limitó a establecer estrategias para desmentir las causas que originaban el desplazamiento y para utilizar figuras jurídicas inexistentes, como las de “desplazados internos en tránsito”, restringiendo así la permanencia de estas personas en territorio venezolano.

En este orden de ideas, y ante la inexistencia de un régimen concreto que protegiera a estas personas, el Estado, para exculpar sus actuaciones, reconoció que había otorgado asistencia humanitaria a todos aquellos que necesitaban apoyo material y logístico para volver a Colombia y continuar su desplazamiento en el interior<sup>1030</sup> de este

---

<sup>1029</sup> Por la ubicación de los grupos insurgentes en el territorio muchas personas se ven obligadas a recorrer un extenso camino pasando por territorio venezolano para volver a ingresar al colombiano, evadiendo así la zona en conflicto. Pero éste no era el caso de estos grupos, y aun con conocimiento de esta realidad el Estado venezolano se escudó en este hecho para no asumir sus responsabilidades respecto a esta situación. *Vid. PROVEA: Situación de los Derechos Humanos en Venezuela 2002...*, cit., pág. 425.

<sup>1030</sup> Si bien es cierto que tanto los desplazados internos como los refugiados abandonan sus hogares por las mismas causas, la condición de refugiado sólo puede obtenerse cuando se cruza la frontera en busca de asilo en otro país, mientras que los desplazados internos permanecen en el territorio de su país de origen. En Colombia la Ley No 387 del 18 de julio de 1997, por la cual se adoptan Medidas para la Prevención del Desplazamiento Forzado, la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia (publicada en el Diario Oficial No 43.091, el

territorio<sup>1031</sup>. Respecto a estos incidentes, varias organizaciones no gubernamentales venezolanas y extranjeras cuestionaron duramente las actuaciones del gobierno venezolano, que en la época presidía paradójicamente el Comité Ejecutivo del ACNUR<sup>1032</sup>.

### **3.2. La inobservancia de las obligaciones asumidas en relación a la protección de los refugiados**

Entre el 25 y 27 de enero de 2001 un grupo de 800 ciudadanos colombianos provenientes del Departamento de Santander, Colombia, cruzaron la frontera en busca de protección internacional. Este grupo de personas ingresaron a Venezuela por la zona del Río de Oro, en el Estado Zulia, y donde permanecieron por un tiempo sin que el Estado venezolano asumiera el compromiso de su protección o les facilitara el acceso a la solicitud del estatuto de refugiado.

La violación de los compromisos internacionales adquiridos a través de la firma del Protocolo de 1967 y la inobservancia del respeto de los derechos de las personas que huían de Colombia por parte del Estado venezolano, en concreto, los derechos a la vida,

---

24 de julio de 1997), reconoce como desplazado en su artículo 1 a “ [t]oda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertades personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos humanos, infracciones al Derecho internacional humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público”. Como se desprende del concepto anterior, la Ley colombiana sobre desplazamiento forzado define al desplazado según los estándares internacionales en la materia, como las personas desarraigadas que no cruzan la línea fronteriza internacional de su país de origen, razón por la cual la utilización del término “desplazado interno” por parte del Estado venezolano para denominar a los ciudadanos colombianos que se ven forzados a ingresar al territorio nacional para huir del conflicto armado y la violencia generalizada en su país de origen, además de ser incorrecta reflejaba la intencionalidad gubernamental de no reconocer el derecho al refugio de estas personas, alegando que las mismas estaban “de paso” y no tenían interés en solicitar protección permanente fuera de su país (PROVEA: *Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*, Informe Anual, octubre 1999-septiembre 2000, Caracas, pág. 99).

<sup>1031</sup> La dinámica del desplazamiento en la zona fronteriza colombo venezolana es diversa. Algunas personas residentes en los departamentos de la Guajira y del Cesar ingresan a territorio venezolano por el Estado Zulia para reingresar por los departamentos del Norte de Santander al territorio colombiano. Dicha movilización se realiza de esta manera para evitar el contacto con los actores armados en la zona del Catatumbo. De igual manera, las personas que habitan en la zona del Catumbo, atraviesan el Estado Táchira para llegar hasta el departamento de Arauca.

<sup>1032</sup> Venezuela presidió entre 1998-1999 el Comité Ejecutivo del ACNUR en la persona del Embajador ante las Naciones Unidas en Ginebra, Víctor Rodríguez Cedeño.

la libertad, la seguridad personal, la libertad de movimiento y residencia, la integridad personal, el derecho a no ser sometido a tortura u otro trato degradante y a no ser sometido a exilio arbitrario, fueron los fundamentos sobre los cuales el PROVEA, la Oficina de Acción Social del Vicariato Apostólico de Machiques junto con el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), plantearon la introducción de una solicitud de medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el 23 de febrero de 2001, a fin de solicitar al gobierno venezolano la protección de grupos de ciudadanos colombianos que se encontraban a orillas del Río de Oro, municipio Jesús María Semprún, Estado Zulia. Este grupo, en su mayoría, estaba integrado por niños, mujeres embarazadas y ancianos que habían huido del Norte de Santander a causa de una incursión de las Autodefensas Unidas de Colombia en el lugar donde vivían.

En las medidas cautelares (acordadas por la CIDH el día 12 de marzo de 2001) se solicitaba al Estado venezolano que adoptara las medidas necesarias a fin de que estas personas no fueran expulsadas de su territorio ni obligadas a repatriarse mediante actos coercitivos o sin las debidas garantías; que se les diera acceso al procedimiento de determinación para el reconocimiento de su condición de refugiado<sup>1033</sup> con las garantías del debido proceso y acceso a los representantes del ACNUR; y que se les garantizara su seguridad, integridad y libertad personales, así como también atención médica y asistencia alimenticia<sup>1034</sup>.

---

<sup>1033</sup> “Un procedimiento para la determinar el estatuto de refugiado es un acto o mecanismo por medio del cual una autoridad competente evalúa las condiciones particulares de un individuo, que reclama ser un refugiado, con el objetivo de establecer si él efectivamente califica como tal” (FISCHEL ANDRADE, J.H.: “Regionalización y Armonización del Derecho de los Refugiados: Una Perspectiva Latinoamericana”, en ACNUR: *Derechos Humanos y Refugiados en las Américas: Lecturas Seleccionadas*, ACNUR/IIDH, San José, 2001, pág. 98).

<sup>1034</sup> Estas medidas fueron dictadas para preservar los derechos a la vida e integridad personal del refugiado colombiano en Venezuela, Manuel de Jesús Pinilla Camacho y otros. Las medidas solicitadas al Estado son las siguientes: “1) que se adopten las medidas necesarias a fin de que las personas identificadas en la presente petición no sean expulsados del territorio venezolano, ni obligadas a repatriarse mediante medios coercitivos o sin las debidas garantías; 2) que se adopten las medidas necesarias para garantizar a los colombianos que se encuentran en la región de Río de Oro, municipio de José María Semprún, Estado Zulia, Venezuela, su derecho a buscar y recibir asilo, y en consecuencia, les dé acceso al procedimiento de elegibilidad para el otorgamiento de la condición de refugiado, con las garantías del debido proceso y al pleno acceso a los representantes de ACNUR; 3) garantizar la seguridad, integridad y libertad de los colombianos que necesiten protección a efectos de evitar cualquier atentado en su contra por parte de la fuerzas irregulares colombianas; y 4) otorgar atención médica y asistencia alimentaria a las personas identificadas en la presente solicitud de medidas cautelares. Asimismo, se solicitó que dichas medidas cautelares sean adoptadas en coordinación con los peticionarios y la información sobre las mismas deberá ser suministrada a la CIDH dentro de un plazo de quince días y

Estas recomendaciones no fueron acatadas por el Estado venezolano<sup>1035</sup>, que procedió a la repatriación forzosa de varias personas que poco tiempo después de volver a Colombia perdieron la vida<sup>1036</sup>. Gran cantidad de familias fueron separadas y muchos se vieron forzados a desplazarse internamente, todo como resultado de la negativa por parte del Estado venezolano de reconocer a este grupo de personas como población civil afectada por el conflicto, alegando motivos de seguridad nacional como justificación del incumplimiento de las obligaciones asumidas a través de los instrumentos internacionales que reconocen y protegen el derecho al refugio.

En el momento en que ocurrió la afluencia masiva, Venezuela no había promulgado su legislación sobre el estatuto de refugiado. Por tanto, la inexistencia de una ley y un procedimiento para la determinación de la condición de refugiado se convirtieron en la excusa de las autoridades nacionales para justificar su incapacidad y negar este flujo de personas con total inobservancia de las obligaciones internacionales y las recomendaciones del ACNUR<sup>1037</sup>.

En este orden de ideas, las autoridades de Venezuela explicaron que la ausencia de una regulación interna se basaba en el temor de que, al aprobarse la misma, se pudiesen plantear solicitudes masivas de refugio<sup>1038</sup>. Como respuesta a estos planteamientos, PROVEA, fundamentándose en la experiencia del ACNUR, manifestó que la reglamentación del derecho al refugio en ningún caso había significado en país

---

actualizadas cada treinta días” (*Informe Anual 2001*, Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, párr. 61).

<sup>1035</sup> ALVARADO, M: “El Derecho al Asilo y el de los Refugiados en Venezuela”, en *Asilo y Refugiados en las Fronteras de Colombia*, Conserjería de Proyectos, Bogotá, Colombia, 2003, pág. 43.

<sup>1036</sup> Entre estas repatriaciones, varias personas fueron asesinadas. Al respecto puede consultarse el documento publicado por PROVEA acerca del asesinato del líder comunitario Bernabé Sánchez, a manos de paramilitares, el 31 de agosto de 1999 (PROVEA: *Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*, Informe Anual, octubre 1998-septiembre 1999, Caracas, 1999, pág. 106).

<sup>1037</sup> Entre ellas la Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la Aplicación de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiado, Conclusión 57, (XL), 40º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1989, en la cual se reitera el llamamiento a los Estados Partes para que adopten las medidas legislativas y/o administrativas apropiadas que conduzcan a la aplicación efectiva de tales instrumentos en el orden interno, así como también a considerar la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para identificar y suprimir los posibles obstáculos jurídicos o administrativos a la plena aplicación de los instrumentos universales.

<sup>1038</sup> PROVEA: *Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*, Informe Anual, octubre 1998-septiembre 1999, Caracas, 1999, pág. 103.



alguno un flujo masivo de personas en busca de la obtención del estatuto de refugiado y que, por el contrario, la adecuación de la normativa interna permite al Estado diferenciar entre refugiados y emigrantes económicos y aplicar las cláusulas de exclusión previstas en los instrumentos internacionales. Al mismo tiempo, observó que reglamentar el tema y actuar en concordancia con los tratados internacionales facilita la intervención de organismos internacionales, como el Comité Internacional de la Cruz Roja y el ACNUR, en todo lo referente a la asistencia material de los solicitantes y los refugiados en el país receptor, obteniendo cooperación no sólo respecto a la asistencia humanitaria sino también a la búsqueda de soluciones duraderas para los refugiados colombianos en Venezuela.

La novedad y la inexperiencia caracterizaron la respuesta del gobierno venezolano, pues este gobierno no poseía mecanismos para garantizar el derecho al refugio de a estas personas. Esta dinámica iniciada en 1999 puso en evidencia la necesidad de establecer un régimen de protección de los refugiados, a través del cual se establecieran directrices claras que determinaran las obligaciones del Estado frente a estos hechos. El primer paso en atención al tema (tras la presión de la sociedad internacional respecto al desplazamiento masivo de colombianos y para hacer frente a las confusiones originadas y las constantes críticas a las políticas gubernamentales<sup>1039</sup>) fue la creación de la Comisión Técnica para el Asunto de los Desplazados (CTAD) en agosto de 1999<sup>1040</sup>, cuyos miembros eran representantes de los Ministerios de

---

<sup>1039</sup> La presión internacional liderizada por el Comité para los Refugiados de Estados Unidos, el cual pidió sin éxito la renuncia de Venezuela a la presidencia del Comité Ejecutivo del ACNUR, que coincidentemente ocupaba en esa época, por haber violado los principios fundamentales de protección a los refugiados (US COMITEE FOR REFUGEES: *Venezuela again denies asylum to Colombian refugees*, Washington, julio de 1999, Mimeo, pág. 23).

<sup>1040</sup> La Comisión actuó de manera fáctica sin decreto ni documento oficial que regulara su existencia jurídica, ni reglamento que determinara sus competencias. En igual sentido, los procedimientos que debieron seguirse no eran conformes a los requerimientos de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Al respecto, es importante mencionar que en el Estado Táchira, el Departamento de Control de Aprehendidos, adscrito a la División de Operaciones de la Dirección de Extranjería otorgó, a finales del mes de noviembre de 1999, una “boleta de presentación” a un grupo de ciudadanos que solicitaron refugio en Venezuela. Dicho documento los identificaba como ciudadanos “a las órdenes de ACNUR”, y los instaba a comparecer ante esa oficina para prestar “declaración en una averiguación a solicitud de la Misión de las Naciones Unidas para refugiados en San Cristóbal” (Boleta presentada por un solicitante de refugio en la Oficina de ACNUR en San Cristóbal, Nota de Archivo, Oficina de ACNUR en San Cristóbal, Estado Táchira, Documento interno, 16 de marzo de 2001, pág.1). Como se evidencia de lo descrito, en dicho documento oficial entregado a estos ciudadanos colombianos no se especifica de ninguna manera su condición de solicitantes de refugio en el Estado venezolano.

Relaciones Interiores, Relaciones Exteriores, Defensa, Ministerio Público y funcionarios de las Gobernaciones de los Estados Zulia y Táchira.

Así, respecto a la creación de esta Comisión puede decirse que ésta evidencia el desconocimiento jurídico de la protección internacional en sí misma, pues a pesar de que el gobierno venezolano asistió dentro de su territorio y pudo conocer las razones por las cuales las personas habían huido de Colombia, la utilización de la palabra “desplazados” fue la escogida para dar nombre a esta Comisión, que funcionó algo menos de un año (agosto 1999 a julio 2000). Según ha expresado PROVEA, esta Comisión, además de no dar respuesta oportuna a las solicitudes de refugio que se presentaron ante ella, puso de manifiesto la reticencia del Ejecutivo Nacional a admitir la condición de refugiados de los ciudadanos colombianos que huyen individual o colectivamente de la violencia que existe en su país, al insistir en la utilización del término “desplazados en tránsito”<sup>1041</sup>. Así, entre la confusión terminológica, la falta de conocimiento del tema y la exclusión de la participación del ACNUR, esta Comisión gubernamental no cumplió con los objetivos previstos y no resolvió la cuestión del procedimiento de determinación de los solicitantes de refugio<sup>1042</sup>.

---

<sup>1041</sup> En su informe anual 2002 reitera PROVEA que la utilización del término “desplazados en tránsito” por parte del gobierno venezolano, para con él hacer referencia a los flujos de refugiados provenientes desde Colombia, se hizo para justificar las deportaciones masivas de personas que llegaban a territorio nacional huyendo de la guerra y buscando refugio. Así, sobre la base de esta definición, las autoridades nacionales apriorísticamente decidían que estas personas estaban sólo de paso mientras desaparecía la situación de peligro en el país de origen, y que no tenían la intención de quedarse a solicitar refugio en Venezuela (PROVEA: *Situación de los Derechos Humanos en Venezuela 2002*, cit., pág. 34).

<sup>1042</sup> La lentitud de la tramitación, la falta de otorgamiento de la identificación provisional, la ausencia de compromiso entre los órganos que la integraban, el desconocimiento de la gestión de los casos, además de la insistencia en mantener la denominación de “desplazados en tránsito”, ponían en relieve la necesidad imperante de la promulgación de una ley por medio de la cual se pudiese hacer efectivo el derecho al refugio en Venezuela. La obligación de promulgación de esta ley no estaba sólo relacionada con la obligación internacional de desarrollar los principios y las bases de protección mínima establecida por el Protocolo de 1967, sino también por la obligación prevista en el apartado segundo de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución de la República de Venezuela. Esta disposición expresa que, “dentro del primer año siguiente a la instalación de la Asamblea Nacional, esta debería aprobar una Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas, acorde con los términos de está Constitución y los tratados internacionales sobre la materia ratificados por Venezuela” (NAVA, B: “Derechos humanos de los refugiados. Situación actual en Venezuela”, en [www.ucab.edu.ve/investigación/cddhh/ponencia.doc](http://www.ucab.edu.ve/investigación/cddhh/ponencia.doc), pág. 5).

#### 4. LA NECESARIA INCLUSIÓN DE UNA REGULACIÓN JURÍDICA PARA LA GESTIÓN DE AFLUENCIAS MASIVAS EN EL ORDENAMIENTO INTERNO

La nueva trayectoria del conflicto armado interno colombiano<sup>1043</sup> ha incidido en el cambio de los métodos de guerra; de hecho a partir de los años noventa, éstos se han utilizado en perjuicio de la población civil<sup>1044</sup>, que comenzó a ser objeto de persecución directa y de las más atroces formas de violencia<sup>1045</sup>. En consecuencia, los países vecinos de la Región Andina se han visto afectados no sólo por problemas de seguridad, deterioro de las relaciones comerciales y endurecimiento de las relaciones diplomáticas, sino también por el incremento acelerado de la violencia en suelo colombiano y los enfrentamientos entre el ejército del Estado, los guerrilleros y los paramilitares en las zonas de frontera, en la medida que esta situación ha obligado a miles de personas a

---

<sup>1043</sup> Al respecto, ICRC: *Colombia: armed conflict continues to be marked by serious IHL violations*, 6 July 2004, [www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/iwpList248/9EE7C36EA1CEFB20C1256EC9004FFFBB](http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/iwpList248/9EE7C36EA1CEFB20C1256EC9004FFFBB); PNUD: “El conflicto, callejón con salida, *Informe Nacional de Desarrollo Humano para Colombia (INCDH)*, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Bogotá, 2003; GARCÍA-DURÍN, M. (ed): *Alternativas a la guerra. Iniciativas y procesos de paz en Colombia*, CINEP, Bogotá, 2003; ROMERO, M.: *Paramilitares y autodefensas 1982-2003*, Planeta, Bogotá, 2003; MONTENEGRO, A.; POSADA, C.: *La violencia en Colombia*, Cambio, Bogotá, 2001; RAMELLI ARTEAGA, A.: *La Constitución colombiana y el Derecho internacional humanitario*, Universidad del Externado/ Panamericana, Bogotá, 2000; CURREA-LUGO, V.: *Derecho internacional humanitario: El caso colombiano*, Plaza Janes Colombia, Bogotá, 1999; MONSALVE, A.; DOMÍNGUEZ, E. (ed): *Colombia: democracia y paz*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 1999; VILLARAGA, A.; NANCLARES, R.; BOTERO, R. (ed): *Derecho internacional humanitario aplicado: Los casos de Colombia, Guatemala, El Salvador, Yugoslavia, Ruanda*, Tercer Mundo, Bogotá, 1998; CÓRDOBA TREVIÑO, J.: *En defensa de la población civil: Informe sobre las infracciones del Derecho internacional humanitario*, Defensoría del Pueblo, Publicaciones Oficiales, Bogotá, 1996; VALENCIA VILLA, A.: *La humanización de la guerra: Derecho internacional y conflicto armado en Colombia*, Tercer Mundo, Bogotá, 1992; GALLÍN GIRALDO, G. (ed): *Derechos humanos y conflicto armado en Colombia*, Comisión Andina de Juristas, Arfo, Bogotá, 1991.

<sup>1044</sup> SAINZ BORG, J.C.: “La guerrilla colombiana como elemento de desestabilización regional. Una perspectiva desde este lado del Arauca”, en *Revista Venezolana de Estudios Internacionales*, cit., págs. 25-47.

<sup>1045</sup> Los grupos insurgentes han utilizado métodos de guerra prohibidos por el Derecho internacional, entre los que se pueden señalar ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, violaciones, tortura, toma de rehenes o ataques masivos contra la población civil, entre otros. En este marco, se puede afirmar que los grupos sociales que solicitan refugio con mayor frecuencia son: jóvenes entre 19 y 25 años que huyen del reclutamiento forzado, comerciantes que huyen por no poder pagar la “vacuna” o impuesto exigido por los actores armados, los profesionales de distintas disciplinas, los vendedores ambulantes que compran y venden mercancía viajando de un pueblo a otro, (los que suelen ser acusados de ser informantes de la guerrilla o las autodefensas) y los indígenas. (MEDRANO, M.: “Panorama General del Desplazamiento en la Región Norte de Sudamérica (Colombia, Venezuela, Panamá, Ecuador)”, en COMITÉ ANDINO DE SERVICIOS: *Derecho de los(as)...*, cit., págs. 73-74).

abandonar sus hogares y a cruzar las fronteras en afluencia masiva, en busca de la protección que no logran recibir de su Estado<sup>1046</sup>.

El enfoque político colombiano se ha fundamentado en la negación de un conflicto armado interno. Por ello el desplazamiento forzado en Colombia se ha descrito como un problema que no ha logrado alcanzar dimensiones internacionales y el Estado colombiano se ha cuidado de no ser definido como un país productor de refugiados<sup>1047</sup>, y mucho menos de desplazamientos en masa. En cierta manera, el tema de los desplazamientos en masa podría tener fundamentos reales, si se considera que el enfoque de ataques a la población civil se ha venido agudizando desde finales de la década de los noventa, con la nueva actitud de los combatientes respecto a los ataques indiscriminados; no obstante, la afirmación respecto a la inexistencia de refugiados no puede encontrar fundamentos objetivos en la realidad colombiana antes descrita.

A partir de 1999, las consecuencias de la instauración del Plan Colombia<sup>1048</sup>, el fracaso de los diálogos de paz con las FARC<sup>1049</sup>, las negociaciones para la desmovilización de los grupos de autodefensa<sup>1050</sup>, el incremento del narcotráfico entre

---

<sup>1046</sup> TRIMARCO, V.: “Situación de los Refugiados en la Región andina”, Ponencia presentada en conmemoración del Día Mundial del Refugiado 2003, Caracas, en [www.serviciojesuitaarefugiados-vzla.org](http://www.serviciojesuitaarefugiados-vzla.org), pág. 4.

<sup>1047</sup> Al respecto, AKHAVAN, P.; BERGSMO, M.: “The application of the Doctrine of State Responsibility to Refugee Creating Status”, en *NJIL*, vol. 58, 1989, págs. 243-256.

<sup>1048</sup> Al respecto, KINTTO, L.: *Plan Colombia, la paz armada*, Editorial Planeta del Ecuador, Quito, 2000.

<sup>1049</sup> Los diálogos de paz iniciados el 7 de enero de 1999 fracasaron luego de casi cuatro años de reuniones, debido que ninguna de las partes alcanzó un acuerdo respecto a los puntos importantes previstos por cada parte. En este orden de ideas, las FARC exigen la desmilitarización de dos departamentos y el Presidente colombiano insiste en un cese del fuego unilateral, la liberación inmediata de los secuestrados por las guerrillas y una limitación de la agenda a las condiciones de desarme y reinserción. Para las FARC, los diálogos de paz fueron “una táctica política dentro de una estrategia de guerra” (SANTOS, J.M.: “Perspectivas de paz para Colombia”, en *Conflict and Peace in Colombia: Consequences & Perspectives for the Future*, Woodrow Wilson International Center for Scholars, Washington, D.C., september, 2003, pág. 2). Para una revisión de los documentos, memorias y acuerdos humanitarios negociados y establecidos en los diálogos de paz, puede consultarse los diferentes instrumentos que se encuentran en [www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/farc/comunicados/INDEX.htm](http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/farc/comunicados/INDEX.htm).

<sup>1050</sup> La desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia tuvo sus orígenes en el Acuerdo de Santa Fe de Ralito I, firmado el 15 de julio de 2003, a través del cual estos grupos se comprometieron a desmovilizar a la totalidad de sus miembros, en un proceso gradual que debería culminar el 31 de diciembre de 2005. En igual sentido, este Acuerdo estableció concentrar a los integrantes de las autodefensas en áreas específicas y ratificar su compromiso con el alto al fuego. Desde sus inicios, la desmovilización ha ocasionado una serie de problemas que han incrementado la violencia en los departamentos de Colombia. La desconfianza entre la población con relación a los reinsertados, el tema de la responsabilidad penal de los ex-paramilitares y el miedo a las revanchas y represalias han motivado

las actividades de los grupos irregulares de guerrilleros o paramilitares colombianos, la necesaria lucha por el territorio para llevar a cabo la siembra y distribución de la droga y el confinamiento de poblaciones<sup>1051</sup> representan algunas de las causas de los desplazamientos forzados y en masa que se han generado en estos últimos años desde Colombia hacia los países vecinos, entre ellos Venezuela<sup>1052</sup>.

Así, a pesar de la larga tradición del conflicto colombiano<sup>1053</sup>, es a partir de finales de los años noventa cuando sus efectos se expanden, abarcando todo el territorio e incluyendo a la población civil como objeto de los ataques indiscriminados, lo que su vez ha generado grandes afluencias de población que se desplazan dentro y fuera de Colombia. Así pues, de los cuatro escenarios básicos señalados por GALINSOGA JORDÁ, el relativo a “b) guerra civil o la grave alteración del orden público en la totalidad o parte del país” es el escenario generador de flujos masivos desde Colombia hacia países vecinos<sup>1054</sup>.

---

el desplazamiento de los colombianos hacia otros países, principalmente hacia Venezuela y Ecuador. Para un estudio detallado sobre las desmovilizaciones realizadas durante el gobierno del Presidente Uribe, [www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/desmovilizaciones/2004/index\\_realizadas.htm](http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/desmovilizaciones/2004/index_realizadas.htm).

<sup>1051</sup> El confinamiento se ha considerado como una expresión de la crisis humanitaria. Esta forma de agresión contra la población civil se ha agravado a partir de 2003, principalmente en las comunidades del oriente Antioqueño, Catatumbo, Medio y Bajo Atrato, Sierra Nevada de Santa Marta, Magdalena Medio, Litoral Pacífico Nariñense, Bota Cauca y la cuenca de los ríos Caquetá y Ortegúza (CONFERENCIA EPISCOPAL DE COLOMBIA: *Aportes sobre la crisis humanitaria en Colombia*, Secretariado Nacional de Pastoral Social-Cáritas Colombia, septiembre, Bogotá, 2004, pág. 15).

<sup>1052</sup> Más recientemente las circunstancias se han modificado: la violencia no sólo ha implicado cambio político, sino que se ha convertido en la causa fundamental de la crisis económica y de la muerte de la población civil Véase al respecto URIBE, M., “El conflicto armado...”, cit., págs. 159-170.

<sup>1053</sup> GRUPO INTERNACIONAL CRISIS (ICG): “Colombia: La esquiada búsqueda de la paz”, *Informe Latinoamericano*, núm. 1, del 26 de marzo de 2002, págs. 3-30.

<sup>1054</sup> Vid. GALINSOGA JORDÁ, A.: “El Estatuto de los refugiados en el Derecho internacional contemporáneo”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coord.): *Refugiados, Derecho y Solidaridad*, Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994, págs. 50-51.

En medio de un conflicto armado interno<sup>1055</sup>, la descripción del problema del desplazamiento forzado puede resumirse como el resultado del enfrentamiento y la presencia de actores armados guerrilleros y paramilitares en todo el territorio colombiano, lo cual ha desencadenado una verdadera emergencia humanitaria<sup>1056</sup>. Esta afirmación encuentra su fundamento en las declaraciones que la mayoría de los ciudadanos colombianos, solicitantes de refugio o personas de reciente ingreso en los países vecinos a Colombia, señalan como las causas que han motivado su huida<sup>1057</sup>. En efecto, el cruce de la frontera de ciudadanos colombianos hacia Venezuela está directamente ligada al incremento de la intensidad del conflicto<sup>1058</sup> y a la disputa territorial entre guerrilla y paramilitares en ciertas zonas. En palabras del ACNUR, “[e]l conflicto colombiano se ha deteriorado en forma significativa durante los últimos años.

---

<sup>1055</sup> El conflicto colombiano, por su parte, no es una guerra que pueda calificarse como de liberación nacional, no constituye el resultado de la lucha contra las fuerzas ocupantes, no es una guerra separatista como la que libra Chechenia. Tampoco representa una lucha con raíces religiosas, como las que caracterizan el conflicto de Irlanda, no forma parte de la lucha de un pueblo que reclama el derecho a ser Estado, como los palestinos, por lo que su entendimiento resulta bastante complejo (PÉREZ FLORES, G., “Las claves internacionales del conflicto colombiano”, *Ponencia presentada en la Casa de las Américas de Madrid*, en el IV Seminario Colombia, Democracia y Paz, 6 de febrero de 2001, en [www.lainsignia.org/2001/julio/dial.002.htm](http://www.lainsignia.org/2001/julio/dial.002.htm), págs. 4-5).

<sup>1056</sup> “Los factores que contribuyen al agravamiento de la situación en términos humanitarios puede resumirse en dos: a) las políticas de “cerramiento de fronteras” que se reflejan en el discurso de los gobiernos vecinos en materia de migración (por ejemplo la solicitud de visa para colombianos en Panamá y las deportaciones, la falta de efectividad en la determinación de los refugiados en Venezuela, el debate en torno a la solicitud de visa para ingresar a Ecuador), y la creciente militarización de las zonas de frontera, resultado del enfoque de lucha antinarcóticos y antiterrorista de la Iniciativa Regional Andina y del Plan Colombia; b) La ausencia de políticas públicas por parte del gobierno nacional que se enfoquen en la prevención del desplazamiento y en garantizar la protección y seguridad de la población en situación o en riesgo de desplazamiento” (MEDRANO, M.: “Panorama General del Desplazamiento en la Región Norte de Sudamérica (Colombia, Venezuela, Panamá, Ecuador)”, en COMITÉ ANDINO DE SERVICIOS: *Derecho de los(as)...*, cit., págs. 69-70).

<sup>1057</sup> “En virtud de la polarización extrema que se vive en Colombia, los grupos irregulares armados atacan a toda persona que consideren aliada del grupo contrario, sin importar si dicha colaboración es real o imputada, forzada o voluntaria. En las áreas que están bajo el control de alguno de los grupos armados, los civiles se ven, a menudo, obligados a apoyar a dicho grupo para evitar la persecución. Muchas veces, el simple lugar de residencia es motivo suficiente para despertar las sospechas en uno u otro grupo armado. Por ejemplo quienes provienen de una de las cinco municipalidades (Vista Hermosa, Uribe, Macarena y Mesetas, en el departamento del Meta, y San Vicente del Caguán en Caquetá) que hasta febrero de 2002 constituían la Zona de Despeje, corren el riesgo de ser vinculados con la guerrilla” (ACNUR: *Consideraciones sobre la protección internacional...*, cit., págs. 25-26).

<sup>1058</sup> “El patrón de violencia del conflicto armado que afecta a la sociedad colombiana y que amenaza la vida y la seguridad de su ciudadanía, incluye el ataque deliberado a la población civil, la destrucción de las instalaciones militares y policiales que se encuentran en cada comunidad, el asedio y los bloqueos armados, el secuestro, la extorsión y el reclutamiento forzado” (ACNUR: *Consideraciones sobre la protección internacional...*, cit., pág. 12).

Esta situación ha incrementado el desplazamiento interno y los movimientos de refugiados hacia países vecinos y otras partes del mundo”<sup>1059</sup>.

Esta realidad resulta agravada si se considera la imposibilidad manifiesta de protección estatal en ciertas zonas del territorio colombiano<sup>1060</sup>, la cual se ha manifestado en la ausencia de las fuerzas armadas y de funcionarios públicos en una parte importante del territorio<sup>1061</sup>, generando la proliferación de zonas en donde la autoridad es ejercida por el grupo armado (paramilitares o guerrilleros) que domina el territorio<sup>1062</sup>, lo que obliga a la población civil a cooperar con ellos o de lo contrario se ven forzados a desplazarse<sup>1063</sup>.

De lo anterior se puede deducir que el motivo que fundamenta el desplazamiento forzado de la población no es una persecución individual; por el contrario el desplazamiento masivo (sea hacia países vecinos o hacia departamentos dentro del mismo país) es en su mayoría el producto de amenazas generalizadas hacia comunidades enteras para “desocupar la zona”, sea porque se han negado a cooperar con el grupo armado o porque los insurgentes necesitan esos lugares para operaciones

---

<sup>1059</sup> ACNUR: *Consideraciones sobre la protección internacional...*, cit., pág. 2.

<sup>1060</sup> “Colombia está dividida administrativamente en 32 departamentos, más el distrito de Bogotá, que es la capital. Cada departamento está constituido por varias municipalidades, la cuales suman 1098 en todo el país. Las autoridades admiten que 192 municipalidades no cuentan con protección de cuerpos de seguridad gubernamentales” (ACNUR: *Consideraciones sobre la protección internacional...*, cit., pág. 3).

<sup>1061</sup> Como resultado de la falta de presencia de autoridades gubernamentales en ciertas zonas del territorio colombiano, “[l]as organizaciones armadas ejercen presión en la población para que abandone los territorios, vendan sus propiedades a bajos precios y realice denuncias contra las políticas gubernamentales, intimidando a sus habitantes y obligándolos a abandonar sus tierras y buscar refugio en otras zonas” (ÁLVAREZ, R.: “Desplazados y frontera: Una nueva problemática en las relaciones Colombo-Venezolanas”, COMITÉ ANDINO DE SERVICIOS: *Derecho de los(as)...*, cit., pág. 20).

<sup>1062</sup> Existen zonas de completa dominación de un grupo armado, zonas de enfrentamientos constantes, y zonas de paso de actores armados. En todas estas zonas la población civil esta dramáticamente expuesta a la situación de grave conflicto. Dentro de ellas, se originan ajusticiamientos fuera de la ley y reclutamientos forzados por parte tanto de guerrilleros como de paramilitares. Sin embargo, es necesario aclarar que la dinámica del conflicto colombiano varía de intensidad y cambia de panorama cada cierto tiempo. Los métodos de guerra varían y los medios también, pero al final la consecuencia es la misma: el desplazamiento forzado de las personas en busca de mejores condiciones de vida.

<sup>1063</sup> “El fenómeno del desplazamiento forzado por el conflicto armado en Colombia ha venido creciendo de manera permanente durante los últimos 15 años. Los datos indican que cerca de tres millones de colombianos han sido obligados a desplazarse por causa de la violencia a lo largo de este período” (CONFERENCIA EPISCOPAL DE COLOMBIA: *Aportes sobre la crisis humanitaria en Colombia*, Secretariado Nacional de Pastoral Social-Cáritas Colombia, septiembre, Bogotá, 2004, pág. 14).

militares, comerciales o para usarlo, como asentamiento de cultivos ilícitos<sup>1064</sup>. En atención a lo apenas descrito, es evidente que el conflicto colombiano no puede describirse como una lucha entre combatientes<sup>1065</sup>; por el contrario, el desarrollo del mismo está casi limitado al ataque a la población civil, principal víctima del conflicto armado interno.

Entre la población civil, existen grupos o categorías de personas más afectadas que otras, lo que quiere decir que hay personas más vulnerables al hostigamiento de los grupos insurgentes<sup>1066</sup>. Entre ellas, pueden señalarse aquellas que son identificadas por los grupos armados como presuntas cooperadoras del grupo contrario<sup>1067</sup>, aquellos que poseen familiares en combate<sup>1068</sup> o los que se niegan al reclutamiento forzado<sup>1069</sup>.

---

<sup>1064</sup> Como ejemplo podemos citar la región del Catatumbo, donde las disputas territoriales entre los paramilitares y la guerrilla por la coca han provocado la huida de muchas personas y sobre todo de indígenas Barí hacia Venezuela, además del aislamiento de las comunidades mediante el bloqueo a la entrada y salida de las regiones, el señalamiento por uno u otro bando del conflicto y el reclutamiento, especialmente de la población más joven de las comunidades. La misma situación se vive en El Putumayo, donde se estiman entre 2400 a 3000 los indígenas desplazados, y donde existe una presión muy fuerte de la expansión de los sembradíos coca hacia los resguardos ubicados al sur y al oriente del departamento (ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA (ONIC): “El desplazamiento forzado y la migración de los pueblos indígenas de Colombia”, en COMITÉ ANDINO DE SERVICIOS: Derecho de los(as)...., cit., pág. 85).

<sup>1065</sup> COLMENARES, W., NARVAÉZ, O.: “Colombia: el proceso de paz y la crisis del Estado. Propuesta de Paz”, en *Revista Venezolana de Estudios Internacionales*, Caracas, núm. 2, 2000, pág. 10.

<sup>1066</sup> El ACNUR ha elaborado una lista de los Colombianos cuya solicitud puede fundamentarse en temores de persecución por motivos establecidos en el artículo 1 A de la Convención de 1951: las personas que apoyan o se presume que apoyan a las partes en conflicto, los antiguos miembros de las partes en conflicto, las autoridades municipales y departamentales, las personas relacionadas con la administración de justicia, los activistas de derechos humanos, los líderes sindicales, las personas con un alto perfil público o comunitario, los periodistas, los indígenas y los afrocolombianos, las personas que pertenecen a grupos sociales marginados (ACNUR: *Consideraciones sobre la protección ...*, cit., págs. 14-34).

<sup>1067</sup> Es importante destacar que la situación descrita, es la causa principal por la cual las personas solicitan refugio en Venezuela. Un alto porcentaje de personas declara que le obligaron a escapar de su hogar en más de una oportunidad por considerar que pertenecían a un grupo paramilitar o guerrillero. Así que en un país donde no se ha establecido la ampliación del concepto sugerido por la Declaración de Cartagena y donde el entendimiento del refugio no logra desligarse de los intereses de seguridad del Estado, estos motivos se subsumen dentro de la causa de persecución política, en tanto que una opinión de presunta pertenencia a un grupo determinado puede causar reacción en el otro. Este argumento se complementa en diversas ocasiones con otros motivos de inclusión como son por ejemplo la pertenencia a grupos vulnerables. No obstante, la opinión generalizada de las autoridades venezolanas que evalúan las solicitudes de refugio es que muchos de los solicitantes. En efecto han pertenecido a las milicias civiles de los grupos armados (*Nota de Archivo*, Oficina de ACNUR en San Cristóbal, Estado Táchira, Documento interno, 5 de septiembre de 2005, pág. 2).

<sup>1068</sup> Los familiares de las personas que están en combate suelen ser frecuentemente objeto de ataques de los grupos irregulares, sin importar que se trate de civiles, sino “en razón de su parentesco y de la percepción de que sus opiniones políticas son las mismas que las de sus familiares, que todos son



Además, entre estos grupos vulnerables es preciso indicar que los defensores de derechos humanos, los miembros de las comunidades de paz y los indígenas<sup>1070</sup> han sido los más afectados en un conflicto armado<sup>1071</sup> que deteriora la situación de los derechos humanos y que evidencia la incapacidad del Estado para protegerlos y garantizarlos en su totalidad<sup>1072</sup>.

Así, este ataque contra la población civil puede ejemplificar las características del nuevo perfil de persecución que se ha generado en el conflicto colombiano, lo cual se ha traducido en el aumento de las condiciones de riesgo y amenaza a la vida y

---

informantes, o, simplemente, por razones de venganza” (ACNUR: *Consideraciones sobre la protección...*, cit., pág. 26).

<sup>1069</sup> “Quienes se niegan al reclutamiento forzado o abandonan la guerrilla o las fuerzas paramilitares corren el riesgo de ser perseguidos por el grupo que desea reclutarlos, en razón de una supuesta colaboración con el enemigo. A su vez, el grupo contrario desestima la naturaleza forzada del reclutamiento y considera que todos los reclutas aprueban la opinión política del grupo que los reclutó” (ACNUR: *Consideraciones sobre la protección...*, cit., pág. 26).

<sup>1070</sup> En diez años se estima que más de 15.000 indígenas se desplazaron de manera forzada al interior de sus resguardos o hacia otros municipios, e incluso se ha dado el caso de refugio en otros países. La mayoría de los grupos indígenas colombianos ha sido víctima del desplazamiento. Principalmente, se pueden señalar como los más afectados “[l]os grupos que se concentran en la Sierra Nevada de Santa Marta entre ellos podemos mencionar los kankuamo, los arhuaco, los wiwa y los yukpa, que se establecieron en la Sierra de Perija. En Antioquia, Córdoba, Chocó, Caldas, Risaralda y Valle del Cauca ha resultado afectado el pueblo emberá (katió, dobidá, chamí y eperara siapidaara); en menor proporción los wounnan y los senú. En Cauca, Caquetá, y Valle del Cauca el pueblo Nasa se ha visto especialmente afectado. En el Putumayo, epicentro de guerra del Plan Colombia, las fumigaciones, las presiones de los grupos armados, las petroleras, la ampliación de la vía Mocoa- Puerto Asís, entre otras causas, han provocado la salida de los pueblos kofán y quichua hacia el Ecuador, y han empezado a generarse desplazamientos campesinos e indígenas de los pueblos kamtzá, uitoto, siona, inga, embera, awá y pasto hacia el oriente del departamento. Entre otros puntos de la Amazonia, los pueblos indígenas empiezan a sentir también los estragos de la guerra y se han reportado impactos en comunidades receptoras que normalmente agotan la base alimentaria” (ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA (ONIC): “El desplazamiento forzado y la migración de los pueblos indígenas de Colombia”, en COMITÉ ANDINO DE SERVICIOS: *Derecho de los(as)...*, cit., pág. 84).

<sup>1071</sup> Un estudio político y social del conflicto colombiano puede leerse en: SUÁREZ OSTOS, M.: *Colombia: La guerra y la paz dentro de una dinastía de violencia*, Asociación para las Naciones Unidas en España, Barcelona, Junio, 2002.

<sup>1072</sup> “Factores de origen político, militar, económico, social, institucional plantean a Colombia múltiples problemas, dificultades y retos en relación con el mantenimiento de los principios del Estado de derecho, el respeto de los derechos humanos y la observancia de la normativa internacional humanitaria. En efecto, no existe un proceso de paz entre el gobierno del Presidente Álvaro Uribe y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-ELP) y el ejército de Liberación Nacional (ELN); las acciones violentas, muchas de ellas de corte terrorista inciden significativamente en la degradación del conflicto armado; se siguen presentando denuncias sobre nexos entre servidores públicos y organizaciones paramilitares; los activistas de Derechos humanos y agentes promotores de paz y de desarrollo padecen presiones y persecuciones en el cabal ejercicio de sus derechos políticos” (CONFERENCIA EPISCOPAL DE COLOMBIA: *Aportes sobre la crisis humanitaria en Colombia...*, cit., págs. 5-6).

seguridad de las personas<sup>1073</sup>, debilitando a la población y forzándola a desplazarse masivamente, interna<sup>1074</sup> o internacionalmente, en busca de seguridad, libertad y protección de su vida<sup>1075</sup>. Pudiera pensarse que estas personas, que al parecer están más expuestas que otras, son perseguidas de forma individual; no obstante, su relación, incidencia o importancia dentro de las comunidades supone en la mayoría de los casos una amenaza generalizada a todos aquellos que de una u otra manera tienen relación con ellos, y ello termina por generar los flujos masivos que han comenzado a llamar la atención de los gobiernos en la región y que ponen en evidencia la necesidad de la creación de una regulación acorde con la emergencia que dichos desplazamientos pueden originar.

---

<sup>1073</sup> GRUPO INTERNACIONAL CRISIS: “Colombia: La esquiwa búsqueda de la paz”, en *Informe Latinoamericano*, núm. 1, de 26 de marzo de 2002, Washington, págs. 3-30.

<sup>1074</sup> Un alto porcentaje de las personas que cruzan la frontera colombiana a los países vecinos, se ha desplazado por lo menos en una oportunidad para huir de los efectos del conflicto armado. Al respecto, FRANCO, A.: “Los desplazamientos internos en Colombia: una conceptualización política para el logro de soluciones de largo plazo”, en *Revista Colombia Internacional*, núm. 42, Bogotá, abril-junio, 1998, págs. 5-26.

<sup>1075</sup> NAVA, B.; FERNÁNDEZ, G.: “Hacia una protección integral del refugiado en Venezuela”, Ponencia presentada en el Foro Público La Protección de los Refugiados en Venezuela, 20 de julio de 2004, en [www.ucab.edu.ve/ucabnuevo/cdh/recursos/Forofinal.doc](http://www.ucab.edu.ve/ucabnuevo/cdh/recursos/Forofinal.doc), pág. 3.



## CAPÍTULO II

### **ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO**

Sumario: Planteamiento de la cuestión. - 1. La protección de los Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas en Venezuela.- 2. La Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas de 13 de septiembre de 2001: 2.1. La estructura y los objetivos de la ley; 2.2. Los principios jurídicos establecidos en la ley orgánica sobre refugiados o refugiadas y asilados o asiladas: la no devolución como eje central de la protección de los refugiados en Venezuela.- 3. El concepto de refugiado desarrollado por la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas.- 4. La protección temporal en caso de afluencias masivas: 4.1. La regulación de la protección en caso de afluencias masivas en la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas: 4.1.1. La garantía de admisión al territorio; 4.1.2. La asistencia humanitaria; 4.2. La protección temporal en el Reglamento de la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas: 4.2.1. La estructura y los objetivos del reglamento; 4.2.2. El otorgamiento de la protección temporal; 4.2.3. La duración de la protección temporal.- 5. Las deficiencias en la protección de las afluencias masivas.- 6. La responsabilidad del estado de origen y las afluencias masivas de población

#### **PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

La agudización del conflicto armado colombiano en la última década del siglo XX impulsó grandes desplazamientos masivos dentro y fuera del territorio colombiano. Esta situación (hasta entonces invisible) ha comenzado a generar preocupación y se ha considerado como un problema de seguridad nacional en los estados de la región, quienes han respondido con estrategias de cierre de fronteras, rechazos y deportaciones de muchos ciudadanos colombianos que han intentado cruzar las fronteras para salvar sus vidas.

Venezuela no supone una excepción a las actuaciones del resto de países vecinos a Colombia, pues, pese a que ratificó el Protocolo de Nueva York de 1967 el 19 de septiembre de 1986, no es hasta el año 2001 cuando desarrolla su legislación interna para la protección de los refugiados.

La Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas (L.O.R.R.A.A.), junto con su Reglamento promulgado en 2003, representan el marco normativo para la protección de refugiados en Venezuela, promovido (igual que ha ocurrido con el desarrollo del ordenamiento jurídico internacional para la protección de refugiados) por las afluencias masivas ocurridas en el país a principios de 1999, que si bien se asumieron de forma improvisada e irresponsable, incidieron en el veloz desarrollo de la legislación venezolana.

En similares términos a los instrumentos de protección de los refugiados a nivel universal, ante la emergencia causada por la afluencia masiva de personas en el territorio venezolano y la inexistencia de un procedimiento eficaz para asumir las responsabilidades estatales, la legislación venezolana establece un concepto de refugiado fundamentado únicamente en los temores de persecución desarrollados en el artículo 1 A de la Convención de 1951, dejando de lado la inclusión de los nuevos refugiados, quienes representan gran parte de los que ingresan en Venezuela, a causa de la violencia generalizada, la violación de los derechos humanos y el conflicto armado que se desarrolla en Colombia.

No obstante, la reciente inclusión de disposiciones concretas sobre la protección en caso de afluencias masivas representa un paso importante para la protección regional, pues garantiza la admisión al territorio de estas personas, aun cuando su contenido y procedimiento de concesión no hayan sido establecidos ni por la L.O.R.R.A.A. ni por el Reglamento de la misma, promulgado en el 2003.

Así, el objetivo de este capítulo es el análisis de la protección temporal en el ordenamiento jurídico venezolano, estableciendo en este sentido la relación entre las afluencias masivas y el desarrollo del régimen jurídico venezolano. Para este propósito se utilizará sobre todo la información recopilada en los informes de organizaciones no gubernamentales y en revistas especializadas, debido a la escasez de fuentes doctrinales.

Este capítulo está estructurado en seis apartados. Así, se comienza con el análisis del marco general que desarrolla la protección del refugiado en Venezuela, haciendo especial referencia a las causas de las personas que solicitan refugio en el país por motivo

del conflicto armado que ocurre en Colombia y la persecución que sufren por parte de los grupos guerrilleros y paramilitares.

En este orden de ideas, se analiza la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas del 13 de septiembre de 2001, con especial mención a su estructura, objetivos y principios jurídicos establecidos. Tras este análisis se pasa al estudio del concepto de refugiado establecido en esta legislación interna, el cual servirá como base para diferenciar los elementos y supuestos de hecho que generan el otorgamiento de la protección temporal.

Seguidamente, se pretende realizar un análisis exhaustivo de la protección temporal. Para ello se aborda su regulación en la L.O.R.R.A.A y en el Reglamento de dicha ley, en orden a precisar sus características, contenido y aplicabilidad, además de sus deficiencias. En el análisis de los aspectos jurídicos de la protección temporal se ha considerado importante la inclusión de un breve análisis acerca de la responsabilidad del Estado de origen de las afluencias masivas de población, por ser un tema bastante controvertido y escasamente abordado en el ámbito doctrinal de la región.

En resumen, en este capítulo se pretende analizar la protección temporal en el legislación interna venezolana, lo cual permitirá conocer sus fortalezas y debilidades, y proporcionará los elementos necesarios para dar forma a la propuesta personal que se elaborará en el siguiente capítulo.

## **1. LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS O REFUGIADAS Y ASILADOS O ASILADAS EN VENEZUELA**

El escalamiento del conflicto armado interno que vive Colombia representa una situación alarmante para los países vecinos<sup>1076</sup> y es la causa principal de la aparición de

---

<sup>1076</sup> La permanencia y afianzamiento de los grupos guerrilleros y paramilitares y la diversidad de sus acciones (que van desde narcotráfico hasta el terrorismo), se traducen en una flagrante violación de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario. La prolongación del conflicto ha generado en Colombia un estado de indefensión preocupante, provocando un divorcio entre el derecho y la realidad, ya que los instrumentos jurídicos se han convertido en la mera enunciación de derechos, principios y valores que el Estado no puede hacer respetar. *Vid.* MASON, A.: “La crisis de seguridad en Colombia: causas y consecuencias internacionales de un estado en vías de fracaso”, en *Colombia Internacional*, núm. 49/50, Centro de Estudios de la Universidad de los Andes, mayo-dic, 2000, págs. 25-27. Además

los refugiados en Venezuela. El agravamiento del conflicto está caracterizado por la violación masiva y generalizada de los Derechos humanos y del Derecho internacional humanitario, principalmente por ataques hacia la población civil<sup>1077</sup>.

Los grupos insurgentes dirigen sus ataques sobre todo a personas y comunidades sospechosas de apoyar, colaborar o ser la base territorial del grupo opositor<sup>1078</sup>. Así, la persecución es llevada a cabo por los grupos paramilitares, quienes persiguen de forma sistemática a la población civil. Por tanto, es preciso recordar que no sólo la persecución estatal puede dar origen a la solicitud del estatuto de refugiado, sino también la persecución cometida por particulares cuando esta sea tolerada o no evitada debidamente por el Estado. En relación a los agentes de persecución, el ACNUR ha expresado que “la persecución suele ser el resultado de la actuación de las autoridades de un país. Puede también emanar de sectores de la población que no respetan las normas establecidas por las leyes de su país. La intolerancia religiosa, equiparable a persecución, en un país por lo demás no confesional, en el que importantes sectores de la población no respetan las creencias religiosas de sus conciudadanos, es un buen ejemplo. El comportamiento vejatorio o gravemente discriminatorio observado por ciertos sectores de la población puede equiparse a la persecución si es deliberadamente tolerado por las autoridades o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo”<sup>1079</sup>.

En este contexto, las actividades de los paramilitares toman forma de ejecuciones extrajudiciales los cuales se convierten en asesinatos individuales o en

---

puede consultarse ANGELERI, S.: *Guerrillas y búsqueda de paz en Colombia*, Centauro Ediciones, Caracas, Venezuela, 2000, págs. 20-45.

<sup>1077</sup> Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, Doc. E/CN.4/2001/15, de 28 de febrero de 2002, párr. 73.

<sup>1078</sup> La mitad del desplazamiento interno que tiene lugar en Colombia parece ser el producto de las acciones de los paramilitares. Sus actividades se fundamentan en asesinatos aleatorios, situación que infunde mucho temor a la población; de hecho, el simple rumor de una posible incursión por parte de un grupo paramilitar, es a menudo suficiente para desatar el desplazamiento masivo de personas. Vid. HUMAN RIGHT WATCH: “Informe Anual 2005: sucesos de 2004”, en [www.hrw.org/spanish/inf\\_anual/2005/colombia.html](http://www.hrw.org/spanish/inf_anual/2005/colombia.html), págs. 2-5.

<sup>1079</sup> ACNUR: *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados*, Ginebra, 1992, párr. 65.

grupo, y entre las víctimas figuran personas de todas las edades y condiciones, incluso niños, mujeres embarazadas, personas mayores<sup>1080</sup> y sobre todo indígenas<sup>1081</sup>.

En Colombia las comunidades indígenas pagan un alto precio por preservar su autonomía y por hacer respetar sus tierras. De hecho, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que en este país un gran porcentaje de los 92 pueblos indígenas son perseguidos por los paramilitares. Ante esta realidad, la Comisión ha procedido a dictar Medidas Cautelares para la protección de los mismos.

Así, el 18 de junio de 1996, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó al Estado de Colombia medidas cautelares urgentes en favor de la comunidad Zenú, del Departamento de Córdoba, debido a que uno de sus dirigentes había sido asesinado el 16 de mayo de 1996 por grupos paramilitares en el Resguardo en San Andrés de Sotavento. El 7 de enero de 1998, la Comisión solicitó al Estado de Colombia la adopción de medidas cautelares en relación con el caso 11.101, a fin de proteger la integridad personal los líderes de la comunidad indígena Páez, quienes estaban amenazadas por la presencia de un grupo paramilitar en Caloto y otras áreas del norte de la región del Cauca.

El 2 de marzo de 2001 la Comisión otorgó medidas cautelares y se dirigió al Estado colombiano con el fin de solicitar que se llevaran adelante gestiones para proteger la vida y la integridad personal de los miembros de la Asociación Nacional de Mujeres Campesinas e Indígenas de Colombia (ANMUCIC), pues varias integrantes de esta asociación habían sido víctimas de amenazas y agresiones que las obligaron a desplazarse internamente, exiliarse o suspender el trabajo de la Organización en ciertas regiones del país. A este respecto, la Comisión solicitó al Estado que adoptara medidas para proteger las sedes de ANMUCIC, en particular las sedes en Santafé de Bogotá, de común acuerdo con los peticionarios y las personas protegidas, e investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las amenazas y hostigamiento padecidos por ANMUCIC y sus miembros.

---

<sup>1080</sup> ACNUR: *Consideraciones sobre la protección internacional de los solicitantes de asilo y los refugiados colombianos*, ACNUR, Ginebra, septiembre de 2002, pág. 12.

<sup>1081</sup> Para un análisis detallado de las medidas cautelares adoptadas a favor de los pueblos indígenas en Colombia puede consultarse [www.cidh.org/Indigenas/MedidasCautelares.htm](http://www.cidh.org/Indigenas/MedidasCautelares.htm).



El 4 de junio de 2001 la CIDH otorgó medidas cautelares en favor de los miembros de la Comunidad Indígena Embera Katio del Alto Sinú secuestrados en el cabildo comunitario y zonas aledañas. Se solicitó al Estado colombiano adoptar de manera urgente las medidas necesarias para establecer el paradero y proteger la vida e integridad personal de las personas arriba mencionadas, adoptar las medidas necesarias para proteger a los demás miembros de la Comunidad Indígena Embera Katio del Alto Sinú, de común acuerdo con los peticionarios, e investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los atentados en contra de la Comunidad.

El 15 de marzo de 2002 la CIDH otorgó medidas cautelares en favor de 40 indígenas Embera Chamí de los resguardos y asentamientos de Cañamomo-Lomaprieta, San Lorenzo, Nuestra Señora Candelaria de la Montaña, Escopetera-Pirza, Totumal, La Trina, La Albania, Cerro Tacón, La Soledad, y miembros del CRIDEC. Desde junio de 2001 estas comunidades, que fueron señaladas públicamente por el Estado colombiano como colaboradores de la guerrilla han sido objeto de amenazas y actos de hostigamiento y violencia por parte de las AUC. Los peticionarios indican que a pesar de los esfuerzos de un número de organizaciones no gubernamentales, las autoridades no adoptaron medidas para prevenir la incursión paramilitar en la zona y que con posterioridad no prestaron apoyo para ingresar a la zona con fines humanitarios.

El 24 de septiembre de 2003 la Comisión Interamericana otorgó medidas cautelares a favor del pueblo indígena Kankuamo que habita la Sierra Nevada de Santa Marta debido a que en el primer semestre de 2003 los paramilitares de las AUC asesinaron 44 personas de ese pueblo indígena. Asimismo, se produjeron desplazamientos de la población indígena como resultado de constantes actos de violencia contra la comunidad. En vista de la situación la CIDH solicitó al Estado colombiano adoptar las medidas necesarias para preservar la vida y la integridad personal de los miembros del Pueblo Kankuamo, respetando su identidad cultural y protegiendo la especial relación que tienen con su territorio; brindar atención de emergencia a las víctimas de desplazamiento forzado; y adoptar las medidas necesarias con el fin de investigar judicialmente los hechos de violencia y las amenazas proferidas en contra de la comunidad beneficiaria. El 30 de octubre de 2003 la CIDH emitió un comunicado de prensa en el cual expresó su grave preocupación por la situación del pueblo Kankuamo. El 6 de julio de 2004, la Corte Interamericana, a solicitud de la

Comisión, dictó medidas provisionales. El 2 de octubre de 2003 la Comisión otorgó medidas cautelares a favor de miembros de 15 cabildos y resguardos del pueblo indígena Pijao en el Departamento del Tolima, debido a que los grupos paramilitares les habían declarado como objetivos militares. En vista de la situación, la CIDH solicitó al Estado colombiano la adopción de las medidas necesarias para proteger la vida y la integridad física de los beneficiarios e informar sobre las acciones emprendidas para investigar los hechos y poner fin a las amenazas.

Según expresa el artículo 1.A de la Convención de 1951 el término refugiado comprende a toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera, regresar a él.

Por tanto, en el ámbito del Derecho internacional el refugiado es una categoría objetiva, universalmente aceptada y cuya definición se encuentra recogida en una norma convencional de carácter general. En atención a esta definición desarrollada en la Convención de 1951, un refugiado viene determinado por la concurrencia de cuatro elementos: 1) que la persona se encuentre fuera de su país de origen; 2) que la persona no quiera o no pueda acogerse a la protección del Estado del que es nacional; 3) que busque la protección en el territorio de otro Estado; y 4) que existan fundados temores de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas<sup>1082</sup>. No obstante, es importante resaltar que la concesión del estatuto de refugiado radica en los fundados temores por parte de una persona que abandona su país.

La protección de los refugiados en el territorio de un país depende de la decisión del Estado receptor. Para ello, los ordenamientos internos establecen su regulación la cual se encuentra básicamente fundamentada en el interés legítimo del Estado de

---

<sup>1082</sup> HATHAWAY, J: *The evolution of refugee status in international law*, en *International and Comparative Law Quarterly*, 1984, vol. 33, págs. 19 y 20.

mantener el control de sus fronteras y la decisión sobre la permanencia o no de extranjeros en su territorio.

En este sentido, la concesión de la protección internacional responde al ejercicio de una competencia del Estado receptor pues, de conformidad con la legislación interna, el Estado decide si la otorga o no. Por tanto, aquellas personas que solicitan el otorgamiento del Estatuto de refugiado no son titulares de un derecho subjetivo a su obtención. Esta actitud es producto de la importancia que sigue teniendo la facultad estatal de limitar la entrada y permanencia de los extranjeros en su territorios, porque el derecho a salir y a entrar al país del que se es nacional es un derecho inherente a la ciudadanía y no un derecho inherente a la persona humana que tenga efecto *erga omnes*<sup>1083</sup>.

Desde el punto de vista formal, con la ratificación o adhesión a la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967, los Estados se obligan al desarrollo normativo interno de la Convención, mediante el establecimiento de disposiciones relativas a la determinación o a la elegibilidad de los refugiados, según su propia estructura constitucional o administrativa<sup>1084</sup>, comprometiéndose, de esta manera, a aplicar las normas establecidas por este instrumento, bajo el principio de la buena fe<sup>1085</sup>.

La Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 representan un esquema normativo que resume estándares mínimos, pero que no establece dentro de su

---

<sup>1083</sup> Para una análisis del tema, PLENDER, R.: "The right to Leave Any Country Including One's Own", en BUTLER, W. (ed): *International Law and the International System*, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, págs. 135-154.

<sup>1084</sup> "In international law, States are free to choose how they implement their obligations at the domestic level, as long as the treaty in question does not prescribe a specific conduct and the State reaches the required result" (KÄLIN, W.: "Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect", en *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 15, 2001, pág. 427). En la búsqueda de un sistema de protección uniforme, el Comité Ejecutivo del ACNUR en su 28º período de sesiones, en octubre de 1977, recomendó que los procedimientos se ajustaran a determinados requisitos básicos encaminados a la salvaguardia de ciertas garantías esenciales. Para un análisis de estos requisitos, puede revisarse el *Informe del Alto Comisionado para los Refugiados*, Conclusión del 28º período de sesiones, Ginebra, 1977, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, Trigésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 12 (A/32/12/Add.1, 1977, párr.53, 6e).

<sup>1085</sup> Según el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". En este orden de ideas, los tratados se firman para cumplirlos de buena fe por tanto, en función de este principio, todo Estado que realice actos que menoscaben los principios y objetivos de los tratados por el firmados, estaría incumpliendo esta obligación.

regulación un procedimiento modelo de elegibilidad o determinación de refugiados. Por tanto, las prácticas gubernamentales para conceder el estatuto de refugiado son tan diversas como diversos son los países signatarios de esta Convención, por lo que los términos sobre los cuales se establecen los procedimientos que se emplean para determinar la condición de los refugiados y la legislación que aplican en la práctica son diferentes en cada uno de los ordenamientos internos.

Así, al no establecerse como deben ser los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, los procedimientos adoptados por los países suelen ser de diversa naturaleza: unos establecen procedimientos determinados para la concesión del estatuto de refugiado, otros los incluyen en los procedimientos de admisión de extranjeros y otros la llevan a cabo en virtud de medidas oficiosas o especiales<sup>1086</sup>. Pero lo que queda claro es que con la ratificación y la adhesión de la Convención los Estados Parte se comprometen a respetar, hacer cumplir y vigilar la protección de los refugiados en su territorio y en cooperación con el ACNUR y la sociedad internacional, en el resto del mundo.

El Estado venezolano, de conformidad con los postulados referidos a la paz, la solidaridad, el bien común, la justicia social y la garantía universal e indivisible de los derechos humanos establecidos en el Preámbulo de la Constitución, y en cumplimiento del mandato de la Disposición Transitoria Cuarta Numeral 2<sup>1087</sup>, ha procedido a elaborar su régimen de protección de los refugiados.

A tales efectos, se elaboró un documento de 46 artículos que pretendía desarrollar el marco legislativo venezolano sobre los refugiados. Este instrumento fue presentado como *Proyecto de Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas* y consignado ante la Comisión Permanente de Política Exterior en Caracas, en marzo de 2001.

Con el propósito de discutir este proyecto, se conformó el 28 de marzo de 2001 una Subcomisión Especial Mixta integrada por los Diputados de la Comisión

---

<sup>1086</sup> ACNUR: *Manual de Procedimientos...*, cit., párr. 191.

<sup>1087</sup> En esta disposición constitucional se ordena aprobar, dentro del primer año de la entrada en vigor de la Constitución, "una Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas, acorde con los términos de la Constitución y los tratados internacionales sobre la materia ratificados por Venezuela".

Permanente de Política Exterior de la Asamblea Nacional y representantes del Poder Ejecutivo, del Poder Ciudadano, del Ministerio del Interior y Justicia, Ministerio de la Defensa, Ministerio de Relaciones Exteriores, Guardia Nacional, Defensoría del Pueblo, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA) Servicio Jesuíta a Refugiados. En el marco de esta Subcomisión Especial Mixta, se celebraron reuniones semanales en las que se intercambiaron ideas y experiencias para redactar un texto equilibrado de consenso, que pudieren ofrecer una respuesta oportuna a las personas que efectivamente requieren de protección y apoyo, sin vulnerar la seguridad y la soberanía del Estado venezolano<sup>1088</sup>.

## **2. LA LEY ORGÁNICA SOBRE REFUGIADOS O REFUGIADAS Y ASILADOS O ASILADAS DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2001.**

Con retraso<sup>1089</sup> y como resultado de la presión de la opinión pública nacional e internacional a causa de la actitud del Estado venezolano respecto a protección de las personas que habían ingresado al país en afluencias masivas, la Asamblea Nacional de Venezuela sancionó el 13 de septiembre de 2001 la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas.

La L.O.R.R.A.A. regula el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado en Venezuela. Esta Ley tiene rango de Ley Orgánica, norma nacional de mayor jerarquía después de la Constitución Nacional, lo que pone en relieve la preocupación del gobierno por reconocer el problema de los refugiados venezolanos además de asumir el esfuerzo de garantizar la efectividad y eficacia de la normativa internacional referente a los refugiados. Esta consideración sitúa a este instrumento

---

<sup>1088</sup> *Informe de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela sobre cumplimiento de las obligaciones internacionales relativas al refugio*, AN/25/CNR.225, Caracas, 20 mayo de 2001, págs. 3-5.

<sup>1089</sup>“UNHCR, the Catholic Church and human rights organisations have lobbied the Venezuelan government for refugee legislation since 1993. Positive developments in this area during the Chavez government have been the incorporation of Article 69 in the 2000 constitution which offers protection for asylum-seekers and refugees and comprehensive legislation on refugees and asylum-seekers through the *Ley Orgánica Sobre Refugiados y Asilados* (LORA) which was passed by the National Assembly in August 2001” (PROJECT COUNSELLING SERVICE: *Annual Report 2002*, en [www.pcslatin.org](http://www.pcslatin.org)).

jurídico venezolano en una posición vanguardista en la región latinoamericana, seguida solamente por Brasil, que posee una ley especial sobre la materia<sup>1090</sup>.

De esta manera, la promulgación de la L.O.R.R.A.A. ha supuesto la distinción de los componentes esenciales de la condición de refugiado, estableciendo su definición e identificando concretamente los elementos que determinarán cuáles son las personas que pueden solicitar la condición de refugiado en Venezuela.

## **2.1. La estructura y los objetivos de la ley.**

La ley está compuesta por 46 artículos, divididos en 5 títulos, y se estructura de la siguiente manera:

- El título I (artículos 1 al 4 ) recoge las Disposiciones Generales, donde se explica el objetivo de la ley; los principios fundamentales sobre los cuales se reconoce y garantiza el derecho al refugio y al asilo; los principios procedimentales que deben prevalecer, con especial referencia a los principios de accesibilidad, oralidad, celeridad y gratuidad; y los parámetros conforme a los cuales se deben interpretar los preceptos de la ley, señalando entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la Convención de Caracas sobre Asilo Territorial de 1954, la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954, y las demás disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por la República.

- El título II (artículos 5 al 37), del Derecho al refugio, se encuentra dividido en tres capítulos:

El capítulo I (artículos 4 al 11), referente a la Condición de Refugiado o Refugiada, que establece las condiciones bajo las cuales el Estado venezolano

---

<sup>1090</sup> RUBIO, P: “Panorama del Procedimiento de calificación del refugio a nivel latinoamericano”, en NAMIHAS, S. (coord.): *Derecho internacional de los refugiados*, Instituto de Estudios Internacionales, Lima, 2001, pág. 34.

considerará a una persona como refugiado o refugiada (entre las cuales ha incluido la persecución por motivos de sexo), los principios rectores como el de no sanción por haber ingresado y permanecido ilegalmente en el territorio nacional, el de no devolución y no rechazo en frontera, y el de unidad familiar. Así mismo, incluye las excepciones al reconocimiento de la condición, las cláusulas de cesación y de pérdida de la condición de refugiado o refugiada.

El capítulo II (artículos 12 al 13) establece las disposiciones relativas a la creación de la Comisión Nacional para los Refugiados (CNR) a su composición por diferentes órganos del Estado, (haciendo especial mención a la participación del ACNUR en calidad de observador), sus funciones y sus períodos de sesiones.

El capítulo III (artículo 14 a 21), referido al Procedimiento para la Determinación de la Condición de Refugiado o Refugiada, establece las autoridades encargadas de recibir las solicitudes de refugio, señalando expresamente que las mismas podrán ser presentadas por los interesados ante las autoridades gubernamentales civiles o militares o ante la Oficina del ACNUR; las actividades procesales para hacer efectiva la presentación de solicitud de refugio; las obligaciones de la CNR al momento de recibir la solicitud; el procedimiento de toma de decisiones, incluido el lapso para la determinación de la condición de refugiado y el recurso frente a la denegación de la solicitud de refugio y los lapsos de esta reconsideración.

El capítulo IV (artículos 22 al 26) dispone los Derechos y Obligaciones de los Refugiados o Refugiadas, a los que le reconocen los mismos derechos que los extranjeros, la posibilidad de recurrir ante el ACNUR u otro organismo para solicitar asistencia, la obligación del respeto a la Constitución y a las leyes venezolanas, la obligación de notificación de cambio de domicilio y la obligación del Estado de facilitar el trámite de la naturalización.

El capítulo V (artículos 27 y 28) contiene las disposiciones referidas a la expulsión, expresando que los refugiados o refugiadas sólo podrán ser expulsados cuando incurran en hechos que alteren el orden público o afecten a la seguridad nacional y la obligación de la CNR de informar al ACNUR en esos casos.

El capítulo VI (artículos 29 al 31) regula la repatriación voluntaria, reconociéndola como un derecho fundamental de los refugiados o refugiadas, las obligaciones del Estado en los procesos de repatriación voluntaria y la posibilidad de solicitar refugio nuevamente si el temor fundado volviese a resurgir.

El capítulo VII (artículos 32 al 37), relativo a las afluencias masivas, define a éstas, fija los criterios bajo los cuales el Estado atenderá dichas circunstancias, establece la garantía de admisión al territorio nacional como obligación del Estado y la asistencia humanitaria en coordinación con los organismos internacionales prevé, la firma de un acta de decisión voluntaria de retorno de aquellas personas que ingresen temporalmente, afirma la necesidad de coordinación con las autoridades de país de origen para atender y asistir a las personas que entran al país temporalmente, la garantía de acceso a la solicitud de refugio e incluye disposiciones sobre la coordinación de funciones entre la fuerzas armadas nacionales y la CNR en caso de afluencia masiva.

- El título III (artículos 38 a 44) regula el derecho al asilo y las condiciones para el reconocimiento como asilado; las obligaciones del Estado; la posibilidad de solicitudes ante misiones diplomáticas, navíos de guerra o aeronaves militares venezolanas, de conformidad con los tratados y convenios internacionales sobre la materia de los cuales Venezuela forma parte; las excepciones de otorgamientos del asilo; la autoridad competente para la decisión del otorgamiento de asilo, que corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores, previa opinión de las autoridades nacionales competentes; la obligación de expedición del documento de identidad y las obligaciones de los asilados.

- El título IV (artículo 45) desarrolla una Disposición Transitoria que hace referencia a que las solicitudes no resueltas hasta la fecha de entrada en vigor de la ley, serán resueltas por la CNR.

- El título V (artículos 46) comprende la Disposición Final sobre la entrada en vigor tras la fecha de publicación.

Con la aprobación de la L.O.R.R.A.A., se han creado dimensiones específicas para la protección del refugiado, mediante el establecimiento de toda una estructura normativa para el acceso a la solicitud de refugio y la sistematización de normas



mínimas de trato respecto a la no discriminación, la no sanción, la libertad de circulación o la unidad familiar, entre otras.

El ámbito de aplicación material de esta ley está recogido en el artículo 1, en el cual se establece que la ley tiene por objeto “regular la materia sobre refugio y asilo, de acuerdo los términos consagrados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en los instrumentos internacionales sobre refugio, asilo y derechos humanos ratificados por la República, así como determinar el procedimiento a seguir por los órganos y funcionarios de los Poderes Públicos Nacionales encargados de su cumplimiento”.

Dicho artículo hace referencia a los instrumentos internacionales, no sólo aquellos relativos al refugio y al asilo, sino en general a los que reconocen y protegen los derechos humanos, estableciéndose claramente la relación existente entre el Derecho internacional de los refugiados y el Derecho internacional de los derechos humanos.

## **2.2. Los principios jurídicos establecidos en la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas: la no devolución como eje central de la protección de los refugiados en Venezuela.**

El ordenamiento jurídico venezolano desarrolló el derecho al refugio en el artículo 69 de la Constitución Nacional y dispuso mediante la promulgación de la L.O.R.R.A.A. los mecanismos estatales necesarios para la protección de los refugiados, creando un órgano administrativo denominado Comisión Nacional de Refugiados, y un procedimiento para la determinación de la condición de refugiado: “En cuanto al alcance geográfico, la Comisión Nacional para los refugiados decidió conformar una Secretaría Técnica en la Región Capital y tres Secretarías Técnicas Regionales, las cuales se encuentran ubicadas en zonas fronterizas con Colombia, debido a que en dichas zonas se presenta una mayor afluencia de solicitantes de refugio. Esto es algo innovador, pues en ningún otro país las comisiones que se encargan de atender las solicitudes de refugio cuentan con oficinas descentralizadas, que les permiten tener una presencia constante en las regiones donde esta la problemática se agudiza”<sup>1091</sup>.

---

<sup>1091</sup> RINCÓN GAUTIER, R.: *Intervención de la Delegación de la República Bolivariana de Venezuela ante la 55ª sesión del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado para los Refugiados*, Misión

Es preciso indicar que el proceso de determinación de la condición de refugiado en Venezuela se ha diseñado sobre la base de un procedimiento administrativo. Por tanto, el mismo está sujeto a los principios que rigen la materia administrativa, vale decir la Constitución Nacional, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) y la Ley Orgánica de la Administración Pública.

En este orden de ideas, la protección jurídica del refugiado en Venezuela está basada en el ordenamiento jurídico internacional universal y posee además principios normativos sobre los cuales se establece su aplicación. Estos criterios que informan la aplicación de las normas consagradas en materia de refugio pueden dividirse en: a) de interpretación de las normas contenidas en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, b) los que rigen la actuación de los funcionarios públicos y c) los procedimentales<sup>1092</sup>.

Entre los de interpretación se debe señalar en primer lugar el principio de buena fe, del cual se deriva la aplicación del beneficio de la duda a favor del solicitante (es), que aun cuando ha narrado y expuesto los hechos y motivos por los cuales se vio obligado a huir de su país de origen o residencia, no siempre puede aportar elementos de prueba suficientes, documentales o de otra clase, que afirmen las situaciones descritas. Ante lo cual, debe observarse que de conformidad con los parámetros internacionales de protección las declaraciones inexactas no son en sí mismas motivo de denegación del estatuto y corresponde a los funcionarios que deban evaluar el caso, recurrir a la confirmación o verificación de los contextos descritos bajo principios del respeto a la confidencialidad, buena fe y beneficio de la duda<sup>1093</sup>.

---

Permanente de la República Bolivariana de Venezuela ante la Oficina de Naciones Unidas y demás Organismos Internacionales, Ginebra, 5 de octubre de 2004, pág. 3. Es preciso indicar que la creación de estas secretarías es una respuesta pragmática en función de la dinámica operativa y con el objetivo de agilizar el procedimiento de solicitud de refugio. Esta iniciativa fue propuesta por el ACNUR, y la Secretarías Técnicas Regionales tienen la misma posición geográfica que las oficinas del ACNUR, ubicadas en los Estados fronterizos de Zulia, Táchira y Apure).

<sup>1092</sup> NAVA, B.: “Los principios jurídicos que ordenan la aplicación de la Ley en materia de refugio venezolana y el procedimiento de elegibilidad adoptado”, en *Revista de Aportes Andinos. Desplazamiento forzado y refugio*, Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar, núm. 8, Quito, 2004, [www.uasb.edu.ec/padh](http://www.uasb.edu.ec/padh), pág. 2.

<sup>1093</sup> NAVA, B.: “Los principios jurídicos que ordenan la aplicación de la Ley en materia de refugio venezolana...”, cit., pág. 4.

En segundo lugar, está el principio de la no sanción por presencia o permanencia ilegal en el territorio del país, el cual se encuentra desarrollado en el artículo 2, apartado 3, e indica que:

“[n]inguna persona solicitante de refugio o de asilo será rechazada o sujeta a medida alguna que le obligue a retornar al territorio donde su vida, integridad física o su libertad esté en riesgo a causa de los motivos mencionados en esta ley”.

En tercer lugar, la progresividad<sup>1094</sup>, regulado en el artículo 4 de la L.O.R.R.A.A. de la siguiente manera:

“Los preceptos de esta Ley deberán ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los refugiados, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la Convención de Caracas sobre Asilo Territorial de 1954, la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954, y las demás disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales en materia sobre derechos humanos ratificados por la República”.

En el único apartado de este artículo se establece el principio *pro homine* en los siguientes términos:

“En caso de duda en la interpretación y aplicación de alguna norma, se aplicará la más favorable al goce o ejercicio de los derechos del (de la) solicitante de refugio o asilo o del refugiado-refugiada o asilado-asilada”. Por tanto puede afirmarse que los refugiados o refugiadas (sean solicitantes o reconocidos) deben gozar del respeto y garantía de sus derechos humanos en todo momento.

En cuarto lugar, el principio de igualdad y no discriminación que se está desarrollado en el apartado 5 del artículo 2 de la L.O.R.R.A.A., en el que se afirma que

“[n]o se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, opiniones políticas, la condición social, el país de origen o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en situaciones de igualdad de la condición de refugiado (a) o asilado (a) de toda persona que así lo solicite”

---

<sup>1094</sup> Al respecto NAVA, B.; FERNÁNDEZ, G.: “Hacia una Protección Integral del Refugiado en Venezuela”, Ponencia presentada en el Foro Público *La Protección de los Refugiados en Venezuela*, el día 20 de julio del año 2004, en [www.ucab.edu.ve/ucabnuevo/cdh/recursos/Forofinal.doc](http://www.ucab.edu.ve/ucabnuevo/cdh/recursos/Forofinal.doc), pág. 6.

Por último, el principio de la unidad familiar contemplado en el artículo 8 de la L.O.R.R.A.A. en el que se establece que “[e]n lo que se refiere a la protección de la unidad familiar del refugiado o refugiada quedan amparados cuando sea requerido, su progenitores, su cónyuge o la persona con quien mantiene una unión estable de hecho y sus hijos menores de edad. La situación de otros familiares será va L.O.R.R.A.A.da individualmente”.

Respecto a los principios que ordenan la actuación de los funcionarios públicos, se tiene en primer lugar el de no devolución desarrollado en el artículo 7 de la L.O.R.R.A.A.:

“Toda persona que solicite la condición de refugiado o refugiada no podrá ser rechazada o sujeta a medida alguna que le obligue a retornar al territorio donde su vida, integridad física o su libertad personal esté en riesgo a causa de las razones mencionadas en el artículo 5. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición la persona que sea considerada, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad de la República o que habiendo sido objeto de una sentencia definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad del País”.

En segundo lugar, de la confidencialidad, desarrollado en el artículo 15: El artículo 15 de la L.O.R.R.A.A. señala “[l]a Comisión Nacional de Refugiados procederá a verificar la información suministrada por el (la) solicitante, garantizando la confidencialidad de la misma”.

En tercer lugar, el respeto a las garantías mínimas de acceso al procedimiento de reconocimiento de la condición y obtención de una respuesta justa. En este marco del respeto y garantía de los parámetros mínimos de los derechos humanos reconocidos por la República, se expresa que se deben desarrollar todas las disposiciones necesarias para el disfrute del derecho al refugio. Entre ellas se encuentran “las medidas legislativas o de otro carácter” establecidas en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>1095</sup>.

---

<sup>1095</sup> NAVA, B.: “Los principios jurídicos que ordenan la aplicación de la Ley en materia de refugio venezolana..., cit. pág. 7.

Los principios procedimentales refieren a la accesibilidad, oralidad, celeridad y gratuidad y están regulados en el artículo 3 de la L.O.R.R.A.A.:

“Todos los procedimientos establecidos en esta Ley, para la determinación de la condición de refugiado o refugiado y asilado o asilada estarán sujetos a los principios de accesibilidad, oralidad, celeridad y gratuidad”.

Como puede observarse, este conjunto de criterios reguladores establecen las directrices de aplicabilidad de la legislación venezolana, pero sólo uno de ellos limita el derecho soberano del Estado: aquel que rige la actuación de los funcionarios públicos y que ordena que ninguna persona pueda ser devuelta a país alguno donde su vida, seguridad o integridad estén en riesgo (artículo 7). Vale decir la prohibición de devolución, que es el pilar fundamental de la legislación venezolana.

De esta manera, con el respeto a la prohibición de devolución, que determina necesariamente la recepción dentro del territorio, el Estado venezolano cumple con su compromiso de brindar protección internacional, proporcionando la protección que el Estado de origen o de residencia no puede otorgar a la persona, y deja la determinación del estatuto que se les otorgará como un asunto a efectuar *a posteriori*. Por tanto, el Estado venezolano garantiza a los refugiados e incluso a los solicitantes de dicha condición la no devolución, que dentro de la legislación venezolana se inscribe como un derecho sustantivo.

Así, la legislación venezolana desarrolla la protección contra la no devolución, que al ser considerada una norma del *ius cogens*<sup>1096</sup>, se constituye en la obligación principal del Estado cuando una persona manifiesta tener temores fundados de persecución en su país de origen o de residencia habitual.

---

<sup>1096</sup> Al respecto JUSTE RUIZ, J.: “Las obligaciones ‘erga omnes’ en el Derecho internacional público”, en *Estudios de Derecho internacional en Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1979, pág. 227.

### 3. EL CONCEPTO DE REFUGIADO DESARROLLADO POR LA LEY ORGÁNICA SOBRE REFUGIADOS O REFUGIADAS Y ASILADOS O ASILADAS

Como se ha señalado en capítulos precedentes, la definición de refugiados varía en función de las diferentes legislaciones, en cada una de las cuales se establecen distintos elementos y diversas obligaciones de protección relacionadas con la garantía y respeto del derecho al refugio por parte de los Estados receptores. En este marco, se puede afirmar que existen diversos instrumentos legales que desarrollan el concepto, lo cual conduce a una práctica variable en el reconocimiento de los refugiados en función de las diferencias regionales.

En este orden de ideas, se puede señalar que existe una definición universal de refugiado, desarrollada en la Convención de Ginebra de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 1967, además de una definición africana, establecidas en la Convención de la OUA de 1969 y otra americana, recogida en la Declaración de Cartagena de 1984, las cuales han sido el marco sobre el cual se han establecido los conceptos de refugiados de las legislaciones internas existentes en la actualidad.

Haciendo un análisis comparado, puede afirmarse que la L.O.R.R.A.A. adoptó un concepto de refugiado fundamentándose en los elementos contenidos en la Convención de Ginebra de 1951<sup>1097</sup>, con lo cual es evidente que el desarrollo legislativo interno se limitó a establecer los criterios restrictivos de este instrumento internacional, restringiendo los motivos de huida<sup>1098</sup>. Así el artículo 5 de la L.O.R.R.A.A. señala que:

“El Estado venezolano considerará como refugiado o refugiada a toda persona a quien la autoridad competente le reconozca tal condición, en virtud de haber ingresado al territorio nacional debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política, y se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad, no pueda o no quiera regresar al país donde antes estuviera su residencia habitual.”

---

<sup>1097</sup> RINCÓN EIZAGA, L.: “La Ley Orgánica sobre refugiados: su aplicación en la frontera colombo-venezolana”, en *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, vol. 11, núm. 2, mayo-agosto, 2005, pág. 118.

<sup>1098</sup> NAVA, B.: “Los principios jurídicos que ordenan la aplicación de la Ley en materia de refugio venezolana...”, cit., pág. 6.

Como puede observarse, dicho artículo afirma que se considerará como refugiado a toda persona que ingrese al país con temores fundados de ser perseguida por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política; sin embargo, dicha norma no define qué debe entenderse por persecución.

Por tanto, puede afirmarse que el concepto de persecución en este instrumento jurídico debe entenderse, como se ha hecho en el contexto latinoamericano, en sentido negativo, es decir como cualquier acto que no provenga de acciones judiciales originadas por delitos comunes. Como prueba de esta afirmación basta con señalar el contenido del artículo 9 de la L.O.R.R.A.A., en el cual se desarrollan las excepciones al reconocimiento de la condición de refugiado o refugiada de la siguiente manera:

“La condición de refugiado o refugiada no será reconocida a las personas comprendidas en los supuestos siguientes: 1. Que hayan cometido delitos contra la paz, crímenes de guerra o contra la humanidad, definidos en los instrumentos internacionales; 2. Que estén incurso en los delitos comunes cometidos fuera del país de refugio y sean incompatibles con la condición de refugiado o refugiada; 3. Que sean culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de la Organización de las Naciones Unidas”, ya que se considera que ninguno de estos actos genera persecución.

Venezuela no es parte de la Convención de 1951. En efecto, el Estado venezolano ha considerado que la Convención de 1951 resulta inaplicable en Venezuela y por ello al existir un instrumento independiente y más universal, como es el Protocolo de 1967, se ha adherido a él<sup>1099</sup>. Sin embargo, al ser el Protocolo de 1967 un instrumento de universalización de las disposiciones de la Convención, ésta sirve de fundamento para la determinación de una persona como refugiado en base a los fundados temores de ser perseguido, con lo que el contenido legal otorgado por la legislación venezolana es congruente con las obligaciones asumidas en el plano internacional.

Desde el punto de vista material, la definición de refugiado en la legislación venezolana, al igual que la definición desarrollada en la Convención de 1951, incluye

---

<sup>1099</sup> Así fue afirmado por el actual presidente de la Comisión Nacional de Refugiados ante el Consejo Ejecutivo del ACNUR en Ginebra. Vid. RINCÓN GAUTIER, R.: *Intervención de la Delegación de la República Bolivariana de...*, cit., pág. 4.

dos elementos principales, uno subjetivo y otro objetivo. En este sentido, la Ley venezolana asume como elemento subjetivo el hecho de tener temores, lo que describe como la existencia de un estado de ánimo que hace huir o rehusar las cosas que se consideran dañosas, arriesgadas o peligrosas, así como el recelo de un daño futuro<sup>1100</sup>. Es importante que este elemento subjetivo representado por el temor esté acompañado de otro elemento objetivo que vincula la necesidad de que dicho temor sea fundado, es decir, fue este basado en una situación objetiva que pueda comprobarse para que ambos elementos sean el fundamento de la solicitud de refugio<sup>1101</sup>.

Desde el punto de vista legal, en la legislación venezolana, al igual que sucede con la definición contenida en la Convención de 1951, se identifican tres modalidades que contribuyen al análisis del concepto de refugiado. Estas son las *cláusulas de inclusión*, que vienen a determinar la condición de refugiado, las *cláusulas de cesación*, que condicionan la protección internacional y las *cláusulas de exclusión*, que impiden que una persona pueda recibir protección internacional.

En relación con las cláusulas de inclusión a las que hace referencia la L.O.R.R.A.A., se puede observar que incluye casi las mismas que están presentes en los instrumentos internacionales, a saber: aquellas referidas a los temores fundados de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social y opinión política, con la única novedad de la inclusión del sexo como motivo de persecución. Esta definición corresponde a una adecuación acorde con el Protocolo de 1967 y por ende de la Convención de 1951, superando, claro está, la limitación espacial y temporal.

---

<sup>1100</sup> ACNUR: *Manual de procedimientos...*, cit., párr. 33.

<sup>1101</sup> “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 intolerable por las razones indicadas en la definición o que, por esas mismas razones, le resultaría intolerable en caso de que regresara a él. Estas consideraciones no tienen que estar basadas necesariamente en la experiencia personal del solicitante. Lo ocurrido, por ejemplo, a sus amigos o parientes y a otros miembros del mismo grupo racial o social puede ser indicio suficiente de que sus temores de convertirse también, más tarde o más temprano, en víctimas de persecución son fundados. Las leyes del país de origen, y, en particular, su modo de aplicación son elementos pertinentes. No obstante, la situación de cada persona debe apreciarse prescindiendo de toda consideración extrínseca. Si se trata de una personalidad conocida, la posibilidad de ser perseguida puede ser mayor que en el caso de una persona anónima. Todos estos factores, por ejemplo, el carácter de la persona, sus antecedentes, su influencia, su situación económica o su franqueza, pueden llevar a la conclusión de que sus temores de ser perseguidas son fundados” (ACNUR: *Manual de procedimientos...*, cit., párrs. 42 -43).



En la evolución de la protección del derecho a buscar y recibir refugio se identifica una primera etapa universal que fundamenta la necesidad de amparar a personas forzadas a dejar sus hogares, por causas que suponen una persecución por razones étnicas, de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, ya sean éstas propias o imputadas por el actor que efectúa la persecución. Posteriormente, América Latina presenció una grave crisis humanitaria que generó miles de refugiados por los conflictos en Centroamérica en la década de los 80 del pasado siglo. De allí que algunos países latinoamericanos, incluido Venezuela, impulsaron la firma de la Declaración de Cartagena, cuyo fin radicaba en la ampliación de la definición de refugiado, partiendo para ello de los elementos de persecución arriba descritos y sumando a éstos las causas reales de huida observadas en el conflicto centroamericano.

Venezuela, a pesar de haber participado activamente en la redacción de la Declaración de Cartagena, no incluye en la definición de refugiado la consideración de estas nuevas causas de persecución<sup>1102</sup>. Así, aun cuando la definición señalada en el artículo 5 se corresponde con los estándares presentes en los instrumentos

---

<sup>1102</sup> A diferencia de la legislación venezolana, la legislación ecuatoriana incluye no sólo la definición de refugiado prevista en la Convención de 1951, sino que además incluye la definición ampliada de refugiado prevista en la Declaración de Cartagena. Así, el Decreto 3301 de 6 de mayo de 1992, conocido como la “Ley ecuatoriana de los refugiados”, se constituye como la principal fuente jurídica nacional, dedicada a la aplicabilidad de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, la cual considera como refugiado: “Artículo 1: Con sujeción al presente Reglamento, será reconocido como Refugiado en Ecuador toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o a causa de dichos temores no quiera, acogerse a la protección de tal país o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. Artículo 2 Igualmente, serán consideradas como refugiados en el Ecuador las personas que han huido de su país 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 y otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. Al respecto, es importante precisar que para la legislación ecuatoriana el reconocimiento bajo una forma u otra no implica la existencia de dos condiciones diferentes; por tanto, si una persona se determina como refugiado bajo el artículo 1 o el artículo 2, los derechos y deberes son aquellos previstos en la Convención de 1951: “The implementing legislation adopted in Ecuador thus establishes a close linkage between the Cartagena definition and the 1951 Convention and the 1967 Protocol. Not only is the Cartagena definition included in this implementing legislation but also specifically stated that the Ministry for Foreign Affairs is competent to determinate refugee status according to the 1951 Convention and 1967 Protocol. This would seem to suggest that there is no contradiction or at least no major gap- between the two definitions as far as the application of the 1951 Convention and the 1967 Protocol are concerned and the 1992 Regulations state that ‘refugees’ in Ecuador are to enjoy the rights provided for the 1951 Convention” (JACKSON, I.C.: *The Refugee Concept in the Group Situations*, The Hague/London/Boston, 1999, pág. 414).

internacionales, las causas reales que generan los desplazamientos de las personas en la región no están contempladas en esas cláusulas de inclusión.

Entretanto, la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas no cumplió con las expectativas de incluir las conclusiones de la Declaración de Cartagena. No obstante, cabe señalar que la Declaración de Cartagena tiene una notable trascendencia al haber recomendado la adopción, a nivel regional, de una definición ampliada de refugiado y por tanto, hay quienes afirman que tanto la definición ampliada como los principios de protección contenidos en la misma son de aplicación obligatoria para los Estados latinoamericanos, por haber alcanzado el carácter de una costumbre regional.

La inclusión del concepto regional de refugiado tenía que haberse considerado en la redacción de la Ley venezolana, no sólo porque Venezuela participó parte en la discusión del mismo en Cartagena en 1984, sino por la necesaria evolución del concepto con miras a proteger a las personas frente a las nuevas realidades del continente americano, donde cada vez se sufren más las consecuencias del conflicto interno colombiano. Unido a lo anterior, se debe considerar que Venezuela es un país receptor de gran número de refugiados producto de la violencia generalizada y la violación masiva de los derechos humanos<sup>1103</sup> a consecuencia del conflicto armado en Colombia. En este sentido, FISCHER ANDRADE afirma que “[l]os Estados que no han incorporado la definición de lo que significa el término ‘refugiado’, como lo define la Declaración de Cartagena de 1984, dentro de sus legislaciones, y sin embargo lo aplican en la práctica, se encuentran obligados por la misma por tratarse de una regla vigente

---

<sup>1103</sup> Los desplazamientos masivos son generados por causas distintas a las contempladas por la Convención de 1951, y estas situaciones no son ajenas a la realidad latinoamericana. Por tanto el tema de la armonización regional respecto a la consideración de este concepto ampliado se hace una medida necesaria (D’ALOTTO, A.; GARRETÓN, R.: “Developments in Latin America: some further thoughts”, en *IJRL*, 1991, págs.500). Esta necesidad también ha sido sugerida por la Resolución de la Asamblea General de la OEA No. 1336 (XXV-O/95), adoptada en la novena sesión plenaria, del 9 de junio de 1995, en la cual se “2. Urge a los Estados miembros a considerar la posibilidad de promover un proceso de armonización legal sobre asuntos de refugiados tomando en cuenta los principios representados en dichos instrumentos como la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, el Protocolo de 1967, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, la Declaración de Cartagena y la Declaración de San José de 1994”.

del Derecho internacional consuetudinario. El raciocinio progresivo que nos ofrece es sólido, aunque también pueda quedar sujeto a la crítica”<sup>1104</sup>.

Por tanto, la no inclusión de esta definición ampliada va en detrimento de la consideración de que las decisiones que se tomen con respecto a las solicitudes de declaración de la condición de refugiado en cualquier país del mundo, deben fundamentarse por ser una obligación internacional en un estudio detallado de las circunstancias individuales de cada caso, y de las causas reales que han originado la huida en el país de origen o residencia, bien sea porque se base en los elementos tradicionales del refugio o porque resulte necesario el reconocimiento de nuevas causas. Por ello, la efectividad de la protección y el compromiso internacional del Estado venezolano frente a las víctimas del conflicto colombiano pueden ponerse en tela de juicio<sup>1105</sup>

#### **4. LA PROTECCIÓN TEMPORAL EN CASO DE AFLUENCIAS MASIVAS**

Como se explicara con anterioridad, Colombia se ha convertido en un país productor de refugiados, situación que se agrava con la consideración de que ya las afluencias masivas no representan un hecho aislado como lo fuera a principios de la década de los noventa. Posiblemente, por este motivo la invisibilidad que ha caracterizado la presencia de los refugiados en las fronteras venezolanas no sea ya un problema que dificulte la localización de las personas con necesidades de protección como lo ha venido siendo hasta ahora.

La promulgación de la L.O.R.R.A.A. representó un gran avance en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones asumidas por el gobierno de Venezuela, frente a la escalada del conflicto colombiano y la protección internacional de las personas. De forma concreta y a consecuencia de las situaciones de afluencias masivas suscitadas en 1999 y a principios de 2001 dicha normativa, desarrolló una protección especial para la protección de las personas que se desplazaban masivamente, con lo cual

---

<sup>1104</sup> FISCHER ANDRADE, J.H.: “Regionalización y Armonización del Derecho de los Refugiados...”, cit., pág. 94.

<sup>1105</sup> NAVA, B.: “Los principios jurídicos que ordenan la aplicación de la Ley en materia de refugio...”, cit., pág. 8.

demonstró un real compromiso respecto a la protección de las personas colombianas que ingresan en afluencia masiva y necesitan protección internacional en Venezuela.

Por tanto, es preciso aclarar que la inclusión de la protección temporal en la legislación venezolana no puede entenderse como una institución que apareje una reducción de la protección que supone la concesión del estatuto de refugiado, sino una institución de protección que se otorga cuando no es posible la determinación individual debido a las circunstancias que acompañan los desplazamientos masivos.

#### **4.1. La regulación de la protección en caso de afluencias masivas en la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas.**

Entre los mecanismos legales para regularizar la permanencia de las personas extranjeras, el Estado venezolano ha desarrollado, en el marco de la protección internacional, una forma de protección que resulta aplicable en caso de afluencias masivas. Esta protección se encuentra desarrollada en el capítulo VII del Título II de la L.O.R.R.A.A..

En el marco de la ley, dicha protección se entiende como una respuesta inmediata, en el marco de los compromisos humanitarios<sup>1106</sup>, a una afluencia masiva de personas que huyen por alguna razón, sin que dichos motivos condicionen las acciones del Estado para la concesión de esa protección. Esta regulación tiene como objeto cumplir el mandato constitucional establecido para ofrecer solución jurídica a una situación fáctica que afecta a la sociedad venezolana como son las afluencias masivas de personas que huyen del conflicto colombiano y su inclusión en la ley tiene su

---

<sup>1106</sup> Al no existir en el marco del ACNUR una definición de compromisos humanitarios, podría estimarse válida aquella que haga referencia a las respuestas estatales ante los problemas y las emergencias humanitarias. Al respecto TORROJA MATEU define estos aspectos como “[s]ituaciones de emergencia cuya solución no quiere o no puede afrontar adecuadamente el Estado donde acontecen. Las emergencias humanitarias son situaciones de sufrimientos masivos y extremos de poblaciones ocasionados por una catástrofe concreta -sea de la naturaleza que sea y tanto en tiempos de guerra como de paz-, en las que es necesaria una asistencia urgente para la supervivencia de tal población” (TORROJA MATEU, H.: *La asistencia humanitaria en la Organización de las Naciones Unidas: Fundamentos y perspectivas actuales*, Atelier, Barcelona, 2004, pág. 361). En este caso concreto, el compromiso humanitario de los Estados estaría enfocado a otorgar la acogida temporal y asistencia a las personas que integran el grupo que ha huido en afluencia masiva.

fundamento en las situaciones de afluencias masivas ocurridas a principios de 1999, como se ha relatado en el capítulo anterior<sup>1107</sup>.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de la L.O.R.R.A.A. la protección depende de la consideración de que el grupo de personas ingrese en el territorio de la República en situación de afluencia masiva, la cual es definida en los siguientes términos:

“la llegada al territorio nacional de grupos de personas necesitadas de protección que huyen de un mismo país, dificultándose la determinación momentánea de las causas que motivaron su movilización (...)”

La inclusión de esta definición de afluencia masiva y de la posibilidad de otorgamiento de una protección especial representa una respuesta positiva y pragmática que da la legislación venezolana a la crisis que desencadena un desplazamiento masivo de personas. Así, a diferencia de muchos Estados en Latinoamérica<sup>1108</sup>, Venezuela se compromete a proteger a todo grupo de personas que cruza la frontera en masa huyendo de un mismo país en salvaguardia de su vida, teniendo en cuenta que dichos flujos masivos no pueden considerarse como situaciones ajenas a la realidad regional.

Así, la protección otorgada en caso de afluencia masiva está dirigida a proteger a beneficiarios concretos, vale decir a un grupo de personas que con necesidades de protección internacional que huyen del país de origen como resultado de circunstancias concretas. Al respecto la Ley venezolana presenta una enumeración taxativa (también en el artículo 32) de los supuestos en los cuales el Estado atenderá y protegerá provisionalmente a los grupos de personas:

- a) Personas que utilizan el territorio nacional como tránsito para ingresar de nuevo al territorio de procedencia.

---

<sup>1107</sup> Así fue establecido en el Proyecto de Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas, elaborado en coordinación con la Comisión de Redacción de la Ley sobre Refugio y Asilo de la Defensoría del Pueblo, Consignado ante la Comisión Permanente de Política Exterior, en Caracas, marzo de 2001.

<sup>1108</sup> Países como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay o Uruguay no poseen regulación específica relacionada con la protección en caso de afluencias masivas.

- b) Personas que desean permanecer temporalmente en territorio venezolano y no desean solicitar refugio.
- c) Personas que deseen solicitar refugio en Venezuela.

Como se puede evidenciar en el párrafo anterior, la legislación estipula puntualmente las situaciones que desencadenarán las acciones del Estado. Esta enumeración es la sistematización de las experiencias que el Estado venezolano ha tenido a lo largo del tiempo en relación a los flujos de colombianos que han huido en masa de las graves acciones violentas que se suceden por razón del conflicto colombiano. Dicha afirmación se desprende de la posición adoptada por la Defensoría del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela respecto a cuál sería la calificación que debería darse a los grupos que huyeron desde La Gabarra, Norte de Santander, en 1999, finalmente descrita en los siguientes términos: “a) el conformado por población flotante, que coyunturalmente se encuentra en la zona. Este grupo se traslada a Venezuela para ingresar a Colombia por otra frontera que le permita entrar a su país de procedencia sin tener que atravesar la zona de conflicto; b) un segundo grupo, conformado por los pobladores naturales de los poblados fronterizos de los Estados señalados anteriormente, integrado por campesinos con arraigo en sus tierras, que huye de la violencia pero no quiere abandonar sus propiedades; c) un tercer grupo, con el mismo perfil del segundo, pero que ha perdido sus viviendas o propiedades, incluso su familia, y que no puede regresar a Colombia porque su vida y su integridad física o la de su familia corren peligro”<sup>1109</sup>.

Así, de la redacción de tal lista se puede deducir que el Estado venezolano pretende concretar las circunstancias o hechos que determinen la intervención de los organismos del Estado. Además, en sus términos queda recogida la temporalidad de la asistencia, resaltando la naturaleza misma de la institución a que se refiere como una protección de corta duración<sup>1110</sup>, lo que indica claramente que la legislación venezolana

---

<sup>1109</sup> ÁLVAREZ, R.: “Desplazados y Frontera: Una nueva problemática en las relaciones Colombo-Venezolanas”, COMITÉ ANDINO DE SERVICIOS: *Derecho de los(as)*..., cit., pág. 21.

<sup>1110</sup> Así resulta estipulado en el artículo 21 y 22 del Reglamento de la L.O.R.R.A.A. Según el artículo 21, las personas que se les otorgue protección temporal gozarán de la misma mientras subsistan las causas que motivaron su movilización. El artículo 22 hace una limitación en lo que respecta a su duración, estableciendo que “[e]l tiempo de permanencia de las personas comprendidas en el artículo anterior será de noventa (90) días continuos y podrá ser prorrogado por la Comisión Nacional para los Refugiados una

entiende la protección en caso de afluencia masiva como el paso previo para la búsqueda de un mejor estándar de protección, sea ésta la solicitud de refugio al Estado venezolano, la salida hacia un tercer país o la repatriación voluntaria a su país de origen cuando se den las condiciones de seguridad.

#### 4.1.1 *La garantía de admisión al territorio.*

Con base en la naturaleza declarativa del refugio expuesta en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, las personas que ingresan a un país huyendo por razones de persecución o por otras razones que impidan su permanencia en su país de origen deberían ser consideradas como personas con necesidades de protección<sup>1111</sup>.

No obstante, la realidad y la legitimidad del reconocimiento como refugiado según la ley venezolana obedece a una naturaleza distinta que depende de la decisión de la Comisión Nacional de Refugiados: “un refugiado es aquella persona que abandona el país del cual es nacional, o aquel del cual es residente, por razones de miedo a ser perseguido por motivos de raza, religión, condición social o política, y no puede regresar a su país de origen o residencia por cuanto su vida e integridad física corren peligro. Ello implica que el término de refugiado alude a una condición de la persona, en los supuestos o circunstancias indicados, lo que se traduce en el carácter declarativo del reconocimiento que hace un Estado de dicha persona como refugiado, por cuanto éste deriva de su condición personal”<sup>1112</sup>. Por tanto, es a través de la declaración de la

---

sola vez, y por un período igual, previa evaluación de las condiciones imperantes en el lugar de procedencia de dichas personas”.

<sup>1111</sup> “De acuerdo con la Convención de 1951, una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado” (ACNUR: *Manual de procedimientos...*, cit., párr. 28). En este mismo sentido, *Principios y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina*, Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), Managua, 1989, en [www.acnur.org/biblioteca](http://www.acnur.org/biblioteca).

<sup>1112</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Opinión jurídica contentiva de directrices sobre la materia de refugiado y asilo para las defensorías delegadas*, Dirección General de Servicios Jurídicos, Exp. DD-046-02, Caracas, 18 de abril de 2002, pág. 1.

CNR<sup>1113</sup> que se concede el estatuto de refugiado y con él, todos los derechos inherentes a tal condición.

En este contexto y siendo la protección en caso de afluencias masivas una protección especial dentro del marco jurídico venezolano, existe una obligación expresa del Estado en relación a este caso concreto. Dicha obligación se refiere a la admisión en territorio de las personas que se desplazan masivamente. Así, el artículo 33 señala que:

“En situaciones de afluencia masiva, el Estado garantizará la admisión al territorio nacional y, en colaboración con los organismos internacionales, la asistencia humanitaria para satisfacer sus necesidades básicas, sin que en ningún caso alguna de estas personas sea devuelta”.

En lo que respecta a esta protección, la ley venezolana reconoce la acogida territorial como el inicio de una acción que se utiliza para proteger, por un tiempo determinado, a las personas que huyen de su país independientemente de las causas que motiven dicha huida. Con el régimen planteado, el gobierno de Venezuela pretende garantizar la seguridad física de las personas que han cruzado la frontera y que se hallan en el territorio venezolano en espera de una solución duradera.

En los términos en que fue redactada la ley, puede entenderse que la protección en caso de afluencia masiva es una protección provisional que se aplica cuando la determinación individual se hace imposible debido a la magnitud del grupo de personas. Sin embargo, no se fija el contenido de los derechos de los protegidos ni se detalla las

---

<sup>1113</sup> Para la toma de esta decisión, es preciso que la STR o la CNR elaboren un análisis de las cláusulas de inclusión, cesación y exclusión y que se cumplan con el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado en Venezuela, inscrito en el Reglamento de la LORA. Respecto al análisis antes señalado, es importante recordar que el mismo debe fundamentarse en los estándares internacionales en materia de protección de los refugiados contenidos en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, y en las recomendaciones incluidas en la Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la Determinación de Refugiado Conclusión No. 8, (XXVIII), 28º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1977. En este documento, el Comité Ejecutivo resaltó la importancia de los procedimientos internos para la determinación de la condición de refugiado, y expresó la esperanza de que todos los Estados partes en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 que aún no los hubiesen ratificado tomaran las medidas para hacerlo en un futuro próximo y que los mismos se ajustasen a dichos instrumentos universales y favorecieran la participación de ACNUR. Respecto a las conclusiones y recomendaciones del ACNUR, es preciso resaltar que las mismas no poseen fuerza vinculante. No existe ningún mecanismo que tenga por función el seguimiento y cumplimiento de estas en el ámbito nacional. Por tanto, están desprovistas de valor probatorio y no pueden constituir la base de una decisión judicial. No obstante, podría considerarse la contribución de estos instrumentos en la formulación de la *opinio iuris* respecto a determinados aspectos de la protección de los refugiados en Venezuela. Para un análisis de el valor de estos instrumentos puede revisarse SZTUCKI, J.: “The conclusions on the international Protection of Refugees Adopted by the Executive Committee of the UNHCR Programme”, en *IJRL*, vol. 1, 1989, págs. 285-318.



obligaciones estatales en relación a esta circunstancia en particular, obviando las recomendaciones que sobre la protección en estos casos hiciera la Declaración de Cartagena de 1984.

Por tanto, de forma general y tomando en consideración el escaso desarrollo de esta institución de protección, se puede afirmar que el contenido de esta protección provisional comienza con la garantía de protección contra la devolución involuntaria al territorio del que vienen huyendo, asumiendo que las personas del grupo no serán sancionadas por entrar al país de forma irregular, o por falta de documentación conforme a las normas migratorias. Así, partiendo de la redacción expresa de la obligación de acogida temporal, se puede llegar a concluir que en la legislación venezolana se ha consagrado un derecho subjetivo a la no devolución, representando el más importante derecho del cual se hace acreedora la persona a quien le es otorgada esta protección internacional. De esta manera, puede entenderse que con la asunción por parte del Estado de la protección de personas en situación de afluencia masiva, estas verán inmediatamente reconocido su derecho de permanecer en el país mientras persista la situación que motivó la huida o hasta que se encuentre de una solución duradera.

En caso contrario, podría afirmarse que las personas que forman parte de la afluencia masiva tiene derecho a un recurso judicial efectivo. Al respecto, La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado que en virtud de las obligaciones asumidas en virtud del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>1114</sup>, los Estados deben ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos, incluso aquellos no reconocidos por la dicha Convención<sup>1115</sup>. En igual sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha afirmado que las obligaciones de los Estados no sólo se limitan al respeto de los derechos humanos, sino que es preciso desarrollar

---

<sup>1114</sup> “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales; 2. Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

<sup>1115</sup> Así lo ha reiterado la Corte en el Caso Velásquez Rodríguez, Serie C: Resoluciones y Sentencias, núm. 1, Excepciones Preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párr. 30; Corte IDH, párr. 90.

actividades concretas para asegurar el ejercicio de estos derechos, tales como la existencia de recursos judiciales adecuados<sup>1116</sup>.

La Comisión Interamericana ha enfatizado la necesidad de garantizar el derecho a un recurso judicial efectivo frente a los extranjeros, puntualizando que es una obligación del Estado: “Proporcionar a los extranjeros un recurso contra las violaciones de los derechos al debido proceso, a la no discriminación y otros derechos y libertades mencionados antes. Cuando los extranjeros sean sometidos a procedimientos judiciales, sea por vía de la apelación administrativa o por medio del recurso de amparo y habeas corpus”<sup>1117</sup>.

De esta manera, los solicitantes de la condición de refugiado, los refugiados e incluso las personas que ingresan como parte de una afluencia masiva pueden ejercer un recurso ante las instancias judiciales nacionales en caso de que se viole el derecho a la no devolución. Así, se podrá reestablecer la situación jurídica infringida y obtener reparación, en especial en los casos en que la expulsión de los mismos sea a causa de criterios de seguridad nacional, como ocurriera en pasadas oportunidades entre 1999 y 2001.

Por tanto, según lo expresa el artículo 33 de la L.O.R.R.A.A. es imperativo asegurar que las personas en búsqueda de protección estén plenamente protegidas en caso de afluencias masivas. La obligación de los Estados de no expulsar, repatriar o devolver a los refugiados a territorios en los que su vida o su libertad corren peligro es el pilar fundamental de la protección internacional, que se ha convertido en una norma de Derecho consuetudinario internacional con carácter obligatorio para todos los Estados. Además, el Derecho internacional de Derechos humanos ha establecido la no devolución como componente fundamental de la prohibición absoluta de la tortura y los tratos o las penas crueles, inhumanas o degradantes, como se explicó en capítulos anteriores.

---

<sup>1116</sup> OEA. Comité de Derechos Humanos: *Observación General No 3*, 31 de julio de 1981.

<sup>1117</sup> OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe sobre Terrorismo 2002*, en [www.cidh.org](http://www.cidh.org).

#### 4.1.2. La asistencia humanitaria.

La entrada en afluencia masiva de personas al territorio venezolano genera la acogida territorial de las personas que hacen parte de este grupo. En este mismo sentido, según está establecido en el artículo 33 antes descrito, en esta situación de emergencia el Estado venezolano posee además la obligación de garantizar la asistencia humanitaria para satisfacer las necesidades básicas, enfatizando que en ningún caso se permitirá la devolución de las personas<sup>1118</sup>.

Como puede desprenderse de lo antes señalado, el contenido de esta disposición representa una norma marco en el que se recogen obligaciones generales que no poseen contenido expreso. Tales obligaciones pueden resumirse en las obligaciones inmediatas (la admisión), las subsecuentes (la asistencia humanitaria) y las permanentes (la no devolución), las cuales representan normas mínimas de respeto en caso de afluencia masiva. En conjunto estas obligaciones que parten de la excepcionalidad y la emergencia propias de la protección en caso de afluencia masiva, son las que garantizan el derecho de permanencia en el territorio del Estado.

Sobre la asistencia humanitaria es preciso indicar que representa en el contexto venezolano una verdadera garantía de la seguridad física de las personas que ingresan como parte de una afluencia masiva, pues en la mayoría de los casos las mismas entran en una situación de extrema vulnerabilidad debido a la premura con la que se vieron obligados a escapar, ingresando al país con poco más que la ropa que llevan consigo, sin ningún recurso para poder establecerse e incluso alimentarse en territorio venezolano. Por ello, sería importante establecer claramente las cadenas de responsabilidad y los mecanismos de coordinación para la garantía de esta obligación de protección asumida por el Estado venezolano, ya que una respuesta humanitaria es imprescindible para solventar la pobreza agravada de estos grupos desplazados forzosamente: “a pesar del avance normativo logrado, y después de haber acumulado cierta experiencia, se puede

---

<sup>1118</sup> Esta disposición fue incluida en la legislación venezolana tomando en consideración las recomendaciones del ACNUR recogidas en la *Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la Protección de las Personas que buscan asilo en situaciones de afluencia a gran escala*, Conclusión No. 22, (XXXII), 30° período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1981, según lo afirma la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas..., cit., pág. 4.

afirmar que el Estado no ha estructurado mecanismos y políticas para concretar y hacer efectiva la asistencia social a quienes se encuentran en su territorio esperando reconocimiento como refugiados. Así mismo, se puede advertir que el Estado tampoco tiene políticas efectivas para atender afluencias masivas”<sup>1119</sup>.

Desafortunadamente, las emergencias que aparejan los flujos masivos de población son de por sí numerosas y teniendo en cuenta la precariedad de los medios con que se cuenta en los Estados fronterizos para el apoyo de estas contingencias, la posibilidad de aplicar en la práctica esta obligación estatal queda en entredicho, ya que después de promulgada la Ley y el Reglamento no se han desarrollado planes de contingencia ni se han establecido líneas de acción claras con los organismos descentralizados ni con las organizaciones internacionales para la asistencia y apoyo en estas circunstancias. Por ello, la inobservancia de esta disposición podría tener graves consecuencias si no se desarrolla el contenido de dichas obligaciones y también de los derechos de las personas que son protegidas provisionalmente, pues sólo a través de una enumeración de los mismos se pueden proteger efectivamente a los grupos de personas, que en la mayoría de los casos se encuentran en situación de vulnerabilidad. Venezuela, por su proximidad y por sus amplias y permeables fronteras, es uno de los principales receptores de personas que huyen del conflicto colombiano, y que ingresan en territorio nacional venezolano sumidas en el más absoluto desamparo.

En el 2004, en atención a la emergencia originada por la afluencia de 293 personas de la etnia wayúu, el gobierno venezolano, a través de Protección Civil y en acción conjunto con ACNUR, UNICEF y Cruz Roja seccional Zulia, apoyó a las personas que se encontraban en territorio venezolano como consecuencia de la incursión paramilitar y posterior desalojo de la población local en Bahía Portete, en Colombia<sup>1120</sup>.

---

<sup>1119</sup> ALVARADO, M. “El Derecho al Asilo...”, cit., pág. 166. Esta afirmación persiste en la actualidad y las prerrogativas vinculadas a la protección y asistencia humanitaria no se han desarrollado ni están en el debate nacional como prioridad. Por su parte ACNUR hace esfuerzos por mejorar su sistema de atención al refugiado y elabora líneas de acción para el apoyo en caso de flujos masivos.

<sup>1120</sup> La Asamblea Nacional Venezolana creó una Comisión Especial para atender las necesidades de la comunidad wayúu que buscaba protección internacional. La Comisión reconoció la importancia de trabajar junto a otras entidades como la Cruz Roja, UNICEF y ACNUR entre muchas otras. La primera tarea de la Comisión fue coordinar esfuerzos con sus homólogos colombianos a fin de facilitar el diálogo, restablecer la seguridad y llegar a estabilizar el conflicto en el área. Por parte del gobierno, la Dirección Nacional de Protección Civil fue la responsable de distribuir la asistencia humanitaria, que incluye alimentos, medicinas y otros suministros a la comunidad. *Vid.* ACNUR: “Respuesta a la emergencia

En el marco de este plan de acción, se crearon Comisiones para solventar los temas concretos, dentro de las que el Estado venezolano fue el integrante menos participativo, pues los apoyos humanitarios se desarrollaron principalmente por los organismos humanitarios. Estos fueron los que realmente asumieron el compromiso formal de asistir integralmente a este grupo vulnerable, a pesar de que por mandato legal el Estado tenía obligación de responder positivamente en conjunción con las organizaciones internacionales en cuanto a la asistencia básica para la subsistencia de este grupo de personas de reciente ingreso.

#### **4.2. La protección temporal en el Reglamento de la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas.**

La función de un reglamento es desarrollar las disposiciones de una ley. En este sentido, con la promulgación del Reglamento sobre la Ley de refugiados se esperaba el establecimiento de una serie de directrices que favorecieran la aplicabilidad de la protección de las personas que ingresaran al territorio venezolano en afluencias masivas.

##### *4.2.1. La estructura y los objetivos del reglamento*

El Reglamento de la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas, del 4 de julio de 2003, está compuesto por 27 artículos, estructurados de la manera siguiente:

- El capítulo I sobre la Condición de Refugiado (artículos 1 al 13).
- El capítulo IV sobre el Recurso de Reconsideración (artículos 14 al 16).
- El capítulo V sobre los Derechos y Obligaciones de los Refugiados y Refugiadas (artículos 17 al 18).
- El capítulo VI sobre la Expulsión (artículo 19).
- El capítulo VII sobre la Repatriación Voluntaria (artículo 20).
- El capítulo VIII sobre las Afluencias Masivas (artículos 21 al 22).

---

humanitariadeloswayúu”, [www.acnur.org/publicaciones/acnurinforma/acnur\\_informa\\_001/edicion001.htm](http://www.acnur.org/publicaciones/acnurinforma/acnur_informa_001/edicion001.htm), junio 2004.

- El capítulo VIII sobre la Interpretación del Presente Reglamento (artículo 23).
- El capítulo IX sobre la Cesación o Pérdida de la condición de refugiado o refugiada (artículo 24).
- El capítulo X sobre la interpretación del Reglamento (artículo 25).
- El capítuloXI que recoge las Disposiciones Finales (artículo26 al 27).

El Capítulo VIII del Reglamento, relativo a las afluencias masivas, lejos de desarrollar las normas de la L.O.R.R.A.A., se limitó a desarrollar tres artículos tendentes a mejorar la protección en estos casos: uno relativo al tipo de protección, otro en el que se establece la duración de la permanencia de las personas que ingresan en afluencia masiva, y por último uno relacionado a la creación del expediente.

En consecuencia es claro que no se puede hablar de la existencia de un régimen de protección temporal en Venezuela, pues en primer lugar el desarrollo de este instrumento no tenía por finalidad el mejoramiento de la protección temporal y en segundo porque no existen disposiciones concretas respecto a temas fundamentales para la efectiva protección temporal de las personas que huyen en afluencia masiva.

Entretanto, es importante precisar que a pesar de que se tuvo en cuenta la opinión del ACNUR y de organizaciones no gubernamentales, la redacción de este reglamento estuvo únicamente a cargo de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela, la cual no hizo el esfuerzo de desarrollar las directrices necesarias para subsanar las lagunas legales dejadas por la L.O.R.R.A.A., ni para desarrollar los procedimientos en orden a procurar una correcta aplicabilidad; por ello, el reglamento en general se limitó a reproducir la mayoría de las disposiciones de la Ley.

Así, aun cuando el Reglamento de la L.O.R.R.A.A. estableció el procedimiento para solicitar la condición de refugiado y determinó claramente el estatuto legal de las personas que el Estado reconoce como refugiados, dejó considerables vacíos en cuanto a este procedimiento y en relación a la protección otorgada en caso de afluencia masiva. Entre estas deficiencias, es preciso indicar que el reglamento no estableció las normas mínimas para la organización administrativa de la Comisión Nacional para los Refugiados, ni el desarrollo de las atribuciones que la Ley confiere a dicha Comisión

para lograr definir claramente su ámbito de aplicación. En este instrumento tampoco se desarrollaron directrices respecto a la protección de las personas que requieren atención especial, como grupos vulnerables de niños, mujeres e indígenas y además se omitió todo lo referente a la emisión, características y duración de la documentación para los refugiados y asilados.

En relación con las personas que ingresan en afluencia masiva, se dejó de lado el desarrollo de los mecanismos de atención humanitaria y protección que habían sido previstos en la Ley. De forma general, puede afirmarse que el Reglamento no logró, como se esperaba, establecer un conjunto de disposiciones relativas a la cooperación entre las autoridades locales y nacionales la cual es fundamental para la atención de estas contingencias.

#### *4.2.2. El otorgamiento de la protección temporal.*

A pesar de la precariedad del desarrollo de las normas reglamentarias, es preciso destacar que el artículo 21 introduce una novedad respecto a las disposiciones de la L.O.R.R.A.A., pues en dicho artículo se define la naturaleza de la protección que se otorga en caso de afluencias masivas, haciendo referencia expresa a la protección temporal como una protección distinta a la otorgada a los refugiados<sup>1121</sup>. De esta manera, el artículo 21 señala expresamente que:

“En caso del ingreso de grupos de personas pertenecientes a un mismo país necesitadas de protección temporal, las mismas gozarán de dicha protección mientras subsistan las causas que motivaron su movilización”.

En los términos en que fue redactada, se entiende que la protección temporal es concebida como una protección provisional que se aplica cuando la determinación individual no puede realizarse debido a la magnitud de grupo de personas<sup>1122</sup>. No

---

<sup>1121</sup> “La protección que se otorga a los refugiados tiene naturaleza transitoria, puesto que el refugio puede cambiar de condición si se integra a la sociedad que lo acoge, se traslada voluntariamente a un tercer Estado, o si regresa de manera voluntaria al país de donde salió huyendo” (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Opinión jurídica contentiva de directrices sobre la materia de refugiado*, cit., pág. 2).

<sup>1122</sup> Según se deduce del artículo 32, que define afluencia masiva, la determinación de que se considere un grupo de personas como parte de una afluencia masiva depende precisamente de que sea difícil la determinación momentánea de las causas que motivaron su movilización.

obstante, no se establece el procedimiento requerido para su otorgamiento, ni se establecen los estándares mínimos de que gozarán a las personas que son protegidas temporalmente<sup>1123</sup>.

#### 4.2.3. *La duración de la protección temporal.*

La duración es el elemento más importante de la protección temporal. De hecho, es el rasgo definitorio y distintivo de la protección que se otorga a los refugiados, la cual es también temporal pero no es una protección de emergencia. En este sentido, la temporalidad de la protección de los refugiados es diferente de la protección temporal, pues esta institución sólo es aplicable en caso de flujos masivos cuando la determinación individual es imposible. Al respecto, el artículo 22 del Reglamento de la L.O.R.R.A.A. señala que:

“El tiempo de permanencia de las personas comprendidas en el artículo anterior, será de noventa (90) días continuos y, podrá ser prorrogado por la Comisión Nacional para los Refugiados, una sola vez, y por un período igual, previa evaluación de las condiciones imperantes en el lugar de procedencia de dichas personas”.

La ley venezolana explica claramente que las personas bajo dicho régimen serán consideradas protegidas por un lapso de 90 días continuos prorrogables; en este espacio de tiempo se les considerará protegidos temporalmente sin perjuicio de que puedan en cualquier momento de estos 90 días o en futuras prórrogas a estos días, proceder a la solicitud de refugio cuando la persona pruebe tanto el carácter objetivo como el subjetivo de los temores fundados de persecución, como señala el artículo 5 de la L.O.R.R.A.A.. La L.O.R.R.A.A. es clara al señalar que la protección temporal se otorga

---

<sup>1123</sup> El fenómeno de las afluencias masivas empeora la difícil situación de la acogida territorial de las personas colombianas que ingresan en Venezuela. Así, al no existir un interés político por parte del gobierno para la asistencia de las personas que huyen del conflicto colombiano, sus problemas se agudizan principalmente debido a la intolerancia, la violencia y el conflicto social que enfrenta a los refugiados con los ciudadanos venezolanos en las zonas fronterizas. La exclusión social, la pobreza, el desempleo, la delincuencia organizada, se han convertido en las causas que afecta el bienestar de los solicitantes de refugio los refugiados en Venezuela y los protegidos temporalmente, quienes son los más vulnerables entre los mencionados. Dicha afirmación puede sustentarse en la inexistencia del contenido de los derechos de los protegidos temporalmente, lo cual trae como consecuencia la carencia de documentación que permita identificar su condición. Esta situación expone a estas personas a las repatriaciones forzadas y al menoscabo de sus derechos fundamentales.



en primer término por 90 días, los cuales pueden ser prorrogados por tiempo igual<sup>1124</sup>. Lo importante es que dicha prórroga debe entenderse en función de la protección internacional que se le brinda a la persona y no como una acción simplista del Estado.

Con lo anterior se quiere dejar claro que la protección temporal en Venezuela no debe entenderse como una excusa para la no aplicación del régimen de protección desarrollado en la L.O.R.R.A.A., sino, por el contrario, ha de entenderse como la respuesta humanitaria, condicionada a criterios objetivos, cuyo fin último es la protección de un grupo de personas cuando la determinación individual se hace imposible.

Así, cabe señalar que la protección temporal no es un estatuto propiamente dicho, pues no puede afirmarse que en el marco de las disposiciones legales o reglamentarias se haya desarrollado jurídicamente otro estatus distinto del de la condición de refugiado. La protección temporal es entendida como una protección provisional que se podrá prorrogar en caso de necesidad y que dará paso a la repatriación voluntaria o a la solicitud de refugio o a cualquier otra solución duradera.

## **5. LAS DEFICIENCIAS EN LA PROTECCIÓN DE LAS AFLUENCIAS MASIVAS**

El refugio como institución de protección internacional a personas que huyen por motivos de persecución no se desarrolló legalmente hasta octubre de 2001, con la L.O.R.R.A.A. Dicha ley fue redactada a propósito de la presión internacional ejercida principalmente por el Comité de Refugiados de Estados Unidos, después que se conociera la devolución de un grupo de personas colombianas que habían ingresado a Venezuela en afluencia masiva, cuyo retorno forzoso produjo la vulneración de los derechos a la libertad, seguridad e incluso a la pérdida de la vida de varias personas.

---

<sup>1124</sup> Lo que no está explícito en la Ley es hasta cuándo puede prorrogarse, porque, como es sabido, la protección temporal no constituye un estatuto y por tanto debe estar considerado como un *iter* en la consecución de una solución duradera.

La Ley relativa al refugio no había sido promulgada en Venezuela debido a la falta de interés por el tema de la protección internacional, pues, a pesar de que a nivel estatal y de sociedad civil se conoce ampliamente el conflicto armado interno entre los grupos irregulares colombianos y el gobierno, la percepción del Estado venezolano es que los colombianos desde siempre han cruzado la frontera obligados por las necesidades económicas y no por la persecución que el conflicto armado puede ocasionar. En este contexto, dicha apreciación es el producto de una larga trayectoria de pensamiento que ha sido predominante en Venezuela y en gran parte de Latinoamérica, en virtud de la cual de las políticas estatales han estado enfocadas al otorgamiento del asilo como respuesta a la persecución política.

No obstante, en la L.O.R.R.A.A. la protección para los casos de afluencias masivas no posee directrices claras de aplicación, con lo que las emergencias que suscitan las afluencias masivas de personas en el territorio venezolano se han asumido de manera improvisada, lo que ha puesto en peligro la seguridad de los grupos que cruzan la frontera en busca de protección.

En los últimos años, los flujos masivos continúan produciéndose como vía de escape. En el año 2003, durante los meses de marzo y abril, los ataques indiscriminados de los grupos insurgentes obligaron a muchas personas a movilizarse hacia la zona de Río de Oro, en el Estado Zulia. Un primer grupo, que venía huyendo del ataque de los paramilitares, fue cuantificado en 200 personas y al respecto, la Defensoría del Pueblo del Estado Zulia confirmó públicamente la presencia de grupos de refugiados en la región de Río de Oro, alrededor del asentamiento indígena barí y en la selva venezolana, así como en El Cruce, municipio Jesús María Semprún, y en zonas como La Vaquera, La Escuelita y Frontalia, del mismo estado Zulia. En este mismo año, hubo un segundo grupo, calculado en 600 personas, y un tercer grupo de 1.000, que representaba comunidades enteras que se desplazaban por las mismas circunstancias y por la misma zona<sup>1125</sup>. Estos grupos de personas se dispersaron en el territorio nacional; muchos de ellos solicitaron refugio, pero otros permanecen en territorio venezolano de manera

---

<sup>1125</sup> EQUIPO NIZKOR: “Informe Global: el derecho a buscar y recibir refugio en la zona fronteriza colombo-venezolana”, en *Derechos en* [www.derechos.org/nizkor/venezuela/doc/refu.html](http://www.derechos.org/nizkor/venezuela/doc/refu.html), septiembre, 1999, págs. 3-6.

ilegal<sup>1126</sup>, debido a la incapacidad del Estado venezolano para procesar sus solicitudes y atenderlos como grupo con necesidades de protección internacional.

En 2004, la Comisión Nacional para los Refugiados, por vez primera y como respuesta ante la emergencia suscitada por el flujo masivo de una comunidad de indígenas de la etnia wayúu, otorgó protección temporal a 292 personas. Así, en ejercicio de la potestad que otorga la L.O.R.R.A.A. y ante la voluntad manifestada del grupo de volver a su tierra natal, el Estado venezolano se comprometió a proteger a este grupo de personas que habían huido de su comunidad en Bahía Portete, ubicada en La Guajira, Colombia<sup>1127</sup>, después de una serie de ataques armados y masacres llevadas a cabo por grupos armados ilegales en el mes de mayo de 2004<sup>1128</sup>.

La aplicación de esta protección se tradujo en el reconocimiento formal de acogida en condiciones provisionales de un grupo de personas; sin embargo, su

---

<sup>1126</sup> Desde 1999, año que marca el comienzo de las afluencias masivas de personas procedentes de Colombia, el Estado venezolano llevó a cabo una política de rechazo en frontera o en el mejor de los casos, de repatriación tras brindar una breve ayuda humanitaria. El Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA) documentó muchos de estos flujos, en los cuales destacaba las siguientes características comunes al tratamiento de la afluencia masiva: “a) Participación preponderante de la Fuerza Armada Nacional en el trabajo de recepción de refugiados; b) La asistencia humanitaria durante breves períodos; c) El enfoque de seguridad nacional que privó en el tratamiento de la afluencia masiva en detrimento del respeto por los derechos humanos, y en especial por el derecho a solicitar asilo de las personas desplazadas; d) La repatriación acelerada de los colombianos, sin constatar las garantías de seguridad que debían existir en el país de origen; e) La falta de participación de los refugiados en la implementación de dicho retorno; f) La incursión del personal militar del Estado colombiano, que en muchas ocasiones amedrentaron o instaron a la población a retornar, en condiciones de inseguridad; g) La falta de aplicación del mecanismo de reconocimiento de la condición de refugiado acelerada o *prima facie*; h) La implementación del término “desplazados en tránsito”, para referirse a los refugiados colombianos que requerían protección internacional. El significado jurídico dado a este término por las autoridades que abordaron la afluencia masiva de refugiados condujo a la no aplicación del marco normativo del derecho de asilo contenido en la Convención sobre el Estatuto de los refugiados de 1951, y consecuentemente, a la repatriación de los refugiados” (PROVEA: *Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*, Informe Anual, octubre 1998-septiembre 1999, Caracas, 2000, pág. 34).

<sup>1127</sup> La Comisión Nacional de Refugiados, a través de un Acta, otorgó por vez primera la protección temporal a 292 indígenas wayúu en mayo de 2004. Vid. ACNUR: “Noticias”, en [www.hrw.org/spanish/inf\\_anual/2005/venezuela.html](http://www.hrw.org/spanish/inf_anual/2005/venezuela.html). Vid. Anexo IV.

<sup>1128</sup> En un entrevista realizada por funcionarios del ACNUR a las personas que formaban parte del flujo masivo, uno de ellos señaló que “[l]os paramilitares entraron en la mañana, unos 30 individuos vestidos de civil y 100 en uniformes camuflados”. “Todos tenían armas AK-47, y registraron sistemáticamente todas las casas capturando a los que no pudieron huir. Ellos sacaron a mi madre, que era una señora anciana, fuera de la casa a golpes e insultos. Cuando estuvo afuera, la mataron. Eso es lo que hicieron a muchas mujeres y niños”. Otras de las personas entrevistadas por los funcionarios del ACNUR indicó que “[n]uestras familias fueron torturadas y asesinadas y nosotros no hemos podido sepultarlos de acuerdo con nuestras tradiciones. Para nosotros, el pueblo wayúu, es muy importante que nuestros muertos sean enterrados en el cementerio familiar para que puedan permanecer con nosotros” (ACNUR: “Noticias”, en [www.acnur.org/index.php?id\\_pag=2459](http://www.acnur.org/index.php?id_pag=2459)).

aplicación ha evidenciado algunas lagunas legales que han dificultado el disfrute de los derechos de estas personas protegidas bajo este régimen provisional, principalmente debido a la falta de interés del gobierno y el retraso en el cumplimiento de los compromisos asumidos con esa acogida temporal.

Sobre este aspecto, es importante señalar que, ante la inexistencia de normas de procedimiento sobre la forma de intervención, en el caso concreto de la afluencia masiva de los wayúu, surgieron nuevamente grandes problemas en el momento de determinar las autoridades competentes para asumir la respuesta humanitaria ante las afluencias masivas. Esta situación se tradujo en un enfrentamiento entre las autoridades locales y nacionales, pues no lograban ponerse de acuerdo sobre quién era responsable de llevar a cabo las distintas cuestiones, dejando de lado la importancia de la coordinación entre ambos niveles para la superación de una emergencia, que es una obligación del Estado venezolano en su conjunto.

En consecuencia, los inconvenientes causados por el desplazamiento masivo se solventaron finalmente de forma empírica y en función de los lazos familiares y étnicos en ambos lados de la frontera, lo que permitió al pueblo wayúu colombiano buscar protección en las casas de familiares y amigos en Venezuela.

Esta situación hizo más perceptible la ya evidente incapacidad del Estado para asumir este tipo de contingencias, por lo que, en función de los antecedentes descritos y en orden de evitar futuras emergencias humanitarias, se hace preciso regular más ampliamente la aplicación de esta protección en beneficio de las personas que se ven obligadas a cruzar la frontera como parte de un flujo masivo<sup>1129</sup>, para lograr de esta

---

<sup>1129</sup> “La Asamblea Nacional Venezolana creó una Comisión Especial para atender las necesidades de la comunidad wayúu que buscaba protección internacional. La Comisión ha reconocido la importancia de trabajar junto a otras entidades como el Congreso Colombiano, la Organización Nacional de Indígenas de Colombia, la Asociación Indígena Venezolana, y el ACNUR, entre muchas otras. La primera tarea de la Comisión fue coordinar esfuerzos con sus homólogos colombianos a fin de facilitar el diálogo, restablecer la seguridad y llegar a estabilizar el conflicto en el área. A pesar de la buenas intenciones del gobierno venezolano, el tratamiento del tema del desplazamiento forzado no ha logrado asumirse como una verdadera protección internacional, pues el gobierno venezolano continúa intercambiando información con el gobierno colombiano, que si bien en este caso concreto no es el agente persecutor, su participación en el proceso de reconocimiento de las personas que integran el flujo, produce temor en la población, que vincula al ejército colombiano con los paramilitares” (*Nota de Archivo*, Oficina de Campo del ACNUR en Machiques, Estado Zulia, Documento interno, 4 de junio de 2004, pág. 2).

manera sistematizar las obligaciones que corresponden a cada uno de los entes estatales, que son a la postre los que poseen responsabilidad ante dichas emergencias.

El desarrollo de las disposiciones concretas relativas al otorgamiento de la protección temporal y los estándares mínimos de trato de las personas protegidas es una necesidad apremiante, pues, además de la nueva dinámica de ataque a la población civil, desarrollada por los actores armados, es importante reseñar que muchos de los enfrentamientos entre estos insurgentes han tenido lugar en los territorios indígenas<sup>1130</sup>. Esto hace presumir que, con la presencia de cultivos ilícitos en territorios indígenas y las fumigaciones indiscriminadas<sup>1131</sup> que continúan produciéndose en varias zonas de Colombia, las actuaciones de los grupos insurgentes continuaran promoviendo el desplazamiento masivo de personas que cruzarán la frontera hacia los países vecinos<sup>1132</sup>.

---

<sup>1130</sup> La Organización Indígena de Colombia (ONIC) informó que 66 indígenas habían sido asesinados en 2005, 16 habían desaparecido, 111 habían sido heridos, 124 detenidos, 9.250 habían sido amenazados y 18.602 habían sido desplazados. Según la organización, los paramilitares eran responsables del 37,9 por ciento de los abusos contra los indígenas, la Fuerza Pública del 24 por ciento y la guerrilla del 15,2 por ciento (RESOURCE CENTER OF THE AMERICAS, 16 de agosto de 2005, en [www.americas.org/news\\_and\\_info](http://www.americas.org/news_and_info)). La crisis de desplazamiento forzado de los pueblos indígenas se ha agravado al punto que las estadísticas informan que porcentual mente el 23% de desplazados corresponde a pueblos indígenas. Para un análisis detallado de la situación actual de los rublos indígenas en Colombia puede consultarse [www.onic.org.co/situacion.html](http://www.onic.org.co/situacion.html)

<sup>1131</sup> “Según la prensa ecuatoriana el prefecto de Sucumbíos, Guillermo Muñoz, el de Carchi, René Yandum y de Esmeraldas, Lucía Sosa mencionaron que solicitarán apoyo a los organismos internacionales como la Unión Europea. Esto debido a que las fumigaciones en grandes extensiones de terreno forman parte del Plan Colombia, que cuenta con el apoyo del Gobierno de Estados Unidos, afectan al territorio ecuatoriano. Los ecuatorianos insisten en que Colombia debe suspender las aspersiones, pero Colombia sostiene que diversos estudios dan cuenta que no afectan la vida humana. Por su parte, el ministro de Relaciones Exteriores, Antonio Parra Gil, anunció que podría acudir ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya para defender sus intereses ante las aspersiones aéreas contra cultivos ilícitos que realiza Colombia en el área fronteriza binacional, que están afectando a la población ecuatoriana. Parra Gil insistió en que Colombia debe suspender las aspersiones aéreas con el químico glifosato, que considera nocivas, pese a que Bogotá asegura que, según un informe de expertos patrocinado por la OEA, no causa daños a la salud humana” (Periódico *El Espectador*, Bogotá, 27 de julio de 2005, pág. 7).

<sup>1132</sup> Las FARC llevaron a cabo diez ataques alrededor del Macizo Colombiano en 2005. La guerrilla pretende luchar por el control de la zona para asegurar la salida al mar y al Ecuador. Para ello, las FARC han movilizado frentes del Bloque Oriental en Meta hacia Cauca y de Caquetá hacia Putumayo. En Putumayo dejaron la mitad del departamento sin luz durante más de dos semanas, y bloquearon la vía principal de alimentos y combustible que tiene el departamento con el resto del país. La guerrilla destruyó un puente, derribó torres de energía y robó 70 cilindros de gas. Este “paro” armado de las FARC dejó cinco pueblos aislados y cuatro hospitales en emergencia. El disturbio siguió en el departamento de Cauca, y las FARC destruyeron 32 casas en un ataque al pueblo Caldono. Días después mataron a cuatro miembros de las Fuerzas Armadas. Esta información se ha recopilado en Revista *Semana*, No. 1.123, y Periódico *El Tiempo* 5, 16, 27, 28 y 30 de julio de 2005.

En este contexto, la elaboración de un régimen jurídico acorde con estas necesidades de protección en caso de afluencia masivas debe ser una prioridad. Es importante que las autoridades venezolanas comprendan que la protección internacional de una persona no consiste únicamente en proporcionar alimentos<sup>1133</sup>, visitar las zonas en que logran instalarse y asistirlos materialmente, sino que exige un conjunto de acciones y decisiones tendentes a la solución de los problemas logísticos y legales que enfrentan las poblaciones que huyen en masa.

## **6. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE ORIGEN Y LAS AFLUENCIAS MASIVAS DE POBLACIÓN**

A lo largo del presente trabajo se han descrito las diferentes respuestas que los Estados vecinos y en general la sociedad internacional general ha venido dando a las afluencias masivas de colombianos y los retos que las mismas han implicado para todo este conjunto. No obstante, pocas son las referencias que respecto a los Estado de origen han sido apuntadas.

Esta circunstancia, más que representar un descuido entre los diferentes aspectos del tema central, constituye un acuciante resultado de la realidad normativa, pues la misma ha estado fundamentada en la redacción de normas jurídicas de protección de las personas en casos de persecución o de circunstancias que impiden su permanencia en el país de origen o de residencia, sin hacer referencia a las obligaciones del Estado del cual se ven forzados a huir. Esto deja en evidencia que el sistema convencional en materia de refugiados es insuficiente para resolver las cuestiones planteadas por la responsabilidad del Estado que genera los flujos masivos<sup>1134</sup>.

---

<sup>1133</sup> “La población indígena wayúu que fue protegida temporalmente en junio de 2004, recibió ayudas alimentarias por parte de Protección Civil. Dichas ayudas se caracterizaron por su inconstancia y por su contenido. Así, este órgano competente para la preparación y distribución de los alimentos, no consideró que la población beneficiaria estaba referida a un grupo indígena y que sus alimentos de primera necesidad difieren considerablemente de los demás ciudadanos. Las “cestas básicas” repartidas cada dos semanas contenían alimentos que los indígenas se negaron a aceptar tales como sardinas enlatadas, mostaza, mayonesa, salsa de tomate y café. Estos alimentos no son de la dieta diaria de estas personas y su inclusión entre las cestas produjo desilusión y ofensas para el grupo indígena” (*Nota de Archivo*, Oficina de Campo del ACNUR en Machiques, Estado Zulia, Documento interno, 9 de agosto de 2004, pág. 1).

<sup>1134</sup> RUIZ RUIZ, F.: “La creación de flujos masivos de refugiados y la responsabilidad del Estado de origen”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (ed.): *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2002, pág. 297.

Así, ni la redacción de la Convención de 1951 ni el Protocolo de 1967 y tampoco el subsiguiente proceso evolutivo del Derecho internacional de los refugiados hacen referencia alguna a los derechos y obligaciones del Estado de origen y menos aun respecto a la responsabilidad de los mismos<sup>1135</sup>. Esta consideración permite afirmar que el Derecho internacional de los refugiados, no ha logrado adaptarse a las características y necesidades que acarrear los flujos masivos de personas que huyen de sus países de origen o de residencia. Este es el caso debido a que, como consecuencia de las dimensiones de estos movimientos y de las causas que los impulsan, se generan derechos y sobre todo obligaciones no sólo para los Estados de acogida, sino también para el Estado de origen. Por tanto, es evidente que la responsabilidad del Estado de origen es una de las cuestiones no resueltas por el Derecho convencional de los refugiados.

No obstante, a pesar de que no se haga referencia alguna es evidente que ante un flujo masivo se debe considerar la responsabilidad del Estado de origen. Sobre este particular, GALINSOGA JORDÁ afirma que se debe distinguir un doble plano<sup>1136</sup>. En primer lugar, el interestatal en relación con el Estado o los Estados que acogen a las personas una vez que se ha producido el flujo masivo, cuando el flujo es producto de una violación de las normas sobre derechos humanos. En segundo lugar, cuando la violación de los derechos humanos que origina los flujos de refugiados se debe a una violación grave y sistemática de los derechos humanos.

En relación al primer plano, el profesor explica que se plantea una relación bilateral que una a la violación de las obligaciones internacionales de los Estados con los daños causados en su estructura política, social y económica por la afluencia masiva de refugiados. Respecto al segundo, la responsabilidad se sitúa en un régimen agravado que implica la exigibilidad no sólo de una reparación, sino también de la responsabilidad individual de quienes hubieran cometido los crímenes en cuestión y que

---

<sup>1135</sup> TOMUSCHAT, CH.: "State Responsibility and the Country of Origin", en GOWLLAND-DEBASS, V. (ed.): *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1996, pág. 59.

<sup>1136</sup> GALINSOGA JORDÁ, A.: "La afluencia masiva de refugiados ante el Derecho internacional: La prevención del desarraigo y la protección de las víctimas", en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.): *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva, Huelva, 2002, pág. 147.

coincidirá con los sobreesfuerzos de los organismos en que se asienta la cooperación institucionalizada<sup>1137</sup>.

Empero, es preciso indicar que a nivel doctrinal no son pacíficas las aproximaciones respecto a cuál es el origen de la responsabilidad del Estado de origen, por tanto no queda claro si la misma puede generarse debido a la consecución de un hecho internacionalmente ilícito o debido a las consecuencias de hechos no prohibidos por el Derecho internacional<sup>1138</sup>.

Respecto a la responsabilidad internacional del Estado de origen por los hechos no prohibidos por el Derecho internacional en caso de flujos masivos, es preciso destacar que si bien estos flujos pueden ser producto de acciones en las que no exista participación alguna de los Estados o por hechos que no les sean imputables, la mayoría de los flujos masivos se producen por hechos internacionalmente ilícitos en los que se ve comprometida la responsabilidad del Estado<sup>1139</sup>.

Sobre este particular, es importante precisar que las obligaciones internacionales de los Estados proceden de normas internacionales y es precisamente en este marco donde se deben establecer las obligaciones primarias necesarias para determinar la violación o no de las mismas<sup>1140</sup>. Como resultado de lo antes expuesto, y en relación a la determinación de las obligaciones primarias, es evidente que en el ámbito del Derecho internacional de los refugiados dicha identificación resulta imposible de realizar pues, como se afirmará,

---

<sup>1137</sup> GALINSOGA JORDÁ, A.: “La afluencia masiva de refugiados...”, cit., en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *La Revitalización...*, cit., pág. 147.

<sup>1138</sup> Estas dos son las circunstancias sobre las cuales, a manera de sintetizaciones de las diferentes aproximaciones doctrinales, se puede fundamentar en palabras de GOWLAND-DEBBAS la responsabilidad del Estado de origen. Al respecto, GOWLLAND-DEBBAS, V.: “La responsabilité internationale de l’Etat d’origine pour des flux de réfugiés” en SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL: *Droit d’asile et des réfugiés, Colloque du Caen*, Pédone, Paris, 1997, pág. 94.

<sup>1139</sup> Según expresa el artículo 2 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional, “Hay hecho internacionalmente ilícito de un Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible según el Derecho internacional al Estado; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado. Es decir, para que se configure un hecho internacionalmente ilícito propiamente dicho, es necesaria la presencia del elemento objetivo, que implica la violación de una obligación internacional, y del elemento subjetivo, que es la atribución del hecho al Estado. *Vid.* PASTOR RIDRUEJO, J., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 571.

<sup>1140</sup> “Para determinar si un comportamiento dado atribuible a un Estado constituye una violación de sus obligaciones internacionales, habrá que centrarse principalmente en la obligación primaria correspondiente” (*Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 56º de sesiones, págs. 117-118).



las bases convencionales del mismo no consagran obligaciones de esta naturaleza en relación con el Estado de origen. Por tanto, no es posible reclamar la violación de obligaciones que no están establecidas.

Según comenta RUIZ RUIZ en los supuestos de responsabilidad internacional por hecho ilícito, es preciso determinar, antes de referirse a las obligaciones secundarias, si el Estado de origen vulnera o no alguna norma de Derecho internacional y, en su caso, cuál o cuáles sean éstas, y si tienen o no conexión directa con la protección de refugiados. De ello derivaría, según expresa el autor, la naturaleza y el contenido de las obligaciones primarias vulneradas y, a partir de ellas, podrá establecerse el contenido de las obligaciones secundarias y los legitimados para exigir las<sup>1141</sup>. Respecto al caso que nos ocupa, queda por determinar si existe alguna norma concreta que prohíba al Estado colombiano la creación de flujos masivos de refugiados.

En este sentido, luego de analizar las disposiciones establecidas en los instrumentos convencionales de protección de refugiados y aquellos que sin serlo representan fuente del mismo, puede advertirse que ninguno de los mismos ha desarrollado una obligación de no provocar salidas masivas de personas del territorio de un Estado. Sin embargo, lo que sí existe y que podría comprometer la responsabilidad del Estado colombiano son las obligaciones impuestas por normas internacionales que protegen los derechos humanos, en particular el derecho que tiene toda persona de vivir en su país, que es considerada como una norma de Derecho internacional consuetudinario<sup>1142</sup> y que se constituye en el fundamento de la obligación de no forzar la salida de las personas de su territorio.

Así, el Estado colombiano podría ser responsable por cualquier comportamiento que produzca el desplazamiento forzado de personas que habiten en su territorio. Es decir, la existencia de un elemento coercitivo que restrinja la voluntariedad de las

---

<sup>1141</sup> RUIZ RUIZ, F.: “La creación de flujos masivos de refugiados y la responsabilidad...”, cit., pág. 297).

<sup>1142</sup> STERN, B.: “Commentaires sur la responsabilité de l’Etat d’origine des réfugiés”, en GOWLLAND-DEBASS, V. (ed.): *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1996, pág. 83.

personas respecto a su permanencia en un lugar determinado<sup>1143</sup>. En este orden de ideas, si ese elemento de coerción resulta imputable al Estado colombiano e implica la violación de alguna obligación internacional puede dar lugar a la responsabilidad del Estado de origen<sup>1144</sup>.

Por tanto, la violación de obligaciones por parte del Estado colombiano en la protección de los derechos humanos puede legitimar a cualquier Estado a reclamar frente a este por tratarse de la violación de normas establecidas respecto a la sociedad internacional en su conjunto. En consecuencia, la consideración de las causas del éxodo masivo generado por acción y omisión del Estado de origen podría resultar fundamental para la argumentación de la responsabilidad del mismo.

Sobre este particular, la legislación interna venezolana tampoco desarrolla disposiciones al respecto, aun cuando en cierta manera las causales que dan paso a la aplicabilidad de la misma están relacionadas con las situaciones de persecución en los países de origen y de residencia de los refugiados o necesitados de protección internacional.

Por lo antes expuesto, la reconceptualización de la teoría de la responsabilidad jurídica determinada por la violación de las obligaciones de los Estados es necesaria en virtud de la evolución del Derecho internacional, concretamente en la parcela del Derecho internacional de los refugiados, y de sus funciones en pro de la defensa del ser humano<sup>1145</sup> pues en la crisis que provocan los desplazamientos masivos se presenta como elemento común la disfuncionalidad y/o la incapacidad efectiva del Estado de origen para ejercer la función de respetar y proteger los derechos humanos fundamentales en su ámbito territorial<sup>1146</sup>.

---

<sup>1143</sup> GOWLLAND-DEBBAS, V.: “La responsabilité internationale de l’Etat d’origine...”, cit., pág. 96.

<sup>1144</sup> El Estado de origen se comprometerá en aquellos casos en los que la coerción que motiva el flujo de refugiados sea consecuencia de la violación de una obligación (RUIZ RUIZ, F.: “La creación de flujos masivos de refugiados y la responsabilidad...”, cit., págs. 300-301).

<sup>1145</sup> Al respecto, CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal”, en CANÇADO TRINDADE, A. A.; RUIZ DE SANTIAGO, J.: *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, ACNUR, San José, Costa Rica, 2001, págs. 23-78.

<sup>1146</sup> GALINSOGA JORDÁ, A.: “La afluencia masiva de refugiados...”, cit., en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *La Revitalización...*, cit., pág. 96.



### CAPÍTULO III

#### **UNA PROPUESTA DE MEJORAMIENTO DE LA REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA: REGLAMENTO SOBRE EL OTORGAMIENTO DE PROTECCIÓN TEMPORAL EN VENEZUELA**

Sumario: Planteamiento de la cuestión.- 1. Los objetivos de la aplicación de la protección temporal. - 2. Una propuesta para el mejoramiento de las normas que contemplan la protección temporal en Venezuela: el Reglamento sobre el otorgamiento de protección temporal en Venezuela: 2.1. El objeto del Reglamento; 2.2. El procedimiento para el otorgamiento de la protección temporal: 2.2.1. La autoridad competente para determinar la afluencia masiva y la concesión de protección temporal; 2.2.2. El contenido de la decisión y la declaración sobre el otorgamiento de protección temporal; 2.2.3. Los plazos para la toma de decisión respecto al otorgamiento de la afluencia masiva; 2.2.4. La duración de la protección temporal; 2.3. La realización del registro de personas que ingresan en afluencia masiva: 2.3.1. La competencia para el registro de personas; 2.3.2. La emisión de la documentación para las personas que serán protegidas temporalmente; 2.4. La definición de protección temporal; 2.4.1. La regulación de la acogida territorial; 2.4.2. La autorización de trabajo remunerado; 2.4.3. La determinación de la asistencia material; 2.4.4. La reagrupación familiar; 2.4.5. El acceso a la solicitud de refugio; 2.5. La adopción de formas complementarias de protección; 2.6. La posibilidad del reparto de cargas; 2.7. La finalización de protección temporal; 2.7.1. El cese de los beneficios de la protección temporal; 2.7.2. La pérdida del beneficio de protección temporal.- 3. La búsqueda de soluciones duraderas: especial consideración respecto a los refugiados colombianos.- 4. La propuesta de Reglamento sobre el régimen de protección temporal en Venezuela 4.1. La estructura del Reglamento; 4.2. El contenido del Reglamento; 4.3. La atribución para dictar el Reglamento.

#### **PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

Después del análisis de los aspectos jurídicos de la protección de flujos masivos en el ordenamiento jurídico internacional y en el derecho venezolano, el presente capítulo pretende realizar una propuesta de mejoramiento del régimen jurídico protección temporal contemplado en la L.O.R.R.A.A. En este orden de ideas, se propone una serie de directrices generales que se deben tener en consideración en el desarrollo de la normativa interna venezolana, tomando en cuenta las dificultades que

pueden presentarse en el territorio a consecuencia de la agudización del conflicto interno colombiano, que ha incrementado notablemente el desplazamiento forzado hacia los países vecinos, entre los cuales se encuentra Venezuela.

Esta dinámica de desplazamiento requiere una respuesta normativa que flexibilice la protección internacional y que al mismo tiempo permita agilizar su otorgamiento en caso de afluencias masivas, mediante el desarrollo de disposiciones concretas en las cuales se establezcan las obligaciones del Estado venezolano y los planes de acción de los entes estatales involucrados. Es precisamente esta labor de conjunto y una coordinación idónea lo que permitirá abordar la situación con la importancia y responsabilidad que la misma requiere, evitando así la devolución forzosa, que ha sido el antecedente de las respuestas a las afluencias masivas ocurridas en Venezuela en los últimos años.

Muchas fueron las lagunas en relación a la acogida y protección de las 292 personas de la etnia wayúu en mayo de 2004. Según manifestó el ACNUR, la protección otorgada por el Estado venezolano fue deficiente, condicionada y despreocupada, la inexperiencia y la falta de disposiciones legales procedimentales confundió y generó una multiplicidad de funciones de los diferentes entes como la Cruz Roja, UNICEF, y organizaciones estatales como Protección Civil, quienes sin tener un plan de acción coordinado con antelación, pretendieron solventar la emergencia a través de la asistencia material y actividades unilaterales.

Por ello, este capítulo dividido en cuatro apartados, tiene como objetivo principal la redacción de los aspectos jurídicos más importantes del Reglamento sobre el otorgamiento de protección temporal como una propuesta de desarrollo normativo de orden práctico, con el propósito de completar el régimen venezolano con disposiciones relativas al tratamiento de afluencias masivas, al procedimiento para su otorgamiento, a las autoridades facultadas para la toma de decisiones, a la duración y terminación de la misma, entre otras, inspiradas en las normas especiales sobre el tema recogidas en la Directiva 2001/55/CE del Consejo -relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida- y en el Real Decreto 1325/2003, de 24 de

octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre el régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas en España.

De esta manera, el capítulo comienza con un estudio de los objetivos de la aplicación de la protección temporal casos de flujos masivos, resaltando la necesidad de establecer un conjunto normativo claro para poder proteger a grupos de personas que huyan del conflicto colombiano. En este orden de ideas, se puntualiza que las disposiciones recogidas en la L.O.R.R.A.A. son precarias y que por tanto necesitan un desarrollo que permita completar su contenido en función de la efectiva protección de los que se desplazan en afluencia masiva.

Ante tal dificultad se propone la redacción de un Reglamento que permita ampliar la L.O.R.R.A.A. y que establezca un procedimiento para el otorgamiento de la protección temporal en el territorio del Estado venezolano. De esta forma se elabora un modelo de reglamento en el cual se precisan las pautas generales del procedimiento de otorgamiento de la protección temporal, de las obligaciones del Estado, de los beneficiarios y sobre todo se consideró importante incluir un concepto de protección temporal, vista la limitada disposición relativa al tema tanto en la L.O.R.R.A.A. como en su Reglamento.

Así, dentro de la debida complementariedad de los sistemas de protección universal y regional (representados por la Declaración de Cartagena y la protección en el marco de la OEA), la redacción de este Reglamento resulta importante además de necesaria para el desarrollo de la protección internacional en situaciones de flujo masivo y para la revitalización de las obligaciones del Estado en términos de cooperación y solidaridad.

La sistematización de las obligaciones y de los derechos relativos al otorgamiento de protección temporal representará un paso adelante en la adecuación de las estructuras del refugio a la realidad que afecta a muchos países en la región latinoamericana. Por ello, en orden a evitar futuras dificultades en la gestión de flujos de personas y como modelo de protección temporal para la región, el Reglamento sobre el otorgamiento de Protección Temporal pretende desarrollar un conjunto de normas

mínimas tendentes a regular esa protección excepcional y de emergencia que se aplica en casos de afluencias masivas y cuya duración es temporal.

## **1. LOS OBJETIVOS DE LA APLICACIÓN DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL**

En la actualidad, Venezuela y la mayoría de los países de la región han adoptado legislaciones respecto a la protección de refugiados, unas asumiendo más compromisos que otras<sup>1147</sup>; no obstante, hasta la fecha, las respuestas humanitarias en toda la región han buscado solventar únicamente las consecuencias del conflicto armado que se vive en Colombia, y han mostrado una total incapacidad a la hora de eliminar las causas y las raíces del mismo<sup>1148</sup>, por lo que el tema de la cooperación y la prevención del desplazamiento constituyen cuestiones no desarrolladas en esta área del planeta.

En Venezuela, la L.O.R.R.A.A. y su Reglamento consagran principios y obligaciones generales respecto a los refugiados y desarrollan una consideración especial de protección para los casos de afluencia masiva, que es calificada en el reglamento como protección temporal. No obstante, a pesar de lo que se sabe sobre el incremento de los índices de desplazamiento interno en Colombia en los últimos años, de los flujos masivos que caracterizan este desplazamiento forzoso, de las flagrantes violaciones de los grupos irregulares y de la utilización del confinamiento de la población por los grupos irregulares, Venezuela no posee directrices claras en su régimen de protección de refugiados para responder ante una afluencia masiva de

---

<sup>1147</sup> Por ejemplo en Bolivia el Decreto Supremo No. 19.640 del 4 de julio de 1983 señala en el artículo 5 que “(...) [e]l refugiado recibirá autorización de residencia indefinida o temporal en Bolivia, documentación de viaje y de identidad cuando la necesite, derecho al trabajo y demás atribuciones y derechos que le corresponden de conformidad (...)”, mientras que en el Decreto No. 2.107 del 8 de octubre de 2001 sobre Expedición de Visas, Control de Extranjeros y otras disposiciones en materia de migración, señala en el artículo 28 que al refugiado se le expedirá visa temporal para permanecer en el país. Otro ejemplo de grados de compromiso está relacionado con las causales de exclusión para la determinación de refugiado, las cuales son desarrolladas en todos los países latinoamericanos en función de los elementos establecidos por la Convención de 1951 excepto en Brasil. En este caso, la lista de causales de exclusión prevista en la Lei No. 9474 de 22 de julho de 1997 se extiende a otros casos no contemplados en la Sección F del artículo 1 de la Convención de 1951, lo que produce una interpretación más restringida del concepto de refugiado.

<sup>1148</sup> CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal”, en CANÇADO TRINDADE, A. A.; RUIZ DE SANTIAGO, J.: *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, ACNUR, San José, Costa Rica, 2001, pág. 29.

personas. Ello se puso en evidencia al intentar poner en práctica la protección temporal a mediados de 2004, cuando apenas 292 personas de la etnia wayúu cruzaron la frontera, y a la que finalmente se les registró y otorgó protección temporal después de más de 30 días de permanencia en el país sin que les fuera entregada ningún tipo de documentación<sup>1149</sup>.

Ante este escenario, determinado por las características del conflicto colombiano antes descritas y la inexistencia de planes conjuntos regionales para negociar la solución del conflicto, se observa que existen causas suficientes para considerar que los flujos masivos seguirán siendo una constante en el escape para estas personas que no pueden permanecer en Colombia porque su vida y seguridad están en peligro. En consecuencia, y teniendo en consideración la negativa del Estado venezolano a reconocer colectivamente bajo una determinación *prima facie* a las personas que huyen de los enfrentamientos, la redacción de un régimen que regule la protección temporal como una forma de protección provisional en espera de solución duradera resultaría una aportación importante para el régimen jurídico venezolano y en general para toda la región.

Ante la evidente necesidad de que se elabore este régimen, hay que precisar que es importante, desde el punto de vista legal, incluir el establecimiento de un pre-estatuto que fije estándares de protección mínimos que el Estado venezolano deba respetar, considerando que, si bien estas personas no poseen la condición de refugiados, poseen necesidad de protección internacional, y que posiblemente muchos de ellos pueden tener fundados temores, por lo que el respeto de los principios básicos es fundamental para que dicha protección sea efectiva. De esta manera, dispondría de una herramienta para hacer frente a una realidad existente y ello permite una preparación operativa y dinámica para la gestión de las emergencias. Por tanto, en el contexto venezolano es preciso que el régimen sobre protección temporal posea un desarrollo explícito de los procedimientos que han de seguirse cuando se presenta una afluencia masiva, determinando claramente las competencias nacionales y el contenido de los derechos

---

<sup>1149</sup> *Nota de Archivo*, Oficina de ACNUR en Machiques, Estado Zulia, Documento interno, 20 de junio de 2004, pág. 1.



debidos a estas personas, para evitar que el uso de la institución lleve a confusiones y sea mal interpretada<sup>1150</sup>.

Venezuela posee 2219 kilómetros de frontera con la República de Colombia, y tres de sus Estados (Zulia, Táchira y Apure) limitan con los Departamentos donde se encuentran los más altos índices de enfrentamientos y violencia contra la población civil (Norte de Santander, Cesar, Guajira). Por ello, en virtud de los objetivos señalados en el proyecto de Ley sobre Refugiados o Refugiadas y Asiladas o Asilados en 1999, Venezuela debe, como país vecino, ofrecer una respuesta oportuna a las personas que efectivamente requieren de protección y apoyo, sin vulnerar la seguridad y la soberanía del Estado venezolano.

Así, la idea de mejorar la regulación de la protección temporal en la legislación venezolana sobre refugiados está dirigida a procurar la protección efectiva de las personas que ingresen en el país y cuya determinación individual resulte imposible de realizar por la inminencia del flujo. Para ello, se debería incluir en ella el respeto sin restricciones la prohibición de devolución y el de la repatriación voluntaria, tomando en consideración las consecuencias que ha generado su inobservancia, y, de forma global, adaptan las estructuras del refugio a la realidad venezolana y a su vulnerabilidad ante las afluencias masivas.

La protección temporal debe ser vista bajo una óptica amplia, que tome en cuenta que la protección de las personas que huyen de su país de origen y que puedan o no considerarse como refugiados bajo los criterios de la Convención de 1951, no se circunscribe únicamente a la dispensada por los instrumentos específicos que integran el Derecho internacional de los refugiados, sino que también debe incluir la dispensada

---

<sup>1150</sup> Promoviendo la ampliación del concepto de refugiado en las legislaciones internas, las organizaciones civiles en América Latina se han pronunciado en contra de cualquier forma de protección internacional distinta al estatuto de refugiado: “Instamos a los Estados a no usar neologismos o terminologías imprecisas y engañosas tales como “desplazado en tránsito”; “personas necesitadas de protección” o “status de protección temporal”, que carecen de contenido jurídico y niegan el carácter declarativo de la condición de refugiado, teniendo implicaciones negativas sobre el ejercicio efectivo del derecho a buscar y recibir asilo” (*Intervención de organizaciones civiles en la Reunión Conmemorativa del XX Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*, Ciudad de México, 15 y 16 de Noviembre de 2004, disponible en [www.acnur.org/biblioteca/pdf/2974.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2974.pdf), párr. 11).

por el Derecho internacional de los derechos humanos, pues de ahí parte la incidencia de la internacionalización de los mismos en la protección de los refugiados<sup>1151</sup>.

Con el desarrollo de la protección temporal dentro del ordenamiento jurídico venezolano se pretenden sistematizar disposiciones que proporcionen criterios o estándares básicos, capaces de determinar el trato adecuado que deben recibir las personas a quienes se otorgue protección temporal, y que a la vez resulten útiles para resolver las cuestiones relativas a la calidad de vida en el territorio, principalmente en todo lo relacionado con la salud, vivienda, educación y reunificación familiar, ya que la Ley Orgánica no contempla tales cuestiones en sus artículos relativos a las afluencias masivas.

En este sentido, si se considera que uno de los principales inconvenientes que afectan a la protección de los refugiados en Venezuela es la falta de interés y conocimiento de la L.O.R.R.A.A. y del Reglamento<sup>1152</sup> por parte de las autoridades estatales y las fuerzas armadas, sería importante como punto de partida de cualquier innovación capacitar a las autoridades civiles y militares en relación con la existencia de la institución de protección temporal en el ordenamiento jurídico venezolano, explicándoles las condiciones de aplicabilidad y sobre todo explicándoles cómo debe ser su participación, con el propósito de garantizar la acogida y el respeto de los derechos de las personas que cruzan la frontera en afluencia masiva, especialmente en las zonas fronterizas, que es donde se tiene más contacto con las personas de reciente ingreso al territorio venezolano.

---

<sup>1151</sup> ACOSTA ESTÉVEZ, J.: “La internacionalización de los derechos humanos y los mecanismos de protección de los refugiados”, en CAMPS MIRABET, N. (ed.): *El Derecho internacional ante las migraciones forzadas: Refugiados, Desplazados y otros migrantes involuntarios*, Edicions de la Universitat de Lleida, Sud-nord, 2005, pág. 19.

<sup>1152</sup> El tema del refugio es una materia muy poco conocida por los funcionarios públicos y militares en la frontera con Colombia, en primer lugar porque les resulta una materia de poco interés y porque han recibido poca formación al respecto. Este factor se ha convertido en un obstáculo para cumplimiento de las obligaciones del Estado venezolano y para el respeto del derecho al refugio (ALVARADO, M: “El Derecho al Asilo y el de los Refugiados en Venezuela”, en *Asilo y Refugiados en las Fronteras de Colombia*, Conserjería de Proyectos, Bogotá, Colombia, 2003, pág. 135).

## **2. UNA PROPUESTA PARA EL MEJORAMIENTO DE LAS NORMAS QUE CONTEMPLAN LA PROTECCIÓN TEMPORAL EN VENEZUELA: REGLAMENTO SOBRE EL OTORGAMIENTO DE PROTECCIÓN TEMPORAL EN VENEZUELA**

En Venezuela, la promulgación de la L.O.R.R.A.A. sistematizó las normas de protección de los refugiados, cuyo procedimiento fue posteriormente desarrollado en el Reglamento de 2003. Estos instrumentos jurídicos desarrollan las obligaciones relativas al otorgamiento del estatuto, el procedimiento, la autoridad competente para la toma de decisiones y los demás aspectos necesarios para la correcta aplicación de la ley, garantizando de esta manera el derecho al refugio en Venezuela.

La legislación venezolana se caracteriza por desarrollar un sistema de protección amplio<sup>1153</sup>. No obstante, en ninguno de estos instrumentos jurídicos se desarrollaron aspectos concretos sobre el procedimiento de concesión o sobre los estándares mínimos para la aplicación de la protección temporal, pues ambos se limitan a establecerla como una protección interina aplicable para los casos de afluencia masiva<sup>1154</sup>.

El conjunto normativo relativo al refugio venezolano se ha limitado a buscar soluciones al desplazamiento forzado y a sus consecuencias de forma aislada, limitando las soluciones a aquello que afecta a sus intereses y obviando las características que el mismo posee del otro lado de la frontera. Por tanto, aun cuando la protección temporal esté contemplada en la ley venezolana, es preciso indicar que esta sistematización únicamente se refiere a permitir la acogida en el territorio venezolano y al suministro de asistencia humanitaria por un tiempo determinado, sin que se establezcan los aspectos necesarios para garantizar la efectividad de la protección de estas personas. Por ello, es

---

<sup>1153</sup> De forma general, la LORA establece el refugio como un derecho de toda persona sin discriminación alguna, e incorpora la prohibición de devolución, según el cual una persona no puede ser devuelta a su país de origen o al mismo lugar de donde huyó si tal devolución pone en riesgo su libertad, su integridad física y su vida. Incorpora además los principios de no sanción por ingreso ilegal (aceptando que, por estado de necesidad, las personas que buscan asilo o los refugiados no han podido realizar los trámites legales tradicionales para ingresar al país, por lo que no pueden ser sancionados) y de la unidad familiar y la protección especial a niños, niñas y adolescentes; asimismo establece un procedimiento para solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado de manera accesible, oral, gratuito, confidencial, rápido y de doble instancia.

<sup>1154</sup> Capítulo VII de la LORA y del Reglamento de 2003.

preciso adoptar una visión global<sup>1155</sup> de la situación para lograr desarrollar un tratamiento jurídico acorde con las necesidades de un flujo masivo y del otorgamiento de una protección provisional para situaciones de emergencia cuando un grupo de personas ingresa al país en afluencia masiva.

En este sentido, y bajo un enfoque funcionalista, la instauración de un régimen de protección temporal se traducirá en la mejora de la protección en caso de afluencia masiva, dinamizando su aplicabilidad y estableciendo sus prerrogativas a favor de las personas de reciente ingreso. Por ello, resulta importante promover un mejoramiento de las disposiciones sobre la protección temporal dentro de las obligaciones generales relativas a la protección internacional prescritas en la L.O.R.R.A.A., tomando en consideración, además de los principios contenidos en la Convención de 1951 y su Protocolo, aquellos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR, en particular las condiciones recogidas en la Conclusión N° 22, referida a la protección de solicitantes de asilo en situaciones de afluencia a gran escala. Este análisis sobre el marco jurídico venezolano está dirigido a otorgar la importancia debida al establecimiento de disposiciones claras para evitar emergencias humanitarias, pues es fundamental proporcionar a las personas bajo protección temporal garantías contra la no discriminación por motivos de raza, religión, idioma, origen nacional o social y contra cualquier distinción no legítima<sup>1156</sup>.

El tema de la protección temporal no es un tema prioritario de discusión en Venezuela, pero las características del conflicto colombiano y todos los contratiempos que la improvisación de asistencia en caso de afluencias masiva conlleva, además de la responsabilidad solidaria del gobierno venezolano de actuar ante cualquier flujo masivo, demuestran que, en orden a cumplir con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado venezolano, es preciso establecer una protección legítima en la que se pueda

---

<sup>1155</sup> “Una aproximación jurídica a los problemas actuales de los refugiados y de otras personas obligadas a abandonar sus lugares de residencia de manera involuntaria y las propuestas para la solución del desarraigo y la indefensión en que se encuentran parece que debería verse enriquecida con la adopción de un metodología sistémica que incorpore una perspectiva funcionalista” (GALINSOGA JORDÁ, A.: “La afluencia masiva de refugiados ante el Derecho internacional: La prevención del desarraigo y la protección de las víctimas”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.): *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva, Huelva, 2002, pág. 97).

<sup>1156</sup> KÄLIN, W.: “Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism”, en *GYIL*, vol. 44, 2001, pág. 220.

permitir, aunque sea de forma temporal, una mejora de las condiciones de vida de aquellos que ingresan en masa en Venezuela, partiendo de la afirmación de que la violación de los derechos humanos fundamentales es una de las principales causas que motivan los flujos masivos en Colombia y en la mayoría de los países en la actualidad<sup>1157</sup>.

El ACNUR ha señalado que el fundamento jurídico de la conexión entre los derechos humanos y la protección al refugiado está fundamentada principalmente en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948<sup>1158</sup>. No obstante, CARRILLO SALCEDO considera que el fundamento último de este nexo está en la noción de dignidad humana proclamada en la Carta de las Naciones Unidas, en tanto que son los derechos humanos los que otorgan significado jurídico a esta noción<sup>1159</sup>. En consecuencia, dada la importancia del respeto a la dignidad humana<sup>1160</sup> y la responsabilidad estatal que se deriva de las afluencias masivas, en relación a los derechos fundamentales de las personas, se hace preciso tener claro las obligaciones respecto a las personas que se desplazan masivamente, para evitar que el respeto de los derechos de estas personas sigan estando condicionado por la consideración de las mismas como refugiados o solicitantes de refugio por el Estado venezolano, cuestión que los ha llevado a una situación de vulnerabilidad material y jurídica.

En este orden de ideas, la propuesta de desarrollo del régimen de protección temporal en Venezuela debe estar fundamentada en la identificación de los beneficiarios de la protección internacional en términos de igualdad. Así, partiendo de la existencia

---

<sup>1157</sup> “La afluencia masiva de refugiados y de desplazados forzosos se produce en el marco de conflictos internos y de situaciones en la que el Estado de origen de las personas que se ven obligadas a abandonar su hogar se muestra incapaz de asegurar el respeto y la protección de los derechos humanos fundamentales” (GALINSOGA JORDÁ, A.: “La afluencia masiva de refugiados...”, cit., en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *La Revitalización...*, cit., pág. 96).

<sup>1158</sup> ACNUR: *La situación de los refugiados en el mundo 2000*, Icaria, Barcelona, 2000, pág. 166.

<sup>1159</sup> CARRILLO SALCEDO, J.: “Refugiados y solidaridad internacional”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coord): *Refugiados: Derecho y Solidaridad*, Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994, pág. 182.

<sup>1160</sup> “La dignidad humana se identifica con la condición de persona: la dignidad le es impuesta al hombre y, en tanto que atributo, no puede renunciar a la misma y, por ello, el derecho no puede tolerar que el hombre se prive (renuncie) -ni otros le priven (desposeerlo)- de su dignidad porque es inalienable. En consecuencia, tampoco puede desposeerse de los derechos humanos que se fundan en la dignidad humana” (ACOSTA ESTÉVEZ, J.: “La internacionalización de los derechos humanos ...”, cit., págs. 27-28).

de una igualdad formal entre refugiados y protegidos temporalmente, fundamentada en el hecho de ser personas, se debe procurar la búsqueda de equilibrio en términos de igualdad material, pues la misma depende de las condiciones derivadas a la titularidad de los derechos de los reconocidos como refugiados. En consecuencia, la necesidad de regular este aspecto de equilibrio para los casos de afluencia masiva está circunscrita a determinar el punto de equilibrio que permita a los protegidos temporalmente alcanzar una protección y que enumere los derechos de las personas que, debido a la emergencia generada por el desplazamiento a gran escala, no puedan ser considerados como refugiados por el Estado venezolano, debido a la inminencia del flujo masivo.

Por ello es importante centrarse en el desarrollo de un conjunto de disposiciones relativas a esa permanencia temporal que estipulen claramente las obligaciones estatales, fundamentalmente las relacionadas con la solicitud de refugio y la repatriación voluntaria, con el propósito de suprimir la casuística que ha caracterizado el uso de esta institución por el Estado venezolano.

Para ello, es necesario incorporar la participación del ACNUR y de las demás organizaciones humanitarias como actores importantes de apoyo en la gestión de todas las situaciones, principalmente en aquellas de reconocimiento, asistencia y movilización, y, en general, en todo lo que implique apoyo operacional. El fundamento de esta consideración está en la necesidad de actuar rápidamente con el fin de proporcionar protección a las personas que cruzan la frontera masivamente para evitar flujos secundarios, emergencias sanitarias y rechazo de las comunidades receptoras. Por tanto, la participación de estos entes en el procedimiento de otorgamiento y mientras dure la protección temporal debe quedar plasmada dentro de las disposiciones relativas a esta institución, teniendo en cuenta que su mandato está limitado a apoyar al Estado y no a asumir las responsabilidades de las operaciones de emergencia.

De esta forma, en términos de equilibrio, se propone la redacción del Reglamento sobre el Régimen de protección temporal, en el que se sistematizarán los aspectos necesarios para el otorgamiento de una protección acorde con las necesidades y con la premura que caracterizan un flujo masivo. Así, se pretende complementar el desarrollo normativo de la protección temporal en la legislación venezolana tomando como base el régimen de la Directiva 2001/55/CE, ya que se trata de un instrumento que

contiene los compromisos y las responsabilidades de los Estados y establece garantías claras para el bienestar de las personas protegidas temporalmente, concretando los supuestos de aplicabilidad, el tiempo en que será efectiva y sobre todo el reparto de cargas, promoviendo así la solidaridad para asumir ese tipo de acontecimientos. En este marco, además, se hará uso de la transposición hecha por España de esta Directiva, plasmada en el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, como guía en el desarrollo interno de una legislación.

## **2.1. El objeto del Reglamento.**

El objetivo principal del Reglamento consiste en ampliar las disposiciones relativas a la protección temporal, concretamente las desarrolladas en el Capítulo VII de la L.O.R.R.A.A. y del Reglamento de 2003. En la medida en que la aplicación de la protección temporal se refiere a una situación excepcional, es preciso tener presente que el Reglamento sobre el Régimen de Protección Temporal debe ser un instrumento que permita la aplicabilidad de esta institución de protección en caso de afluencia masiva.

Por tanto, considerando la definición de afluencia masiva del artículo 32 de la L.O.R.R.A.A., el objeto de este reglamento ha de estar circunscrito a regular el régimen de la protección especial que se otorga a un grupo de personas necesitadas de protección que huyen de un mismo país cuando se hace difícil la determinación momentánea de las causas que motivaron su movilización, con lo que se evitan las disfunciones que puedan ocasionarse en el régimen nacional de protección de refugiados en caso de afluencia y se establezcan los derechos de las personas interesadas de forma expresa.

Al respecto sería importante resaltar que, si bien la L.O.R.R.A.A. establece tres supuestos sobre los cuales el Estado atenderá a estas personas en el país, se debería considerar plantear una generalización de la situación a efectos de hacer más efectiva la aplicabilidad del Reglamento. Para ello se puede partir de la afirmación de que las personas que han cruzado la frontera en afluencia masiva pueden recibir protección temporal porque no pueden regresar en condiciones seguras a su país de origen, y que todas ellas pueden eventualmente caer dentro del ámbito de aplicación del artículo 5 de

la L.O.R.R.A.A. que define el concepto de refugiado en los términos del artículo 1.A de la Convención de Ginebra de 1951, igual que se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico español, en el 1 del Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas<sup>1161</sup>.

La anterior es una redacción práctica que permite delimitar los beneficiarios de la protección temporal a partir de la premisa de que todos los que conforman una afluencia masiva son sujeto de protección temporal, y que se otorgará protección temporal a aquellas personas que no puedan regresar por alguna circunstancia a su país de origen y que puedan eventualmente ser considerados como refugiados. Este objetivo específico exige la redacción de normas sobre el tratamiento jurídico de la protección temporal fundamentadas en la adopción de criterios uniformes en armonía con el Derecho internacional de los derechos humanos y de los refugiados, los cuales son sinónimo de una protección efectiva.

Como bien se ha descrito, el Reglamento sobre el Régimen de protección temporal pretende recoger un conjunto de normas mínimas que resulten aplicables cuando ocurra una afluencia masiva de personas que no pueden, al menos en un tiempo considerable, volver a su país de origen o de residencia. Su justificación radica en evitar futuras contradicciones o problemas de interpretación a la hora de aplicar esta protección en el territorio venezolano. El régimen jurídico que se propone establecer es un procedimiento excepcional. Por tanto, su reglamentación no pretende menoscabar el derecho a solicitar refugio<sup>1162</sup> ni otorgar licencia al Estado para sustituir el procedimiento de determinación, sino que sólo intenta normar un estado intermedio entre los dos anteriores que logre flexibilizar el otorgamiento de la protección

---

<sup>1161</sup> “Este reglamento tiene por objeto regular el régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países no miembros de la Unión Europea que no puedan regresar en condiciones seguras y duraderas debido a la situación existente en ese país, y que puedan eventualmente caer dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.A de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, u otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional”.

<sup>1162</sup> El desarrollo y sistematización de la protección temporal ha generado opiniones encontradas, pues en muchas ocasiones se ha afirmado que representa un régimen de sustitución de la protección que se debe a los refugiados. Por ello, para evitar confusiones es importante la promoción de su reglamentación. Al respecto, COLES, J.G.: “Temporary Refuge and the Large Scale Influx of Refugees”, en *AYIL*, vol. 8, 1983, págs. 189-212.



internacional en los casos de afluencia masiva, para permitir una protección eficaz de la dignidad de las personas en sentido amplio y la protección física en sentido estricto.

Al respecto, es importante precisar que este régimen no pretende extender la utilización de la protección temporal para proteger a los refugiados no convencionales, pues en términos de legalidad esta institución ha sido acogida y desarrollada por la L.O.R.R.A.A. para un objetivo concreto: la gestión de las afluencias masivas. Por consiguiente las personas que no posean los elementos necesarios para ser considerados como refugiados en virtud del artículo 5 de la L.O.R.R.A.A. serán protegidas por este régimen de protección temporal siempre que sean parte de una afluencia masiva que ingrese en territorio venezolano.

## **2.2. El procedimiento para el otorgamiento de la protección temporal.**

En pro de la coherencia del reglamento con el ordenamiento jurídico internacional, es fundamental que el desarrollo del procedimiento para el otorgamiento de la protección temporal se estructure (como lo está el procedimiento de refugio en la L.O.R.R.A.A.) en función de la prohibición de devolución, eje central del sistema de protección de los refugiados tanto en la legislación venezolana como en el régimen universal. Al respecto, es importante precisar que, dada la importancia de la seguridad física en casos de flujos masivos, el respeto a dicho principio debe estar vinculado necesariamente a la prohibición del rechazo en frontera, como fundamento de la protección internacional en este tipo de situaciones a la luz de la obligación establecida en el artículo 32 de la L.O.R.R.A.A, relativo a la no devolución en caso de afluencia masiva.

Venezuela, como Estado parte del Protocolo de 1967, ha desarrollado la definición clásica de lo que se entiende por “refugiado”. No obstante, es preciso indicar que la protección necesaria en caso de afluencia masiva no depende de los elementos que contempla dicha definición. Por tanto, la afluencia masiva puede considerarse como un acontecimiento que afecta a un gran número de personas que huyen de un país y cuya necesidad de protección se deriva de la incapacidad de un Estado de determinar individualmente las causas por las cuales se han visto forzados a desplazarse. Por tanto,

la protección que se otorga en estos casos debe establecerse desde un punto de vista objetivo, donde las razones individuales que inducen a la movilización quedan supeditadas a un segundo plano y la consideración de sus fundamentos resulta independiente de la protección otorgada.

La legislación venezolana proporciona en el artículo 32 de L.O.R.R.A.A. la definición de afluencia masiva en los siguientes términos:

“A los efectos de esta Ley, se entenderá por afluencia masiva la llegada al territorio nacional de grupos de personas necesitadas de protección que huyen de un mismo país, dificultándose la determinación momentánea de las causas que motivaron su movilización...”.

Como puede observarse, en este apartado sólo se hace referencia al concepto de afluencia masiva y los supuestos que motivarán la participación del Estado, sin que se establezca expresamente la naturaleza de la protección que se otorga a las personas que huyen en afluencia masiva. El Reglamento de la L.O.R.R.A.A., en su artículo 21 relativo a las afluencias masivas, parece completar dicha norma expresando que:

“En caso del ingreso de grupos de personas pertenecientes a un mismo país necesitadas de protección temporal, las mismas gozarán de dicha protección mientras subsistan las causas que motivaron su movilización”

Dicha disposición establece que podrá otorgarse protección temporal en los casos en que las personas ingresen al territorio como parte de un grupo proveniente de un mismo país mientras subsistan las causas que motivan su desplazamiento forzoso. Empero, sería importante que existiera en la legislación venezolana un conjunto normativo que definiera en términos precisos todas las disposiciones necesarias para el disfrute y el otorgamiento de la protección temporal.

#### *2.2.1 La autoridad competente para determinar la afluencia masiva y la concesión de protección temporal.*

La definición de afluencia masiva no es un concepto determinado, no hace referencia a un número concreto de personas, sino que por el contrario se refiere a una gran cantidad de personas que hacen colapsar la capacidad operativa del sistema de

determinación y recursos humanos disponible en un país para brindar asistencia a las personas.

Estas características de cantidad e inminencia son precisamente las que diferencian las afluencias masivas de los éxodos masivos, los cuales no implican un ingreso masivo hacia un territorio, sino que consisten en salidas masivas de un lugar, que no siempre son recibidas por el mismo país<sup>1163</sup>. Por tanto, dado que la calificación de la afluencia masiva constituye el pre-requisito para la concesión de la protección temporal, su determinación por parte de la autoridad competente es fundamental para que se califique la existencia o no de un flujo masivo y las consecuencias legales que la misma trae consigo<sup>1164</sup>.

En el caso venezolano, ni la Ley ni el Reglamento estipulan autoridad competente para determinar la afluencia masiva<sup>1165</sup>, lo que pone de relieve la existencia de una laguna legal que podría dilatar el procedimiento de concesión de la protección temporal. Por eso, la mera inclusión de una institución en una legislación no puede considerarse como un avance en la protección efectiva de una situación.

La inclusión de la protección temporal abrió la posibilidad de proporcionar la utilización de esta herramienta flexible para poder proteger a las personas en condiciones excepcionales, como es el caso de las afluencias masivas. Sin embargo, es precisa la redacción de una disposición que permita dar inicio al procedimiento, pues en relación con la protección temporal llama la atención la ausencia de alguna que establezca sobre quién recae la obligación de “monitoreo fronterizo” para notificar los

---

<sup>1163</sup> KÄLIN, W.: “Temporary Protection in the EC...”, cit., pág. 217.

<sup>1164</sup> Sobre este particular, la Directiva Europea 2001/55/CE establece en el apartado 1 del artículo 5 que “[l]a existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas se constatará por una decisión del Consejo adoptada por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión, que examinará igualmente cualquier solicitud de un Estado miembro de que presente una propuesta al Consejo” y es precisamente sobre esta decisión que se “determinará la aplicación en todos los Estados miembros de la protección temporal, respecto de las personas desplazadas a las que se refiera, de conformidad con las disposiciones de la presente Directiva”.

<sup>1165</sup> En el caso concreto de la regulación establecida por la Directiva Europea 2000/55/CE, se establece claramente que corresponde al Consejo tomar la decisión de calificar la situación, previa propuesta de la Comisión Europea. El artículo 5.1 de la Directiva expresa que “[l]a existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas se constatará por una decisión del Consejo adoptada por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión, que examinará igualmente cualquier solicitud de un Estado miembro de que presente una propuesta al Consejo”.

flujos masivos de personas, con lo que no se sabe de antemano quién será el responsable de notificar a las autoridades competentes para dar inicio a las actuaciones del Estado. Por tanto, la inclusión en las bases normativas de una autoridad competente que califique el desplazamiento forzado como afluencia masiva y otorgue la protección temporal resulta imprescindible para el inicio del procedimiento de concesión de esta protección provisional.

Tras un análisis del marco legal del refugio en Venezuela, y siguiendo la estructura institucional establecida, es indudable que la decisión respecto a esta determinación debería corresponder a la Comisión Nacional de Refugiados (CNR), que es el órgano administrativo encargado de la toma de decisiones en el ámbito de la L.O.R.R.A.A., según establece su artículo 13<sup>1166</sup>. No obstante, desde el punto de vista operativo, y tomando en consideración el carácter humanitario y la celeridad que requiere el otorgamiento de la protección temporal, sería conveniente atribuir a las Secretarías Técnicas Regionales (STR) la facultad de decidir en primera instancia si existe una afluencia masiva y el otorgamiento de dicha protección, a través de lo que se podría llamar *Decisión sobre el otorgamiento de protección temporal*.

Esta atribución competencial tendría como propósito principal, desde una perspectiva funcionalista, atenuar la complejidad de que son sinónimas las afluencias masivas. De esta manera, este dispositivo excepcional que supone una protección de emergencia podría aplicarse más efectiva y eficazmente en beneficio del grupo de personas con necesidad de protección internacional.

En este sentido, sin ánimo de alterar la estructura funcionalista desarrollada por la L.O.R.R.A.A., la CNR podría operar como una segunda instancia, a la cual se facultaría para revisar, ratificar o revocar la decisión de las STR en lo relativo a la consideración de la afluencia masiva y el otorgamiento de la protección temporal, a través de una *Declaración sobre el otorgamiento de protección temporal*. De esta forma, el Estado venezolano respondería casi de forma inmediata a las afluencias masivas desde una perspectiva principalmente humanitaria pero además jurídica, a

---

<sup>1166</sup> La Comisión Nacional de Refugiados no posee un reglamento interno en el cual se desarrollen sus funciones ni actividades. Dicho instrumento resulta fundamental para establecer el procedimiento de otorgamiento de la protección temporal y para mejorar el sistema de protección internacional previsto en la L.O.R.R.A.A.

través de las STR, que son entes auxiliares y descentralizados que conocen las realidades de la zona que reciben los flujos de personas.

En este mismo sentido, y en orden de hacer operativa la concesión de la protección temporal, resultaría importante establecer disposiciones que desarrollen acuerdos de cooperación con las Fuerzas Armadas Nacionales, con la Defensoría del Pueblo a través de las Defensorías delegadas, con las organizaciones no gubernamentales y con el ACNUR, en virtud de los cuales se faculte a las mismos para informar a las STR o a la CNR sobre cualquier posible ingreso de flujos masivos dentro de sus zonas de trabajo.

Esta medida tiene como propósito agilizar el inicio del procedimiento de otorgamiento de la protección temporal, y además podría establecerse como un verdadero mecanismo de alerta temprana, pues la activa vigilancia de las zonas y comunidades receptoras de estos flujos suelen ser una forma útil de conocer las dificultades y situaciones que se viven del otro lado de la frontera. Una previsión de esta naturaleza podría implicar una respuesta más efectiva y contundente en caso de emergencia<sup>1167</sup>.

Con esta propuesta de otorgar poder decisorio a las STR no se pretende restringir las funciones de la CNR, pues la declaración sobre la determinación de la afluencia masiva y el otorgamiento de la protección temporal seguirá siendo en última instancia competencia de la CNR, quien decidiría de forma definitiva la procedencia o no de dicha protección temporal. Lo que se pretende con esta decisión descentralizada es acelerar el proceso de conocimiento y declaración, teniendo en cuenta que la CNR es un órgano colegiado no permanente que se encuentra en la capital de la República.

---

<sup>1167</sup> La creación de un sistema de alerta temprana de flujos masivos y fenómenos de violencia, discriminación, inseguridad y exclusión social es una de las propuesta que se ha discutido en el ámbito americano, de hecho la activa participación de las Defensorías y Procuradurías de los Derechos humanos se ha considerado vital para evitar violaciones de los derechos de los refugiados y problemas que puedan afectar el bienestar democrático de la región (ACNUR: *Derechos Humanos y Refugiados en las Américas: Lecturas Seleccionadas*, ACNUR/IIDH, San José, 2001, pág. xii).

### *2.2.2. El contenido de la decisión y la declaración sobre el otorgamiento de protección temporal.*

Como se ha descrito en el apartado anterior, la CNR será la encargada de decidir en última instancia si se está frente a una afluencia masiva. En este mismo acto, por celeridad procesal, podría redactar una Declaración por medio de la cual establezca la concesión de la protección temporal al grupo de personas que haya cruzado la frontera bajo estas circunstancias.

Por tanto, si se considera la posibilidad de facultar a las STR para el otorgamiento de protección temporal, la información necesaria para dar contenido a la Declaración de la Comisión (ratificando o revocando) vendría de la STR, que es un órgano auxiliar, cuya visión regional de las capacidades aceleraría el proceso de decisión y facilitaría el acceso al grupo de personas, además de la coordinación de la operación de asistencia.

Por tanto, es importante que la decisión de la STR contenga el número de personas que conforman al grupo y a las que se les aplica la protección temporal, el tiempo estimado por el que se otorga, las características del grupo y las condiciones generales de salud de los integrantes de dicho grupo, y cualquier otra información que se considere de importancia o que amerite consideraciones especiales. En igual sentido, la STR deberá incluir en su decisión cualquier tipo de información relevante acerca de las circunstancias que motiven el desplazamiento o que afecten al retorno de las personas que están siendo acogidas temporalmente por el Estado.

Asimismo, resultaría muy importante incluir en la decisión de la STR las descripciones de la capacidad de recepción por parte de los entes estatales, pues de esta manera la CNR podrá obtener toda la información necesaria relacionada con las capacidades operativas de los organismos públicos y privados, e incluso del ACNUR, ya que las oficinas tanto de aquellos como de éste se encuentran territorialmente distribuidas en los Estados fronterizos con Colombia.

En este orden de ideas, y considerando la importancia de delegar responsabilidades respecto a la asunción de las emergencias producidas por la afluencias masivas, la CNR deberá fundamentar el contenido de la declaración en la

propuesta realizada por la STR, recogiendo en la misma: la descripción del grupo al que se le aplicará la protección, la fecha en que comenzará la protección, información sobre el país de origen proveniente del ACNUR u otras organizaciones y la capacidad de recepción en las zonas en que se encuentren las personas que han ingresado en flujo masivo.

### *2.2.3. Los plazos para la toma de decisión respecto al otorgamiento de la afluencia masiva.*

Teniendo en consideración la autoridad competente para la determinación de la afluencia masiva y la información necesaria para la decisión del otorgamiento de la protección temporal, conviene establecer un plazo de toma de decisiones en el cual la CNR pueda pronunciarse. La CNR, al no ser un órgano permanente, necesitaría una convocatoria extraordinaria de los miembros de dicho órgano, lo cual llevaría más tiempo del necesario para afrontar la situación. Así que en casos de emergencias como aquellos relacionados con las afluencias masivas, una vez conocido el ingreso del grupo de personas, se ha de establecer un plazo máximo para la elaboración de la decisión, que no deberá exceder de 5 días, debido a que, al no conocer las circunstancias que han motivado el desplazamiento masivo, la condiciones de seguridad y vulnerabilidad pueden variar e ir en detrimento del grupo de personas con necesidades de protección.

En el marco de un desplazamiento masivo y la emergencia que éste genera, el tiempo es un elemento determinante que podría convertirse en el principal agravante de la situación y en el condicionante de los derechos de las personas. Por tanto, en las gestiones de afluencias masivas la celeridad debe constituirse en una característica importante de la respuesta del Estado, pues es fundamental operativizar las funciones de la CNR, comenzando por el establecimiento de las obligaciones de las STR respecto a estas circunstancias y acortando los lapsos de tiempo, que podrían convertirse en el peor de los enemigos de estas personas.

#### 2.2.4. *La duración de la protección temporal.*

La determinación de su duración es, sin duda, la característica que da forma a la protección temporal y que determina el desarrollo de los estándares mínimos de protección respecto a los derechos de estas personas. El tiempo en que la misma es ofrecida es sin duda un elemento relacionado con la observancia de ciertos derechos que se verían seriamente limitados en caso de que la misma se convirtiera en indefinida. Por tanto, la temporalidad en este caso es un factor determinante en el respeto de los derechos humanos de los protegidos por este régimen<sup>1168</sup>.

La protección temporal permite dar respuesta inmediata a contingencias como los flujos masivos de población en busca de protección internacional, sin que su otorgamiento o duración se conviertan en un obstáculo para el reconocimiento de las obligaciones estatales relativas al refugio o como pretexto para reemplazar el estatuto de refugiado<sup>1169</sup>.

Como puede observarse, la duración de la protección temporal condiciona su naturaleza de protección provisional determinada en el tiempo, cuya prolongación desvirtuaría su objetivo y la convertiría en una excusa del Estado para el menoscabo del derecho de la persona a solicitar refugio o a buscar de una solución duradera. Por tanto, la celeridad que debe caracterizar la protección temporal comienza desde el momento mismo en el que se tiene conocimiento del ingreso del flujo. Es precisamente por esta

---

<sup>1168</sup> El artículo 4 de la Directiva Europea establece la duración de la protección temporal en los siguientes términos: “1. Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 6, la duración de la protección será de un año. De no cesar de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 6, será prorrogable automáticamente por períodos de 6 meses durante un plazo máximo de un año. 2. En caso de que persistan los motivos para la protección temporal, el Consejo podrá decidir por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, que estudiará a su vez cualquier solicitud de un Estado miembro de que presente una propuesta al Consejo, prórroga dicha protección temporal durante un año como máximo”. GORTÁZAR ROTAECHE opina respecto a la prórroga de la protección que el período de tiempo de la protección temporal es mayor del que en principio parecería adecuado para una protección que se ha definido como un pre-estatuto con carácter de interinidad (GORTÁZAR ROTAECHE, C.: “La protección subsidiaria como concepto diferente a la protección temporal. Hacia un Derecho comunitario europeo en la materia”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, PA. (ed.): *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva, Huelva, 2002, pág. 243).

<sup>1169</sup> En este mismo sentido, el párrafo 10 de la Directiva Europea recuerda que “[e]s importante que esta protección temporal sea compatible con las obligaciones internacionales de los Estados miembros en materia de derecho de los refugiados y, en particular, no debe prejuzgar el reconocimiento del estatuto de refugiado de conformidad con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, que ha sido ratificada por todos los Estados miembros”.



razón que se deben redactar disposiciones en las que se desarrollen medidas para la recepción, identificación y registro de estas personas de reciente ingreso, para poder tener un conocimiento de la cantidad de personas y las condiciones en las que han ingresado al país.

Tomando en consideración el desarrollo institucional de la L.O.R.R.A.A. y con base en la propuesta de autoridad competente desarrollada en el párrafo anterior, se puede afirmar que le compete a la CNR declarar el otorgamiento de la protección temporal, previa decisión de la Secretaría Técnica Regional. En este orden de ideas, la duración de la protección temporal es de 90 días, según estipula el Reglamento de la L.O.R.R.A.A., que establece la posibilidad de prórroga por un tiempo igual.

Respecto a la duración, puede entenderse que el mínimo de tiempo establecido es de 90 días, si se tiene en cuenta que puede ser un plazo menor dependiendo de la magnitud de las circunstancias que hayan motivado el desplazamiento masivo. Sobre este particular, cabe pensar que, si bien se establece una posible prórroga en el tiempo del disfrute de la protección, el lapso de 90 días como lapso inicial resulta escaso en la medida en consideración que la duración de la protección depende de la situación del país de origen y de las condiciones para un retorno seguro. En este sentido, resulta evidente que 90 días no es un tiempo prudencial para determinar las circunstancias que implica un retorno seguro.

Las circunstancias objetivas que fundamentan un temor son difíciles de abordar en tan corto período, pero en términos de efectividad resulta más difícil dotar a la CNR de la capacidad necesaria para hacer una evaluación concienzuda respecto al tema. La dinámica de trabajo, la lentitud de la determinación de los casos de solicitudes de refugio y la gran cantidad de actuaciones que integran el contenido de la obligación dificulta el cumplimiento de este plazo, lo cual, en caso de trámite de una prórroga, conllevaría una situación de vulnerabilidad de los protegidos temporalmente en espera de la decisión.

Por lo antes descrito, sería importante considerar la ampliación de la duración de la protección temporal a unos 180 días y la prórroga por 180 días más, en los cuales se podría determinar con fundamentos más objetivos y sólidos las condiciones de retorno,

y se evitaría el proceso de evaluación de la renovación de la protección temporal prevista en el artículo 22 del Reglamento de la L.O.R.R.A.A.

### **2.3. La realización del registro de personas que ingresan en afluencia masiva.**

El registro de las personas que ingresan como parte de una afluencia es fundamental para la determinación de los beneficiarios de la protección temporal. Así, desvinculando las causas personales o subjetivas que han promovido el desplazamiento masivo, todas las personas que hayan ingresado al territorio nacional deben ser identificadas en orden a conocer la cantidad de personas entre las cuales se establecen los vínculos de la protección internacional. Por consiguiente, el reglamento debe establecer de manera clara la responsabilidad del Estado en la coordinación de las funciones de registro de las personas que ingresan como parte del grupo.

El registro, además de tener funciones de identificación personal, permitirá establecer la composición de los grupos familiares, las condiciones de salud física y mental de las personas que llegan al territorio, casos especiales de riesgo relacionados con ciertos colectivos, como mujeres, niños o ancianos, que necesiten consideraciones especiales, lo que posibilitará la elaboración de un perfil demográfico que puede ser utilizado posteriormente para la implementación de proyectos comunitarios o para el desarrollo de actividades específicas. Así, para evitar confusiones, dispersión del grupo y otro tipo de factores que modifiquen los resultados, el registro debe iniciarse con la mayor brevedad posible una vez se haya conocido la entrada del flujo de personas<sup>1170</sup>.

Por otro lado, el registro resulta importante en lo relativo a la determinación del número total de personas que forman la afluencia masiva, por lo cual la realización dinámica y ágil del registro permite la obtención de uno de los requisitos principales de la decisión del otorgamiento de protección temporal que será remitida a la CNR.

---

<sup>1170</sup> “El ACNUR y la Cruz Roja seccional Zulia se encargaron de la elaboración del censo de las familias wayúu. No obstante, a consecuencia de la improvisación del procedimiento, dicho censo fue realizado al cabo de un mes de la entrada del grupo, por lo que los funcionarios del ACNUR, UNICEF, Cruz Roja y del la CNR tuvieron que visitar distintas zonas, ‘buscando’ a las personas que habían ingresado, por lo que esta operación requirió más tiempo de lo planificado (*Nota de Archivo*, Oficina de ACNUR en Machiques, Estado Zulia, Documento interno, 5 de julio de 2004, pág. 2).

Resulta importante indicar que, además de lo antes descrito, el registro de estas personas posibilitará la individualización de la protección temporal, y que permitirá al Estado conocer a todas y cada una de las personas que integran el grupo, información que posteriormente agilizará el trámite de la solicitud de refugio en caso de que la persona tenga la necesidad de un cambio de estatuto, pues, como ya se ha explicado la protección temporal es una medida de urgencia que no debe impedir la obtención del estatuto de refugiado a las personas que tengan derecho a él.

### *2.3.1. La competencia para el registro de personas.*

Como se ha venido explicando, las STR han sido creadas para apoyar las funciones de la CNR en los planos territoriales. Así, desde un punto de vista funcional las actividades relacionadas con la identificación y registro de las personas que ingresan como parte del flujo masivo debería estar a cargo de estos órganos estatales<sup>1171</sup>, quienes serán los encargados de practicar este reconocimiento en tiempo prudencial, en beneficio de estas personas de reciente ingreso.

Por tanto, el registro de personas debe ser coordinado por la CNR y ejecutado por las Secretarías Técnicas Regionales. Asimismo, sería recomendable permitir la colaboración del ACNUR en la elaboración de esta identificación, debido a su experiencia y capacidad técnica que permitirían la culminación de este censo más rápidamente. Además, en el caso venezolano permitiría introducir a estas personas en una base de datos que el ACNUR comparte con el Estado, agilizando de esta manera la identificación de las personas con necesidades de protección en el país<sup>1172</sup>. De forma

---

<sup>1171</sup> En este sentido la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería (ONIDEX) y la Defensoría del Pueblo, podrían cooperar en la realización del registro de las personas que forman la afluencia masiva. La ONIDEX sería competente por ser el órgano estatal encargado de la identificación y la emisión de documentación del Estado y la Defensoría del Pueblo por su calidad de miembro de la CNR. Las funciones de ambos órganos pueden consultarse en [www.onidex.gov.ve](http://www.onidex.gov.ve), [www.defensoria.gov.ve/](http://www.defensoria.gov.ve/).

<sup>1172</sup> Con el propósito de brindar una protección más efectiva, el ACNUR y los Estados receptores han desarrollado un conjunto de estrategias, en las que trabajan solidariamente con el propósito de encontrar soluciones a los problemas que genera la situación de refugio. Entre estas estrategias, se puede mencionar a modo de ejemplo, la creación, en diciembre de 2003, del sistema de registro de solicitantes de refugio y refugiados en Venezuela, el cual, entre los aspectos prácticos de la protección física y jurídica, ha permitido ofrecer una constancia a las personas que solicitan refugio desde el momento mismo en que realizan su entrevista de elegibilidad (*Vid.* Anexo III). Esta acción vino a cubrir el vacío existente entre las realidades operacionales y los lapsos determinados por la LORA en donde únicamente se establece el otorgamiento de documentación oficial del Estado a las personas que han sido reconocidas como

general, el registro podría además contar con el apoyo de los funcionarios de la Oficina de Dirección de Identificación y Extranjería, quienes podrían, junto con la CNR, levantar un acta de forma inmediata en la cual se listen los integrantes del grupo con miras a la elaboración de la documentación temporal

### *2.3.2. La emisión de la documentación para las personas que serán protegidas temporalmente.*

El documento entregado por el país receptor es un factor importante en el marco de la protección internacional, pues el mismo representa en la mayoría de los casos la única documentación que las personas poseen para identificarse. De esta manera, en relación a la protección temporal uno de los aspectos más importantes en virtud del respeto de los derechos de las personas bajo este régimen provisional es el otorgamiento de una documentación mediante la cual pueda probar su condición. Así que, aun cuando se trate de la protección temporal, la falta de documentación es sinónimo de inseguridad jurídica<sup>1173</sup>.

---

refugiados, dejando a los solicitantes de refugio sin ninguna identificación que les permita probar su identidad y su condición. Así, ante esta coyuntura y motivado por las constantes repatriaciones forzadas de los solicitantes de refugio colombianos, el ACNUR propuso un sistema único de registro compartido con el gobierno para de esta manera tener un mejor control e identificación de las personas con necesidades de protección internacional. “El registro y documentación de los solicitantes de asilo es especialmente importante dada la relativa invisibilidad de las víctimas del conflicto colombiano en Venezuela (...). Debido al incremento de los niveles de criminalidad y la infiltración de grupos armados ilegales de Colombia dentro del territorio venezolano, estas víctimas del conflicto colombiano a menudo son estigmatizadas como traficantes de droga o miembros de estos grupos armados. Su situación incierta no sólo los vuelve vulnerables a la detención y deportación, sino que también los deja sin acceso a derechos básicos, como educación, salud y empleo. El otorgarles documentos de identificación que los registra como solicitantes de refugio es clave para disminuir la xenofobia y abrir oportunidades para la integración para aquellos que guardan la esperanza de reconstruir sus vidas en Venezuela. El registro con el ACNUR marca el primer paso hacia la formalización de la presencia de estos individuos en Venezuela como personas con necesidad de protección internacional. Una vez registrados, los casos se envían posteriormente a la Comisión Nacional de Refugiados que es la responsable de revisar las solicitudes de asilo, determinar la condición de refugiado y supervisar los esfuerzos del gobierno para dar protección y asistencia a quienes solicitan asilo” (ACNUR: “Cientos de colombianos se registran con el ACNUR en Venezuela”, en *Actualidad en las Américas*, [www.acnur.org/paginas/index.php?id\\_pag=2328](http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=2328)).

<sup>1173</sup> En el caso de la emergencia wayúu, no se otorgó ningún tipo de documento oficial por parte del Estado Venezolano ni por parte del ACNUR. El registro de estas personas fue desarrollado manualmente, lo que quiere decir que no fueron incluidas en la base de datos del ACNUR en la que se incluyen a las personas con necesidades de protección en Venezuela.

El Reglamento de 2003 señala en su artículo 23 que:

“Los grupos que gozan de protección temporal, deberán ser identificados con ese carácter por las autoridades competentes, previa elaboración del respectivo expediente, el cual deberá contener las causas que motivaron su movilización, el registro de personas y todos aquellos datos que surjan de las investigaciones”.

No obstante, dicha disposición no indica en qué consiste tal identificación, por lo que en el reglamento que se pretende desarrollar es importante establecer una norma que disponga que, una vez obtenida la declaración de la protección temporal por parte de la CNR, la Secretaría Técnica Regional debe otorgar con la mayor brevedad posible un documento mediante el cual las personas bajo protección temporal puedan identificarse ante las autoridades públicas. Dicho documento debe contener expresamente el tiempo por el cual se otorgará la protección temporal, la identificación de la persona, su fotografía y cualquier otra información que se considere importante<sup>1174</sup>.

#### **2.4. La definición del contenido de la protección temporal.**

Tomando en consideración las disposiciones del Capítulo VII de la L.O.R.R.A.A. y del Reglamento de 2003, la protección temporal podría definirse como una protección excepcional por medio de la cual se garantiza la admisión al territorio nacional, la asistencia humanitaria y el respeto de los derechos humanos a las personas que integran el grupo que huye en afluencia masiva de un mismo país necesitadas de protección internacional, cuando la determinación momentánea de las causas que motivaron su movilización no puedan ser determinadas debido a la inminencia del flujo<sup>1175</sup>.

---

<sup>1174</sup> Como modelo podría tomarse en consideración la constancia que se entrega en actualidad a los solicitantes de refugio por parte del ACNUR. *Vid.* Anexo III.

<sup>1175</sup> En el ámbito europeo, “la primera consecuencia de ello consiste en que se crea una protección interina para un período de tiempo específicamente limitado que no pretende, en principio, eludir la correcta aplicación del sistema de la Convención de Ginebra o de otros Estatutos de protección subsidiaria” (GORTÁZAR ROTAECHE, C.J.: “La protección subsidiaria como concepto diferente a la protección temporal...”, cit., pág. 243).

Dicho concepto es fundamental para el establecimiento del régimen, pues de esta manera se pueden evitar las confusiones terminológicas. Sobre este particular, es importante recordar que la emergencia afrontada en el caso de los wayúu planteó contradicciones legales relacionadas con el análisis que la CNR elaboró respecto a la protección temporal y puso en evidencia la discordancia del tratamiento jurídico y las respuestas gubernamentales del Estado venezolano respecto a este particular y respecto al tema del refugio en general.

Por ello, la sistematización de un concepto que contenga las características de esta protección y la descripción de su naturaleza constituyen la única opción para evitar futuros inconvenientes que limiten la efectividad del sistema de protección a los grupos de personas que huyan en masa con necesidades de protección.

#### *2.4.1. La regulación de la acogida territorial.*

Desde el punto de vista operativo, resulta fundamental determinar claramente las normas relacionadas con las condiciones de acogida de las personas que sean protegidas temporalmente, con especial consideración al principio de no discriminación y a la presencia de grupos vulnerables, como los niños y los ancianos.

En el artículo 33 de la L.O.R.R.A.A. se desarrolla explícitamente la prohibición de la no devolución y su evolución en el ámbito consuetudinario permite su aplicación en los casos de flujos masivos, lo cual representa una ampliación de los estándares de la Convención de 1951 en la que solamente se hace referencia a la protección contra la no devolución de los refugiados<sup>1176</sup>. En este sentido, conviene resaltar que la L.O.R.R.A.A. incluye la admisión al territorio nacional como garantía principal para los protegidos temporalmente, lo que representa un avance significativo, mas no suficiente, pues convendría señalar qué estatuto legal detentan estas personas. Por tanto, es necesario

---

<sup>1176</sup> Para un análisis del ámbito personal de aplicación puede revisarse HAILBRONNER, K.: “*Non refoulement* and ‘Humanitarian’ Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?”, en *VJIL*, vol. 26, 1986, págs. 35-37. No obstante, se ha considerado que el alcance de la definición de refugiado depende de la interpretación que cada Estado le aplique (KÄLIN, W.: “Refugees and Civil Wars: Only a Matter of Interpretation?”, en *IJRL*, vol. 3, 1991, pág. 435).

indicar que, si se considera que la protección temporal constituye un pre-estatuto<sup>1177</sup> de protección distinto al de refugiado, las personas bajo este régimen deberían tener al menos un reconocimiento de estancia legal.

#### 2.4.2. *La autorización de trabajo remunerado.*

La normativa sobre derechos humanos protege el derecho al trabajo de las personas. Pero este derecho no garantiza un empleo para cada persona, por lo que existen ciertas limitaciones respecto a los extranjeros en países determinados. No obstante, los Estados están en la obligación de hacer todo lo que esté a su alcance para adoptar medidas que permitan a la mayoría de las personas beneficiarse de un empleo remunerado.

Así, en casos de afluencias masivas, se debe procurar crear planes de acción claros para que por lo menos uno de los miembros de cada familia pueda obtener una fuente de ingresos, pues, en caso contrario, el Estado y concretamente las comunidades de acogida tendrían una carga importante. Es preciso resaltar que una de las formas de garantizar el derecho al trabajo es a través del otorgamiento de documentación, mediante la cual se permita el acceso a un empleo remunerado<sup>1178</sup>.

#### 2.4.3. *La determinación de la asistencia material.*

El artículo 33 de la L.O.R.R.A.A. establece claramente las obligaciones del Estado respecto a la asistencia humanitaria. No obstante, dicha obligación necesita un mayor desarrollo, pues es importante que se especifiquen los órganos del Estado que se encuentran vinculados por esta obligación y el contenido de la misma.

---

<sup>1177</sup> AKRAM, S.M.; REMPEL, T.: “Temporary Protection as an Instrument for Implementing the Right of Return for Palestinian Refugees”, en *Boston University International Law Journal*, vol. 22, 2004, pág. 233.

<sup>1178</sup> Se ha resaltado la importancia de aplicar medidas de protección que respondan a las necesidades de las poblaciones más vulnerables. Entre estas medidas se encuentra el otorgamiento de la documentación a las personas que se protegen temporalmente y con ella la posibilidad de encontrar un permiso de trabajo, que permita que la población pueda normalizar su vida (MEDRANO, M.: “Panorama general del desplazamiento en la región norte de Sudamérica (Colombia, Venezuela, Panamá, Ecuador)”, en COMITÉ ANDINO DE SERVICIOS: *Derecho de los(as) refugiados(as)*..., cit., Bogotá, pág. 70).

Así, resulta fundamental la elaboración de una lista de instituciones y organizaciones que a través de la coordinación de la CNR puedan elaborar un plan de acción conjunto para garantizar la asistencia necesaria al grupo, principalmente la alimentación (adecuada) cuando no dispongan de recursos suficientes, la atención médica (al menos asistencia primaria) y la asistencia en enfermedades graves.

La protección de la persona (aun cuando la misma sea temporal) tiene que ser una protección integral, y su efectividad es sinónimo de bienestar para la comunidad en general, pues no hay que olvidar que las comunidades receptoras son, en la mayoría de los casos, zonas aisladas con escasos medios para asumir emergencias de este tipo. Por ello, es importante prevenir posibles catástrofes sanitarias o incluso enfrentamientos entre la población receptora y los protegidos temporalmente.

Como inicio de la protección física del grupo, es importante garantizar el alojamiento, al menos los primeros días. Esta responsabilidad recae casi de manera absoluta sobre el Estado, que debe procurar, o por lo menos garantizar, el acceso al mismo o los medios para obtenerlo. En todo caso, la infraestructura es un aspecto que merece especial atención en Venezuela, pues no basta con redactar una disposición a través de la cual se asuma el compromiso de establecer a las personas en lugares seguros lejos de la frontera, sino que además dichos lugares deben existir y también junto a ellos debe haber una serie de personas encargadas de coordinar las actividades concertadas para la recepción del grupo de personas que vaya a ser acogido temporalmente.

Sería recomendable que, paralelamente a la redacción del Reglamento, se elaborasen planes de contingencia con instituciones de la iglesia y organizaciones nacionales e internacionales presentes en la zona, con quienes se puede coordinar la asistencia humanitaria.



#### 2.4.4. *La reagrupación familiar.*

La unidad familiar es un principio de interpretación<sup>1179</sup> establecido en el artículo 2.6 de la L.O.R.R.A.A., por lo que, a los efectos de esta propuesta de reglamento, interesa simplemente adecuarlo al contexto de la reunificación familiar en caso de que se haga necesaria su aplicación para velar por el respeto del mismo.

#### 2.4.5. *El acceso a la solicitud de refugio.*

Cada Estado parte en los instrumentos de protección de los refugiados ha desarrollado un procedimiento de determinación de los refugiados acorde con su legislación interna. En este sentido, la L.O.R.R.A.A. ha establecido en su artículo 36 la posibilidad de que las personas que entran al país como parte de un flujo masivo puedan acceder a la solicitud de refugio:

“Las personas a las que se refiere este Capítulo que deseen solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado o refugiada deberán cumplir el procedimiento previsto en esta ley”.

No obstante, a pesar de ésta previsión, la ley no especifica el momento en el que la persona puede tener acceso a dicha solicitud, por lo que sería recomendable precisar en este Reglamento el momento desde el que se tiene este derecho. A la luz de los modelos de acceso a la solicitud de refugio en caso de protección temporal desarrollados por la doctrina<sup>1180</sup>, en el caso de la realidad venezolana sería recomendable la utilización del modelo que permite el acceso a los procedimientos de refugio en cualquier momento en que lo consideren necesario, pues la protección temporal está fundamentada en una respuesta de emergencia ante una situación de incapacidad de determinación individual, por lo que otorgar la posibilidad a las personas

---

<sup>1179</sup> NAVA, B.: “Los principios jurídicos que ordenan la aplicación de la Ley en materia de refugio venezolana y el procedimiento de elegibilidad adoptado”, en *Revista de Aportes Andinos. Desplazamiento forzado y refugio*, núm. 8, Quito, 2004, Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar, [www.uasb.edu.ec/padh](http://www.uasb.edu.ec/padh), pág. 4.

<sup>1180</sup> Según KÄLIN, existen al menos cuatro modelos aplicables: “1) Temporary protection is granted only after an asylum request has been rejected; 2) Persons can choose at any time between temporary protection and an asylum procedure; 3) Automatic determination after a certain period; 4) Asylum procedures (including accelerated procedures) are granted when temporary protection is lifted” (KÄLIN, W.: “Temporary Protection in the EC...”, cit., pág. 219).

de tener acceso al proceso de determinación representaría el total respeto a la máxima descrita por la norma del artículo 2, apartado 1 de la L.O.R.R.A.A.:

“Toda persona puede solicitar refugio en la República Bolivariana de Venezuela, debido a fundados temores de ser perseguido por los motivos y condiciones establecidos en el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados”

Este sistema de absoluta libertad de las personas para el acceso a los procedimientos de acceso es considerado un modelo aplicable para estos casos, pues es lo suficientemente flexible como para permitir que las personas con fundados temores de ser perseguidas puedan tener acceso a la condición de refugiado, o por lo menos al proceso de determinación, sin esperar a que venza el plazo establecido para la protección temporal. Este sistema sería recomendable en Venezuela, en la medida en que las condiciones de protección de los protegidos temporalmente no son más beneficiosas que las que reciben los refugiados<sup>1181</sup>.

## **2.5. La adopción de formas complementarias de protección.**

Una de las respuestas que un Estado puede dar ante la recepción de flujos masivos de población es la protección temporal. No obstante, al ser esta una decisión del Estado (aun cuando su naturaleza es de respuesta humanitaria) la misma puede ser o no otorgada en caso de flujos masivos.

En este contexto, es preciso resaltar que la legislación venezolana no contempla ninguna disposición que esté relacionada con una protección distinta a la protección de

---

<sup>1181</sup> Por su parte, la Directiva Europea fusiona tres de los cuatro modelos antes descritos. Al respecto, KÄLIN explica que: “[i]n accordance with model 2, Article 17 Directive provides that ‘persons enjoying temporary protection must be able to lodge an application for asylum at any time’. In that case, Member States ‘may provide that temporary protection may not be enjoyed concurrently with the status of asylum seekers while applications are under consideration’; however, if refugee status is not granted, the persons concerned must be allowed to enjoy temporary protection again (Article 19). According to Article 17 (2) Directive, ‘the examination of any asylum application not processed before the end of the period of temporary protection shall be completed after the end of that period’. This is not seems to leave room for States to suspend the examination of asylum requests during the duration of temporary protection but also forces them, in accordance with model 3, to examine asylum request when temporary protection is lifted after the maximum period of three years (Article 4), even if return still is not possible. Finally, in cases where return becomes possible before the maximum period of temporary protection expires, Article 17 (2) Directive has the effect of guaranteeing, in accordance with model 4, an asylum procedure for those who wish it before forcible return can take place” (KÄLIN, W.: “Temporary Protection in the EC...”, cit., pág. 220).

los refugiados o a la protección temporal. Con esto se quiere decir que las personas que no tengan temores fundados de persecución en función de los elementos señalados por el artículo 5 de la L.O.R.R.A.A. y a los cuales no se les conceda la protección temporal no podrán recibir protección por parte del Estado venezolano.

Así, respecto a la concesión de la protección de refugiados, la situación es aun más restringida, pues el Estado venezolano no ha asumido el compromiso formal de aplicación de la Declaración de Cartagena, por lo que si las personas que entran al país con necesidades de protección no logran demostrar los temores fundados de persecución o, en caso de afluencia masiva, la CNR decide no otorgarles la protección temporal, estas personas no tienen otra alternativa que abandonar el país sin ayuda del Estado venezolano<sup>1182</sup> ni del ACNUR, cuyo mandato está restringido al apoyo de refugiados o solicitantes de esta condición<sup>1183</sup>.

Por tanto, una vez denegada la protección temporal y al rechazar también las solicitudes de refugio presentadas por personas que no cumplen con los elementos del concepto de refugiado y teniendo en cuenta que, aunque el Estado ha inscrito la obligación de acoger a las personas que entran en afluencia masiva, tiene la facultad soberana de negar el otorgamiento de dicha protección. Pero, es evidente la necesidad de considerar una protección complementaria que les permita, permanecer por un tiempo determinado en el territorio del Estado venezolano, respetando el derecho de no devolución y permitiendo la búsqueda de solución a su situación en el país. Por consiguiente, se debería facilitar en este contexto la protección de refugiados no convencionales y de grupos a los que se les haya negado la protección temporal, dando origen a un estatuto humanitario, como se ha desarrollado en varios países europeos, entre estos España.

---

<sup>1182</sup> Antes de la promulgación de la L.O.R.R.A.A, Víctor Rodríguez Cedeño, Representante Permanente Alterno de Venezuela ante Naciones Unidas en Ginebra y ex Presidente del Comité Ejecutivo del ACNUR (1999-2000) insistió en que “no pueden ignorarse, dentro de un proceso de reflexión profunda sobre la protección internacional, otras formas complementarias que garanticen la seguridad de las personas desplazadas por la violencia, formas que sólo podrían ser concebidas con el ánimo de proteger los derechos humanos de tales personas y en plena armonía con la normativa internacional que rige esta materia” (RODRIGUEZ CEDEÑO,V.: “El ciclo de los movimientos forzados de personas: soluciones válidas y duraderas”, en [www.analitica.com/bitbliblioteca/victor\\_rodriguez/ciclo.asp](http://www.analitica.com/bitbliblioteca/victor_rodriguez/ciclo.asp), 9 de octubre de 2000, pág. 2).

<sup>1183</sup> ACNUR/ROVEN: *Criterios para otorgar asistencia a solicitantes de asilo y refugiados de origen urbano, Unidad de Programas*, Caracas, párr. 1.3. Vid. Anexo. V.

Esta medida sería parte del establecimiento de normas y procedimientos armónicos de refugio, a la luz de la grave situación del conflicto colombiano, que permitan proteger individualmente a personas necesitadas de protección internacional que pudieran no estar amparadas por la Convención de 1951 o la Declaración de Cartagena. Este desarrollo normativo permitiría ampliar la protección a todas aquellas personas que huyan de desastres naturales o de cualquier otra circunstancia que implique la necesidad de protección internacional, con lo cual se estaría dando un paso adelante a nivel regional.

## **2.6. La posibilidad del reparto de cargas.**

El creciente desequilibrio económico, las nuevas políticas económicas que se están desarrollando en varios países latinoamericanos, o la agudización del conflicto colombiano son suficientes razones para considerar que en la región puede crearse un escenario en el cual se pueden generar desplazamientos forzados de población. Las medidas para controlarlos y para afrontarlos se echan en falta en esta región donde la inestabilidad política y los problemas sociales y económicos están a la orden del día. Si bien se considera ya un avance el hecho de que el Estado venezolano haya considerado y desarrollado la protección temporal como protección aplicable a las afluencias masivas, todavía queda por conseguir la inclusión de medidas de cooperación regional y global para la asunción de estas responsabilidades.

En América Latina, muchos países se han convertido en receptores de ciudadanos colombianos que huyen en busca de protección en afluencias masiva, lo cual ha representado una novedad en este continente y ha desencadenado una serie de inconvenientes y reconsideraciones del régimen de asilo que ha caracterizado el entorno latinoamericano. Varios Estados continúan mostrándose reacios a asumir el compromiso respecto a la protección internacional, por lo cual en muchos casos resulta difícil hablar de ampliación, mejora o revitalización de una protección inexistente que no se ha asumido.

Gran parte de los Estados en América Latina no tienen capacidad de recibir un gran número de personas y mucho menos de hacerse cargo de su permanencia en sus

territorios de forma prolongada. Sin embargo, diariamente comunidades enteras de ciudadanos colombianos se desplazan internamente buscando acercarse a la frontera de Venezuela, Ecuador y Panamá. En este sentido, la redacción de un régimen jurídico aplicable a la protección temporal representaría un compromiso con la protección de refugiados sobre la base de los principios de solidaridad internacional y responsabilidad compartida<sup>1184</sup> y contribuiría a evitar la no devolución o los movimientos secundarios a otros países en busca de protección internacional. Pues así como se hizo en Europa, en América del Sur podrían resumirse en un solo instrumento los estándares mínimos de protección temporal y las medidas para regular el esfuerzo de todos los Estados de la región, lo que en la UE se comenzó con el desarrollo de esa responsabilidad compartida en instrumentos en los que se afianzaba el compromiso<sup>1185</sup>.

Esta Directiva representa un ejemplo claro de la búsqueda de áreas prácticas de convergencia entre los intereses soberanos y la solución de las emergencias que pueden causar las afluencias masivas de población. Por tanto, siguiendo este ejemplo, podría pensarse en la adopción de un acuerdo respecto a la recepción del grupo que huye, lo que implicaría un reparto más equitativo de la responsabilidad en el contexto de una

---

<sup>1184</sup> La importancia de la promoción de los principios de solidaridad internacional y la responsabilidad son los fundamentos necesarios para asegurar la protección y la asistencia de solicitantes de asilo y refugiados en las Américas y representan un importante desafío en materia de protección internacional. *Vid. La protección internacional de solicitantes de asilo, refugiados, desplazados internos, apátridas y otras personas del interés del ACNUR en las Américas: La importancia de la Solidaridad internacional y la Responsabilidad Compartida*, Documento presentado por el ACNUR ante el Consejo Permanente de la OEA, 15 de mayo de 2004, párrs. i-iv. La Asamblea General de la OEA tomando en consideración esta presentación del ACNUR, redactó una propuesta de Resolución en la cual señalaban que “(...)Renovar el llamado a la cooperación internacional e interamericana para facilitar la asistencia y protección necesarias en situaciones de afluencia masiva de refugiados, así como la búsqueda de soluciones duraderas como la repatriación voluntaria, y cuando sea apropiado y factible, la integración local o el reasentamiento de refugiados en un tercer Estado, en cumplimiento de los instrumentos internacionales y regionales, según sea aplicable” (*Proyecto de resolución sobre la protección de los solicitantes de la condición de refugiado, los refugiados, repatriados y apátridas en las Américas*, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, [Discutidos y considerado por la Comisión en sus reuniones celebradas los días 14, 15, 19 y 25 de mayo de 2004], OEA/Ser.G CP/CAJP-2180/04 rev.6 , 25 mayo 2004, párr. 6).

<sup>1185</sup> El Consejo Europeo, aprobó el 25 de septiembre de 1995 una Resolución sobre el reparto de cargas en relación con la acogida y la estancia, con carácter temporal, de las personas desplazadas, y el 4 de marzo de 1996 una Decisión 96/198/JAI sobre un procedimiento de alerta y urgencia para el reparto de cargas en relación con la acogida y la estancia, con carácter temporal, de las personas desplazadas. Estos instrumentos pueden consultarse en DOCE 262 de 7.10.1995, párr. 1; DOCE L 63 de 13.3.1996, pág. 10, respectivamente.

afluencia masiva. En este caso, los países vecinos y la sociedad internacional en general podrían apoyar en la acogida y manutención de estos grupos de personas<sup>1186</sup>.

La Comunidad Andina no ha desarrollado en amplitud en este tema; no obstante, podría elaborarse una propuesta de planes de acción en conjunto para estos casos en los que se desarrollen básicamente dos aspectos: el financiero y el relativo a la acogida de las personas, promoviendo un equilibrio de cargas.

Si bien el desarrollo de estas políticas comunitarias en América Latina sería un gran avance, es preciso tener en cuenta que la realidad es un tanto desalentadora, pues ni siquiera existe una armonización de las legislaciones regionales acerca de la protección de los refugiados en América Latina, ya que hasta la fecha la misma ha resultado una tarea difícil, debido a las realidades particulares que enfrentan los distintos Estados, y, de forma general, a que las políticas y prácticas estatales difieren notablemente entre sí<sup>1187</sup>.

Por ello, como punto de partida se podría promover un intercambio de información acerca de normas que pudieran aplicarse en casos de flujo masivo y que resultasen aplicables en toda América Latina, y discutir si todos tienen la capacidad de recepción y de cumplimiento necesarias. Porque la responsabilidad para no provocar flujos migratorios indeseados es una responsabilidad compartida<sup>1188</sup>, donde todos los

---

<sup>1186</sup> Aun cuando no se refiere a la acogida de personas bajo protección temporal, es preciso indicar que dentro del espíritu de solidaridad internacional y responsabilidad compartida, se enmarcan las iniciativas de Chile y Brasil como países emergentes de reasentamiento, así como la creación de dos unidades de reasentamiento para refugiados colombianos en Costa Rica y Ecuador con el apoyo de los Estados Unidos de América, y la ampliación del programa humanitario que implementa Canadá en Colombia como país de origen, conocido como “surce country programme” (ACNUR: “La protección internacional de solicitantes de asilo, refugiados, desplazados internos, apátridas y otras personas del interés del ACNUR en las Américas: La importancia de la Solidaridad internacional y la Responsabilidad Compartida”, Documento presentado ante el Consejo Permanente de la OEA el 15 de mayo de 2004).

<sup>1187</sup> Para un análisis sobre el estado actual de las legislaciones en esta región puede consultarse GIANELLI DUBLANC, M.: “El asilo y la protección de los refugiados en América Latina- Estudio comparativo de las legislaciones nacionales”, en FRANCO, L.: *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho internacional de los Derechos humanos*, ACNUR, Editorama, San José, 2004, págs. 242-494.

<sup>1188</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “Los nuevos desafíos de la protección de los refugiados”, de CAMPS MIRABET, N. (ed.): *El Derecho internacional ante las migraciones forzadas: Refugiados, Desplazados y otros migrantes involuntarios*, Edicions de la Universitat de Lleida, Sud-nord, 2005, pág. 67.

Estados, y con más razón los de mayor capacidad económica, deben desarrollar directrices preventivas en orden a evitar que surjan las causas que producen los desplazamientos masivos de población<sup>1189</sup>.

Abandonado el punto de vista regional, podría proponerse que, de manera más universal, en virtud de la vigencia del principio de solidaridad internacional, los Estados con más recursos económicos promuevan el establecimiento de un fondo de reservas para situaciones inesperadas, como por ejemplo para los casos de grandes flujos de población<sup>1190</sup>, como un mecanismo de cooperación internacional para compartir las responsabilidades y las cargas en situaciones de afluencia masiva<sup>1191</sup>. Esta idea debería materializarse en el apoyo económico debido por parte de una sociedad internacional incapaz de eliminar las causas que producen los desplazamientos forzados<sup>1192</sup>.

Este fondo de reservas podría ser administrado por el ACNUR, el cual dispondría del mismo cuando fuera necesario asumir y hacer todo lo necesario para cubrir las necesidades, sin tener que hacer llamamientos internacionales cuyos resultados no suelen llegar a tiempo y generalmente no suelen ser adecuados para hacer frente a estas contingencias. Así, el ACNUR, como garante de este fondo de reservas,

---

<sup>1189</sup> Desde una perspectiva amplia señala BONET PÉREZ que “(...) el respeto de los derechos y libertades de los migrantes ha de ser, en teoría, una de las consignas fundamentales de la cooperación internacional en la materia” (BONET PÉREZ, J.: *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes: Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 2, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pág. 11).

<sup>1190</sup> La creación de un fondo mundial fue sugerido en el *Informe de la Presidencia de la Mesa Redonda 2 respecto a La cooperación internacional para proteger los éxodos masivos* (inter alia, afluencias, participación y responsabilidad de la carga, seguridad e instrumentos adicionales), Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967, ACNUR: *Consultas Globales*, Diciembre 13, 2001, pág. 24.

<sup>1191</sup> GALINSOGA JORDÁ, A.: “La afluencia masiva de refugiados...”, cit., en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *La Revitalización...*, cit., págs. 138-146.

<sup>1192</sup> “Las emergencias humanitarias que afronta la comunidad internacional actualmente -y que constituyen las principales causas de los flujos masivos de refugiados y personas desplazadas- presentan un contraste demasiado acentuado entre la ficción jurídica del Estado soberano como centro de gravedad de una perspectiva contractualista de Derecho internacional y sus obligaciones -vigentes en dicho sistema jurídico- de respetar y hacer respetar los derechos humanos, que actualmente constituyen una de sus principales funciones, en virtud de las cuales tiene reconocidas plenas competencias y poderes, así como atribuidas responsabilidades jurídicas” (GALINSOGA JORDÁ, A.: “La afluencia masiva de refugiados...”, cit., en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *La Revitalización...*, cit., págs. 96 - 97).

podría tomar decisiones que impidan el padecimiento de la población afectada, al mismo tiempo que ofrezcan más garantías de paz y seguridad internacionales<sup>1193</sup>.

## **2.7. La finalización de la protección temporal.**

La protección temporal puede finalizar porque se ha extinguido el lapso durante el cual se protegerá a las personas. Ante esto surgen dos posibilidades: el retorno o la solicitud de refugio si se mantuvieran vigentes las circunstancias que dieron lugar a su declaración. Por tanto, los beneficiarios de protección temporal pueden presentar personalmente su solicitud en cualquiera de los lugares señalados en el artículo 14 de la L.O.R.R.A.A.<sup>1194</sup>.

De igual forma la protección temporal puede finalizar por cese o por pérdida de la condición de protegido temporalmente, pero en cualquier caso es importante considerar que su terminación debe someterse a consulta con el ACNUR y otras organizaciones internacionales, como la Cruz Roja, que cuales pueden tener información importante que compartir acerca de los riesgos que pueda generar una repatriación inoportuna.

En este contexto, y de forma general en cualquier situación de finalización, la CNR coordinará las actuaciones para posibilitar el regreso voluntario de las personas beneficiarias de la protección temporal o de aquellas cuya protección temporal haya llegado a su fin<sup>1195</sup>.

---

<sup>1193</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “Los nuevos desafíos de la protección de los refugiados”, en CAMPS MIRABET, N. (ed.): *El Derecho internacional ante las migraciones forzadas...*, cit., pág. 64.

<sup>1194</sup> “Toda solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado o refugiada deberá ser presentada por el (la) interesado (a), o por medio de un tercero ante las autoridades gubernamentales civiles o militares, o ante la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la cual será transmitida a la Comisión Nacional para los Refugiados. La solicitud podrá ser efectuada verbalmente y luego se ratificará por escrito ante la Comisión (...)”.

<sup>1195</sup> “Return which takes place under conditions of legal safety (such as amnesties or public assurances of personal safety, integrity, non-discrimination and freedom from fear of persecution or punishment upon return), physical security (including protection from armed attacks, and mine-free routes and if not mine-free then at least demarcated settlement sites), and material security (access to land or means of livelihood)” (UNHCR: *Voluntary Repatriation Handbook*, International Protection, Geneva, 1996, pág. 12). Al respecto el ACNUR “c) [d]estaca la importancia fundamental de los principios de no devolución y asilo como principios cardinales de la protección de los refugiados y alienta a los Estados a que redoblen sus esfuerzos para proteger los derechos de los refugiados, impedir que sean objeto de ataques armados en los campamentos o asentamientos, evitar una restricción innecesaria y severa de su libertad de



### 2.7.1. *El cese de los beneficios de la protección temporal.*

Considerando los casos en los cuales cesa la condición de refugiado en términos del artículo 10 de la L.O.R.R.A.A. y las circunstancias especiales relativas a la protección temporal, el reglamento establecerá como condiciones de cese cualquiera de las siguientes:

- a. Que haya transcurrido el plazo establecido para la misma.
- b. Que el beneficiario de la protección temporal haya decidido voluntariamente regresar a su lugar de procedencia y manifieste de forma expresa ante la autoridad competente que se someterá a la protección del país de su nacionalidad.
- c. Que el beneficiario de protección temporal haya obtenido la nacionalidad venezolana.
- d. Que hayan desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue otorgada la protección temporal.

Al igual que ocurre con la cesación de la condición de refugiado, la decisión corresponde a la CNR, en virtud de lo establecido por el artículo 24 del Reglamento de 2003, el cual expresa lo siguiente:

“Corresponde a la Comisión Nacional para los Refugiados declarar, mediante acto motivado, la cesación o pérdida de la condición de refugiado o refugiada, fundamentado en las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas. Una vez hecha la declaración, la Comisión Nacional para los Refugiados deberá notificar a la (s) persona (s) objeto de esta medida, con la respectiva motivación que originó la declaración (...)”

---

movimiento, garantizar condiciones de asilo compatibles con las normas internacionales aceptadas, y facilitar su estancia en los países de asilo, por ejemplo mediante el otorgamiento de la documentación personal necesaria y de una autorización para regresar después de haber viajado el extranjero (...); j) Pide al Alto Comisionado que redoble sus esfuerzos para alentar o promover la repatriación voluntaria de los refugiados y su reintegración en condiciones de seguridad en los países de origen, e insta a los Estados a que faciliten dichos esfuerzos, por ejemplo garantizando el respeto a la naturaleza voluntaria de cualquier viaje de repatriación y permitiendo que sus ciudadanos regresen en condiciones de seguridad y dignidad a sus hogares sin ser objeto de hostigamiento, detención arbitraria o amenazas físicas durante el viaje de retorno o después de él” (*Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR sobre la Protección Internacional de los Refugiados Aprobadas por el Comité Ejecutivo*, Conclusión No 65, (XLII), 42º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1991).

La protección temporal puede cesar porque la persona haya decidido voluntariamente regresar a su país de origen mientras esté vigente la protección temporal o porque la CNR determine que la situación del país de origen garantiza un retorno seguro y el respeto a la dignidad humana<sup>1196</sup>. Esta última es una obligación que implica un compromiso importante en lo que a la protección se refiere<sup>1197</sup>. En cualquiera de los casos el Estado tiene la obligación de que esta persona conozca la información acerca de la realidad que se vive en el país donde ha de regresar, por lo que el deber del Estado de garantizar el retorno seguro no se extingue por la voluntad del retorno del protegido temporalmente en caso de que no se den las condiciones para permitir la devolución.

#### 2.7.2. *La pérdida del beneficio de protección temporal.*

Tomando en consideración lo establecido en el artículo 11 de la L.O.R.R.A.A. en relación a la pérdida de la condición de refugiado, puede considerarse que la pérdida del beneficio de la protección temporal se dará cuando:

- a. El beneficiario de la protección temporal renuncia expresa o tácitamente<sup>1198</sup> a dicha condición.
- b. La protección temporal se ha obtenido mediante datos, documentos o declaraciones falsas o la existencia de hechos que pudieran excluirlos del disfrute de la protección, como aquellos que son consideradas excepciones al

---

<sup>1196</sup> La Propuesta de la Comisión define retorno seguro y respeto a la dignidad humana como el retorno: “in a stable context and in conditions where their life or freedom would not be threatened on account of their race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion and where they would not be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment. The concepts of safety and dignity in the case of returns imply the cessation of the causes which led to the mass influx, possibly a peace and reconstruction process, conditions guaranteeing respect for human rights and the rule of law” (*Proposal for a Council Directive on Minimum Standard for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and bearing the consequences thereof*, Commission of the European Communities, COM (2000) 303 final, 24 de May 2000, comentario al artículo 6 (2)).

<sup>1197</sup> “The requirement of return in safety and with dignity goes beyond respect for the principle of non refoulement as embodied in international refugee and human rights law” (KÄLIN, W.: “Temporary Protection in the EC...”, cit., pág. 229).

<sup>1198</sup> Sobre este particular, el reglamento español relativo a la protección temporal, en su artículo 13 considera renuncia tácita el que la persona, tras haber sido requerida su comparecencia ante la autoridad competente para la realización de un trámite indispensable, no se persone en el plazo de 45 días desde que se practicó el requerimiento, salvo que se acredite que la incomparecencia fue debida a causa justificada.

reconocimiento de la condición de refugiados, regidos en el artículo 9 de la L.O.R.R.A.A..

### **3. LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES DURADERAS: ESPECIAL CONSIDERACIÓN RESPECTO A LOS REFUGIADOS COLOMBIANOS**

La redacción de un régimen de protección temporal como el antes descrito representaría un avance importante para el desarrollo de los derechos de los extranjeros, sobre todo si se considera que el mismo estaría dirigido principalmente con la protección de los derechos a la vida y libertad y seguridad, que constituyen los fundamentos de la protección internacional<sup>1199</sup> cuando no existe reconocimiento de los derechos fundamentales en los países de origen o residencia de las personas que huyen.

El desarrollo de la protección temporal en el ámbito latinoamericano y concretamente en el venezolano no implicaría la redacción de estándares inferiores de protección y de soluciones duraderas diferentes a las conocidas, como ocurrió en los países europeos al comienzo de su utilización como herramienta flexible. En estos casos la protección temporal no es sinónimo de la negación del derecho a buscar y a que se otorgue el refugio, consagrado en el sistema interamericano por la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino más bien representa una institución de protección provisional que permitirá solventar emergencias y dar paso a las soluciones duraderas. En este contexto, la protección temporal debe entenderse como un enfoque práctico y una estrategia a medio plazo que sirve para solventar contingencias y para evitar crisis humanitarias.

Aunque la repatriación voluntaria es la solución óptima a la situación de los refugiados, es importante dejar claro que, en lo que a protección temporal se refiere, las personas no podrán regresar a su país hasta tanto estén dadas las condiciones que

---

<sup>1199</sup> “En principio, todos los derechos (los individuales, los políticos y los económicos, sociales y culturales) están destinados a proteger la integridad física y moral y la libertad, y por tanto una situación en la que peligran esos bienes es consecuencia de la ausencia de protección. En este sentido, no es correcto, al menos desde el punto de vista teórico, diferenciar derechos que afectan a la vida, la libertad o la seguridad, porque esto supone establecer una jerarquía entre los mismos con las dificultades que esto plantea” (ASÍS ROIG, R., “Problemas filosóficos-jurídicos en torno a los derechos fundamentales de los extranjeros”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F.: *Derecho de Extranjería, Asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, INSERSO, Madrid, 1995, pág. 39).

posibiliten la repatriación. Si éstas no llegaran en un tiempo prudencial, que debería considerarse no superior a un año en la propuesta descrita, se debe procurar facilitar la solicitud de refugio a esos grupos de personas, teniendo en cuenta que la amenaza del colapso del sistema de determinación haya sido superada, permitiendo así una posibilidad de integración local del refugiado. Entretanto, la persona que en el transcurso de la protección temporal quiera realizar su solicitud de refugio podrá hacerlo sin que su derecho de no devolución se vea menoscabado por dicha acción.

Vista las disposiciones que forman parte de la propuesta, es evidente que en el ámbito de la protección temporal las soluciones duraderas no pueden estandarizarse, pues las mismas han sido diseñadas para equilibrar los intereses del Estado en términos de humanidad. Así, la búsqueda de soluciones para los casos de refugiados y más concretamente de los protegidos temporalmente debe llevarse a cabo adaptando la legislación a las realidades específicas de los problemas que afectan al país y a la región, tomando en consideración las condiciones, los intereses comunes y la compatibilidad cultural. Además se debe tener en cuenta la existencia y funcionamiento de las instituciones estatales en orden a diseñar soluciones “a la medida” de las circunstancias específicas que pudiesen suscitarse<sup>1200</sup>.

La propuesta de reglamento sobre el otorgamiento de la protección temporal en Venezuela puede servir de ejemplo a los demás países latinoamericanos y su contenido podría convertirse en el primer paso en la regionalización de la protección temporal, lo cual permitiría de cierta manera iniciar el debate hacia la armonización de la protección de los refugiados en general<sup>1201</sup>.

La armonización podrá hacerse simultáneamente o después de la regionalización, pues sus objetivos van más allá de las políticas regionales, y requieren voluntad política, diplomática y jurídica de todos los Estados. En este orden de cosas,

---

<sup>1200</sup> LOESCHER, G.: *Beyond Charity: International Cooperation and the Global Refugee Crisis*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1993, pág. 190.

<sup>1201</sup> En palabras de FISCHER ANDRADE, “[e]l proceso para divisar e implementar enfoques regionales armonizados es de dos vías: primero es necesario regionalizar, y, en segundo término, armonizar la protección de los refugiados” (FISCHER ANDRADE, J.H.: “Regionalización y armonización del Derecho de los refugiados: Una Perspectiva Latinoamericana”, en ACNUR: *Derechos Humanos y Refugiados en las Américas: Lecturas Seleccionadas*, ACNUR/IIDH, San José, 2001, pág. 103).

para regionalizar la protección, los instrumentos, definiciones y procedimientos tienen que ser compatibles y los principios deben obedecer a los instaurados a nivel universal.

Venezuela, como Estado parte de la Comunidad Andina y como Estado asociado al MERCOSUR, podría, en pro de la búsqueda de la paz en Colombia y el desarrollo sostenible en la región, servir de ejemplo en el desarrollo de políticas que puedan constituirse en el marco de protección para cubrir las necesidades regionales. Esta tarea puede ser apoyada por el ACNUR, tomando en cuenta que la mayoría de los países han adoptado la Convención de 1951, con lo cual la función primordial de éste sería encontrar un punto sobre el que fundar el acuerdo que permita dar comienzo a la redacción de un acuerdo regional común de protección de refugiados y de personas en casos de afluencias masivas.

Esta idea podría ser apoyada por las *organizaciones regionales*, a través de las cuales se puede emprender lo que sería el inicio del cambio en la protección de los refugiados en América Latina. Esta tarea no puede comenzarse sin aunar esfuerzos para lograr la necesaria sensibilización y capacitación de los funcionarios públicos, quienes son los encargados de asumir el compromiso de promover los sistemas de protección, logrando a través de esta educación equilibrar las obligaciones internacionales con los temas de seguridad, la paz y la justicia.

La redacción de un régimen de protección temporal significaría un avance notable en la actualización del Derecho de los refugiados en la región. Pero lo importante sería llegar a obtener la voluntad de compromiso de los Estados para la observancia y cumplimiento de las obligaciones planteadas pues las mismas están vinculadas a obligaciones humanitarias que en la mayoría de los casos resultan bastante onerosas.

Si bien ni en Venezuela ni en ningún país de la región se ha dispuesto la creación de campos de refugiados, como medida para evitar el deterioro ambiental, es importante considerar que los desplazamientos en masa que se pudieran recibir desde

Colombia podrían causar un daño ecológico importante<sup>1202</sup>, pues en general estos desplazamientos ocurren a través de los ríos y desafortunadamente los recursos para asistir a esta población y la infraestructura para ubicarlos no está disponible. Así, en el marco de la regionalización de la protección, los estados latinoamericanos podrían considerar el establecimiento de algún plan de acción destinado a la prevención y a la solución de este tipo de problemas, en orden a evitar catástrofes humanitarias y daños al medio ambiente<sup>1203</sup>. Sobre este particular, se podrían considerar las recomendaciones señaladas en la guía de operaciones de refugiados y gestión del medio ambiente redactada por el ACNUR, en la que se establece una serie de medidas mínimas que deben ser observadas en todas las etapas de asistencia de refugiados<sup>1204</sup>.

Definitivamente, en la actualidad, y no sólo respecto al caso de Venezuela, es importante demostrar que los principios humanitarios son compatibles con los intereses legítimos de los Estados para probar que la protección de los refugiados o personas protegidas temporalmente pueden reconciliarse con los intereses de seguridad del Estado.

En este orden de ideas, y partiendo de una propuesta amplia fundamentada en la solidaridad y cooperación regional que tenga en cuenta las dificultades que puede conllevar la huida de un país, se puede considerar el otorgamiento de la protección temporal a grupos que no se encuentren en territorio de un país (vale decir que se

---

<sup>1202</sup> Según el ACNUR, en los casos de afluencias masivas los Estados receptores sufren desforestación, agotamiento de agua, polución del medio ambiente, entre otros. UNHCR: *Refugee Operations and Environmental Management: Selected Lessons Learned*, UNHCR, Geneva, 2001, págs. 15, 16 y 23.

<sup>1203</sup> Además de la recepción de los refugiados que huyen de Colombia, Venezuela se ha visto afectada por el desequilibrio ecológico de la cuenca del Río Catatumbo, que es el principal afluente del Lago de Maracaibo, problema que debe resolverse con prioridad, dada la lentitud y poca eficacia del proceso de paz en el país vecino. Al respecto se ha señalado el aumento de la destrucción en los parques nacionales, la contaminación de las aguas y del aire, considerando que los anteriores son problemas ocasionados por el desplazamiento masivo. Al respecto, ACEVEDO, V.: “Los refugiados colombianos y los desastres del Catatumbo”, en *Analítica Mensual*, núm. 41, 2003, en [www.analitica.com/vam/1999.07/internacional/03.htm](http://www.analitica.com/vam/1999.07/internacional/03.htm), págs. 7-9. Además, el autor comenta que “[l]as cuencas del río Zulia (Pamplonita y Táchira) presentan las más altas densidades de población donde se ha producido una sobreexplotación de los recursos causando daño; por lo tanto deben ser las zonas que conjuntamente con el Alto Catatumbo requieren una inmediata ejecución y formulación de proyectos específicos ya que la biótica del Lago de Maracaibo depende fundamentalmente de lo realizado en el sector colombiano”.

<sup>1204</sup> UNHCR: *Refugee Operations and Environmental Management: Selected Lessons Learned*, págs. 7-29, en [www.unhcr.ch](http://www.unhcr.ch).

encuentren aun en su país de origen o residencia) una obligación humanitaria en el marco del principio de solidaridad, y se pueden incluir en este régimen regional disposiciones que permitan solicitar a personas que no puedan huir por medios convencionales la protección temporal desde consulados o embajadas en situaciones de emergencia y cuando se trate de países lejanos.

Esta propuesta debe entenderse como una disposición proteccionista y vanguardista dentro del ámbito de la cooperación internacional. Pues si bien la motivación principal del desarrollo del régimen de protección temporal es la prevención de futuras crisis ocasionadas por los desplazamientos masivos de ciudadanos colombianos que puedan huir en afluencia masiva, el régimen no tiene por qué “colombianizarse” y debe ser útil para la recepción de cualquier grupo de personas, aun cuando no sea de países vecinos, ya que se debe entender que todos los países tienen compromisos internacionales en función del principio de solidaridad.

No obstante, aunque la aplicación de la protección temporal para los casos de flujos masivos provenientes de Colombia será lo más común, se tiene que tener especial consideración respecto a la duración y pertinencia de su otorgamiento. Por ello, una evaluación exhaustiva previa antes de la prórroga de la protección temporal es necesaria, ya que de nada sirve proteger temporalmente a un grupo a sabiendas que no podrán regresar a Colombia por lo menos en un tiempo considerable, en cuyo caso debería permitírseles el acceso al proceso de determinación individual.

El otorgamiento de la protección temporal en el caso de afluencias provenientes de Colombia tiene que analizarse en un contexto amplio en el que se consideren las causas del desplazamiento, el departamento del que provienen y las consecuencias de la devolución. Así, a diferencia de lo que ha sido la redacción del régimen europeo, la protección temporal no puede estar enfocada únicamente al retorno, pues ninguna de las otras soluciones duraderas le es excluyente.

#### **4. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN TEMPORAL EN VENEZUELA**

Una vez propuestos los elementos y desarrolladas las obligaciones consideradas necesarias para el otorgamiento de la protección temporal y el disfrute de la misma, se apunta a continuación un índice de disposiciones que deberían conformar el Reglamento sobre el Régimen de Protección Temporal, en orden a permitir una reacción coordinada y eficaz, que abarque no sólo la integridad física sino todo el conjunto de necesidades, como la alimentación, seguridad, educación y empleo remunerado.

##### **4.1. La estructura del Reglamento**

Este reglamento, que complementa la L.O.R.R.A.A, esta estructurado en cinco capítulos: El primero, relativo a las *Disposiciones Generales*; el segundo, titulado *Del otorgamiento de la Protección Temporal*; el tercero, rotulado *Del Registro de Personas*; el cuarto, sobre el Contenido de la Protección Temporal y por último, el quinto, versa sobre la *Extinción de la Protección Temporal*.

#### **REGLAMENTO SOBRE EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN TEMPORAL**

##### **CAPÍTULO I Disposiciones Generales**

Artículo 1: Objeto

Artículo: 2 Definición de Protección Temporal

##### **CAPÍTULO II Del Otorgamiento de la Protección Temporal**

Artículo 3: Decisión de las Secretarías Técnicas

Artículo 4: Declaración de la Comisión Nacional de Refugiados

Artículo 5: Contenido de la Declaración

Artículo 6: Procedimiento



CAPÍTULO III  
**Del Registro de Personas**

Artículo 7: Autoridades competentes

Artículo 8: Registro individual de personas que forman parte de un grupo

Artículo 9: Documentación temporal

CAPÍTULO IV  
**Contenido de la Protección Temporal**

Artículo 10: Acogida en el territorio nacional

Artículo 11: Permiso de residencia

Artículo 12: Autorización para trabajo

Artículo 13: Asistencias materiales

Artículo 14: Reagrupación familiar

Artículo 15: Solicitud de refugio

CAPÍTULO V  
**Extinción de la Protección Temporal**

Artículo 16: Finalización de la protección temporal

Artículo 17: Cese de la protección temporal

Artículo 18: Revocación de la protección temporal

Artículo 19: Soluciones duraderas

Artículo 20: Posibilidad de otorgamiento de protección complementaria

CAPÍTULO VI  
**Disposición Transitoria**

Artículo 21: Disposición transitoria.

CAPÍTULO VII  
**Disposición Final**

Artículo 22: Disposición Final.

## **4.2. El contenido del Reglamento**

El objetivo principal de este instrumento es regular el otorgamiento de la protección temporal en Venezuela, dar contenido a los derechos de los beneficiarios de esta protección y establecer las obligaciones del Estado venezolano. En este orden de cosas, el contenido de esta propuesta estaría dispuesto de la siguiente manera:

El capítulo primero (artículos 1 y 2) deberá desarrollar las disposiciones generales del Reglamento. Concretamente tendría que hacer referencia al objeto y a la definición de la protección temporal. En este orden de ideas, el objetivo de este reglamento debe concretarse a desarrollar el contenido de los artículos 32 a 37 de la L.O.R.R.A.A., lo que quiere decir este instrumento desarrollará el régimen jurídico aplicable para la protección de personas que ingresen al país en afluencias masivas. Concretamente en este régimen jurídico se debe determinar el procedimiento relativo al otorgamiento de la protección temporal en Venezuela que será aplicable en los casos en que no se pueda efectuar una determinación individual, además de dar contenido a los derechos de los protegidos temporalmente. En relación con la definición de la protección temporal, el Reglamento debe procurar delimitar esta institución a los casos de emergencia que producen los ingresos masivos de personas, por lo que en dicha definición se debe resaltar la provisionalidad y excepcionalidad respecto a la protección que se otorga a los refugiados, dejando claro que su concesión no implica la ampliación del concepto de refugiado sino que su aplicación es necesaria para proteger a grupos de personas cuando la determinación individual resulte imposible.

El capítulo segundo (artículos 3 a 6) deberá hacer referencia a las disposiciones relativas al otorgamiento de la protección temporal. En este capítulo se deben establecer directivas procesales en las que se haga mención a la atribución de competencia para la toma de decisiones. En este sentido, y en busca de soluciones ágiles se propone otorgar a las Secretarías Técnicas Regionales la función inicial de activar el procedimiento, permitiendo que las mismas puedan tomar la decisión de conceder dicha protección. Esta decisión será posteriormente ratificada por la Declaración de la Comisión Nacional de Refugiados, que deberá considerar con más detalles la situación y las circunstancias que han motivado el desplazamiento masivo. En este capítulo se pretende describir, desde el punto de vista sustantivo, cuáles son los requisitos e información que debe ser

considerada y que dará forma al contenido a la Decisión y la Declaración de los órganos señalados. Con estas disposiciones se intentan sistematizar las respuestas del Estado en pro de una efectiva y pronta respuesta ante los flujos masivos.

El capítulo tercero (artículos 7 a 9) tendría como objetivo describir las disposiciones referidas al registro de las personas. En este capítulo se quiere señalar las autoridades competentes para hacerse cargo del registro del grupo de personas que forma parte del grupo. Esta acción es fundamental pues trae consigo la individualización de los integrantes del grupo, lo cual permitirá obtener toda la información necesaria para la elaboración del documento de protección temporal, por medio del cual los protegidos temporales podrán identificarse, con lo cual se genera un beneficio tanto para los refugiados como para el Estado. Así, los refugiados podrán hacer valer mejor sus derechos y el Estado podría intervenir y gestionar mejor la protección y asistencia de los refugiados. Al respecto, se atribuye a la Comisión Nacional de Refugiados la función de emitir dicha documentación con el apoyo de de la ONIDEX y del ACNUR.

El capítulo cuarto (artículos 10 a 15) pretende disponer el contenido de la protección temporal. Ciertamente este capítulo es fundamental pues intenta desarrollar las obligaciones del Estado y otorga contenido a la protección temporal. El punto de inicio del contenido de esta forma de protección debe estar fundamentado en la obligación que el Estado venezolano ha asumido legalmente a través del artículo 33 de la L.O.R.R.A.A., en el cual se establece la acogida temporal como paso inicial en el procedimiento de la concesión de la protección temporal. De esta manera, en este capítulo se debe desarrollar todo lo relativo a la condición legal que se debe otorgar a estas personas, y sobre todo resulta importante precisar todo lo relacionado con el otorgamiento del permiso de residencia, la autorización para trabajar, la asistencias materiales, el respeto al principio de reagrupación familiar, y la regulación para el acceso de la solicitud de refugio. En general, en este capítulo se deben enumerar los derechos que dan contenido al pre-estatuto de protección temporal, resaltando su duración limitada para dar paso a la solicitud de refugio.

El capítulo quinto (artículos 16 a 20) intenta desarrollar la cuestión de la extinción de la protección temporal, señalando las causas de finalización, de cese de la

protección temporal, de revocación, y donde además se hace especial mención a las soluciones duraderas y a la posibilidad de otorgamiento de protección complementaria, determinando así la provisionalidad de la protección temporal y su utilización como protección de emergencia, aplicable únicamente cuando la determinación individual resulte imposible de realizar.

El capítulo sexto (artículo 21) contiene la Disposición Transitoria en la que se establecería que desde la entrada en vigor de este reglamento todas las personas que, como parte de una afluencia masiva, lleguen al territorio nacional les será aplicable las disposiciones de la L.O.R.R.A.A y del presente reglamento, ya que el mismo ha sido desarrollado para complementar el contenido de la Ley en función de la efectiva protección de las personas con necesidades de protección, cuya determinación no pueda efectuarse de manera inmediata.

El capítulo séptimo (artículo 22) relativo a la Disposición Final, establecería que para garantizar la protección de las personas que ingresan al territorio nacional en afluencia masiva, el Ministerio de Relaciones Exteriores queda facultado para dictar las regulaciones correspondientes y para adoptar cuantas medidas sean conducentes a dicho fin.

#### **4.3. La atribución para dictar el Reglamento**

En Venezuela, el presidente de la República, en ejercicio de la atribución que le confiere el numeral 10 del artículo 236 de la Constitución<sup>1205</sup>, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, es el encargado de reglamentar las leyes<sup>1206</sup>, en Consejo de Ministros.

---

<sup>1205</sup> El numeral 10 del artículo 236 atribuye al presidente la función de “[r]eglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón”.

<sup>1206</sup> Artículo 87: “El ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes”.

Según dispone el artículo 87 de la Ley Orgánica de la Administración Pública los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público<sup>1207</sup>.

Conviene destacar que el ejercicio de la potestad que le atribuye la Constitución al Presidente de la República en Consejo de Ministros está regido por el principio de la “libertad de la forma”, en el sentido de que corresponde a éste seleccionar el tipo de normas que deben integrar el reglamento<sup>1208</sup>. En este orden de ideas, y en función de la propuesta de Reglamento sobre la Protección temporal, este debería promulgarse como un reglamento ejecutivo, mediante el cual se desarrolle la ejecución de las disposiciones que sobre protección en caso de afluencias masivas existen en la L.O.R.R.A.A.<sup>1209</sup>.

Con este tipo de reglamento, se estaría cumpliendo con las disposiciones recogidas en la Constitución, cuyo artículo 236 señala que la potestad reglamentaria no debe alterar el espíritu, propósito y razón de la Ley. Así, el Reglamento sobre Protección Temporal, como norma complementaria de la Ley, permitirá ampliarla para determinar el contenido de las obligaciones estatales y la determinación de los derechos que se deban respetar a las personas que ingresan al territorio nacional en afluencia masiva, lo que le da un objeto y ámbito determinado al reglamento, cuyo propósito

---

<sup>1207</sup> La doctrina venezolana señala como otros límites a la potestad reglamentaria los denominados Principios Generales del Derecho, por cuanto son conceptuados como los fundamentos mismos del orden jurídico, razón por la cual cualquier reglamento que los lesione debe reputarse ilegal (PEÑA SOLÍS, J.: *Régimen Jurídico de la Potestad Reglamentaria en Venezuela*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Caracas, 1996, págs. 125-127).

<sup>1208</sup> En el ordenamiento jurídico venezolano el ejercicio de la potestad reglamentaria está presidida por el principio de la “libertad de la forma”, lo que significa que corresponde al reglamentista seleccionar el tipo de normas que deben integrar el reglamento. Esta afirmación explica el porqué en algunos actos reglamentarios se suelen incluir artículos íntegros de la ley reglamentada. No obstante, se ha afirmado este procedimiento resulta incorrecto, debido a que no deben confundirse en un mismo texto preceptos de procedencia y rangos diferentes (LÁREZ MARTÍNEZ, E.: *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Caracas, 2001, pág. 78).

<sup>1209</sup> El reglamento ejecutivo no puede ser una reproducción a escala de la ley; por tanto, puede dictar normas contentivas de requisitos no previstos en ella, pero le está vedado establecer sanciones y limitaciones a los derechos consagrados en la ley reglamentada, y en términos generales, contradecir su texto e intención (PEÑA SOLÍS, J.: *Régimen Jurídico de la Potestad Reglamentaria...*, cit., págs. 65-70).

principal es colaborar con la ley en relación a las diversas técnicas de delegación de funciones para cuestiones concretas, como es el caso de las afluencias masivas.

El inicio del procedimiento<sup>1210</sup> de elaboración del Reglamento corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores, que es el competente en materia de asilo y refugio. A éste le corresponde la elaboración del proyecto, que deberá estar acompañado por un informe técnico y un informe sobre su impacto o incidencia presupuestaria. En el proceso de elaboración del Reglamento, deberán recabarse, además de los informes, los dictámenes correspondientes y cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar la eficacia y la legalidad del texto. Sobre este particular, es preciso indicar que el Estado venezolano debe tomar en consideración los informes y demás documentos emanados de las organizaciones no gubernamentales, y especialmente los emitidos por el ACNUR, que realiza su trabajo en el terreno y tiene como una de sus funciones principales informar e investigar sobre los temas fundamentales relacionados con la protección de refugiados.

El siguiente paso en el procedimiento, una vez elaborado el texto, es la consulta pública necesaria para garantizar el derecho de participación de las personas, de conformidad con lo dispuesto en el Título VI de la Ley de Administración Pública. Durante el proceso de consulta, las personas, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones que los agrupen o representen, podrán presentar observaciones y propuestas sobre el contenido del reglamento, que deberán ser analizadas por el ministerio encargado de la elaboración y coordinación del reglamento. Este procedimiento es obligatorio; no obstante fue omitido en el procedimiento de reglamentación de la L.O.R.R.A.A., llevado a cabo en el 2003.

Así, una vez aprobado el reglamento por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, entrará en vigencia con su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, salvo que el reglamento disponga otra cosa.

---

<sup>1210</sup> El procedimiento de reglamentación está recogido en los artículos 85 al 89 de la Ley Orgánica de Administración Pública.



## CONCLUSIONES

### **PRIMERA:** *La precariedad de la protección en caso de flujos masivos*

1.1. Los flujos masivos no son un fenómeno nuevo que haya surgido en la época contemporánea. La evolución histórica del Derecho internacional de los refugiados tiene sus cimientos en la gestión de este tipo de situaciones. Antes de la Primera Guerra Mundial no se habían redactado normas relativas a la protección internacional de los refugiados, por lo que su elaboración fue uno de los logros del Derecho internacional en el siglo XX. La Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 no contemplan disposiciones relativas a la protección de personas que se desplazan como parte de un flujo masivo; no obstante, dicho régimen no establece excepciones de aplicabilidad para este tipo de situaciones. En la práctica los Estados receptores se han mostrado renuentes a reconocer grupal y *prima facie* a los integrantes de los flujos masivos como refugiados y a asumir compromisos de grandes magnitudes respecto a estos colectivos. Con lo anterior queda claro que *la aplicabilidad del régimen de protección de refugiados a este tipo de situaciones depende de la interpretación y grado de compromiso de los Estado con los objetivos de protección señalados en dicho régimen.*

1.2. La consideración de los flujos masivos como un desafío para la sociedad internacional y para el Derecho internacional contemporáneo, y la exclusión del tema en los debates normativos prioritarios de la sociedad internacional son las acciones antagónicas que preconizan los discursos estatales. Por ello, *en la actualidad los Estados siguen sin aplicar los estándares de protección previstos en los instrumentos jurídicos internacionales y además sigue sin existir un régimen univeral relativo al otorgamiento de la protección en situaciones de flujo masivo, por lo que la gestión de estas situaciones continúa dependiendo de la voluntad política del Estado receptor. Como puede advertirse, la protección que debería otorgarse a los que huyen como parte de un flujo masivo continúa sin ser considerada como una obligación jurídica, debido a que la situación fáctica de estar frente a un flujo masivo excluye la aplicación del régimen de protección de los refugiados, caracterizado por la individualidad de la determinación de los mismos, realidad que ha incrementando la debilidad del sistema de protección internacional de los refugiados.*



1.3. El derecho convencional aplicable a la protección de los refugiados ha permanecido estacionario desde finales de los años sesenta; entretanto, han sido las acciones institucionales a favor del mejoramiento y desarrollo de este ámbito lo que permitido una evolución desde entonces. En este contexto, el ACNUR ha intentado desarrollar estrategias para afrontar los problemas subyacentes, como el de los flujos masivos, a través de mecanismos novedosos, como la protección temporal, con la cual se ha gestionado la protección de los flujos masivos desde de los años ochenta. Así, en relación a estas situaciones, *lo novedoso y actual, además de su cotidianidad, es la progresiva utilización de una protección desarrollada como una herramienta flexible diseñada para proteger a grupos cuando la protección individual prevista en la Convención de 1951 no pueda aplicarse.*

1.4. La inexistencia de un concepto de persecución es una dificultad que impide la efectiva protección de las personas que se desplazan masivamente. Los Estados limitan la necesidad de protección a situaciones extremas y a vulneraciones evidentes sin considerar que cualquier acción u omisión que afecte el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas puede ser considerado como persecutorio. Por tanto, la atribución de un contenido jurídico preciso a la noción implicaría un progreso en el entendimiento por parte de los Estados de las necesidades de protección en el ámbito del Derecho internacional de los refugiados y concretamente en el caso de flujos masivos. Pero ante la inexistencia en el plano normativo de la noción de persecución, es preciso que en caso de flujos masivos se protejan todos los derechos fundamentales de las personas, porque en esta situación fáctica a la postre los valores jurídicos protegibles resultan ser más importantes que la concreción de las causas que los ponen en peligro. Por tanto, ante la imposibilidad de conocer la totalidad de los factores que puedan causar los desplazamientos masivos, se debe intentar elevar la protección que se otorga en estos casos a un nivel más efectivo que una mera protección de mínimos.

1.5 El otorgamiento de la protección temporal se ha regulado de forma pragmática a través de las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR; por tanto, su desarrollo ha sido lento e incluso incompleto, pues, debido a la casuística que ha acompañado su evolución, *no se han establecido obligaciones en términos absolutos respecto de los protegidos temporalmente, sino más bien compromisos en términos relativos, dependientes del Estado receptor, el cual los ha establecido obedeciendo a las*

*circunstancias y no con base en las obligaciones jurídicas relativas a la protección de las personas. Por lo que la protección en caso de flujos masivos sigue considerandose como una protección humanitaria, voluntaria y de hecho caritativa.*

**SEGUNDA:** *Las inobservancia de la obligación estatal de no devolución en caso de flujos masivos*

2.1. La Convención de 1951 ha permitido, a través de la prohibición de no devolución, establecer una garantía mínima de acogida en el territorio de los Estados receptores que ha generado una práctica y una *opinio iuris* y ha dado paso a una norma de carácter general que protege a las personas de un retorno involuntario que pueda poner su vida, libertad e integridad física en riesgo. Por tanto, a pesar de que no existen obligaciones sustantivas incluidas en tratados multilaterales relacionadas con la protección de flujos masivos, es importante destacar que los Estados *no pueden continuar obviando sus obligaciones con respecto a estas circunstancias, pues existen en el ámbito consuetudinario obligaciones como la prohibición de no devolución, incluida la imposibilidad de expulsar o devolver, que protegen a las personas cuando su vida o su libertad estén en riesgo y que deben respetarse, aun cuando las mismas se manifiesten en flujos masivos.* De esta manera, es evidente que la protección internacional no puede quedar limitada a sólo a proteger a quienes puedan ser determinados como refugiados sino que *los Estados deben proteger a todas aquellas personas que huyen en flujos masivos por situaciones objetivas que impiden su determinación individual como refugiado, considerando el riesgo que implicaría la devolución al lugar de donde huyen por la falta de protección que su Estado de residencia o de origen no puede o no quiere otorgar.*

2.2. Una interpretación amplia de la Convención de 1951 no haría necesario el surgimiento de instituciones como la de protección temporal. No obstante, los Estados no se han mostrado conformes con el otorgamiento del estatuto de refugiado en ciertas circunstancias relacionadas con los flujos masivos, precisamente por el temor de la existencia de flujos mixtos. Por ello, puede considerarse que la contribución más importante que el Derecho internacional de los refugiados ha realizado para la protección en casos de flujos masivos es la prohibición de no devolución, que ha

permitido que se establezca la conciencia jurídica de proteger a cualquier persona o grupo del riesgo que conlleva un retorno involuntario.

2.3. La prohibición de no devolución, como norma consuetudinaria, ha permitido proteger a las personas que huyen como parte de un flujo masivo. Este proceso de formación consuetudinaria ha podido generarse gracias a la importancia que se le ha venido otorgando a la no devolución como mecanismo protector de los derechos humanos. En este sentido, la no devolución vincula a todos los Estados, con independencia de que los mismos sean o no parte de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967. Así, la protección establecida en el artículo 33 de la Convención de 1951 es complementada por la norma consuetudinaria creada a partir de ella, la cual permite una protección ampliada que impide retornar forzosamente a las personas a cualquier país en el que su vida o libertad puedan verse amenazadas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por opiniones políticas, además de proteger contra el envío a países donde pueda ser objeto de tortura, tratos inhumanos o degradantes u otras graves violaciones de sus derechos fundamentales. *Por esta vinculación con la protección de los derechos fundamentales, se considera que la no devolución forma parte del ius cogens, ya que una naturaleza normativa distinta restaría importancia a los derechos protegidos por esta prohibición, que son los derechos fundamentales de las personas.*

2.4. Si bien no existe un régimen establecido en función de la protección de los flujos masivos de personas, no se puede continuar justificando el pragmatismo actual, ya que en principio los Estados tienen la obligación de no devolver y no rechazar a las personas que se desplazan masivamente, lo que pone en evidencia la existencia de una recepción no condicionada en el territorio del Estado receptor. Como norma consuetudinaria, la no devolución es una prohibición absoluta de no hacer que obliga a los Estados a recibir en el territorio a cualquier persona o grupo que pueda correr riesgo. Al respecto, es importante precisar que la protección que se da en el caso de los flujos masivos no representa una solución duradera sino una estrategia para afrontar las necesidades y disminuir los riesgos de crisis humanitarias. Por tanto, no se puede seguir pensando en la protección temporal como una manera de disminuir los estándares de protección sino como una protección provisional que, aunque no permanente, representa una respuesta inicial que genera una expectativa ya sea en el primer país de acogida o en cualquiera

otro. Por ello, considerando la importancia de la norma general de no devolución, no se puede continuar discutiendo acerca de la inexistencia de una obligación positiva respecto a estos grupos.

### **TERCERA:** *La involución del Derecho internacional de los refugiados*

3.1. Los Estados se han resistido a otorgar a la protección de flujos masivos un contenido legal sustantivo, lo que se ha traducido en la proliferación de mecanismos, estrategias e instituciones tendentes a abordar su gestión. *El estado actual de la protección de los flujos masivos, excepto en la Europa comunitaria, reposa sobre el soft law, vale decir en una política institucional que proviene principalmente del ACNUR. Esta situación deja en evidencia el desequilibrio entre la dinámica normativa y la realidad, pues las normas jurídicas positivas no responden a las necesidades actuales.* No obstante, la evolución del Derecho internacional de los refugiados no puede seguir llevándose a cabo omitiendo una realidad que desde hace tiempo ha desplazado las consideraciones iniciales de protección, puesto que los refugiados, tal y como se señalan en los instrumentos de 1951 y 1967, resultan ser minoritarios en relación con aquellos que huyen de conflictos armados, violencia generalizada, violación de derechos humanos y, principalmente, como parte de un flujo masivo. *Por tanto, la laguna del Derecho internacional de los refugiados no se refiere de modo exclusivo a la falta de amplitud del concepto sino más bien a su metodología, ya que la misma se basa en la determinación individual de los refugiados.*

3.2. El desarrollo de la protección de los flujos masivos en los años noventa del siglo pasado fue el resultado de la contingencia y de las emergencias surgidas por los desplazamientos masivos provenientes de la antigua Yugoslavia; sin embargo, las circunstancias actuales son distintas. Así, en el marco de la humanización del Derecho internacional, *no resulta congruente continuar aceptando estándares mínimos de protección en caso de desplazamientos masivos, pues hasta la fecha la sociedad internacional se ha mostrado incapaz de evitarlos y de reducir sus dimensiones dramáticas.*

3.3. Una protección internacional amplia e incondicionada sería la única manera de plasmar los cambios que se dicen que están ocurriendo en el Derecho internacional, estableciendo de esta forma una verdadera protección contra el desarraigo. En este contexto jurídico y conceptual emergente, *la protección temporal relativa a los casos de flujos masivos debe ser otorgada en conjunción con los elementos de solidaridad, confianza, integración y responsabilidad, que en conjunto constituirán una mezcla que producirá reacciones humanitarias tangibles que, aunque transitorias, serán sinónimos de un mecanismo de protección acorde con las necesidades de protección de los que huyen en masa a nivel universal.*

3.4. Las respuestas ante estas situaciones desbordantes de flujos masivos han sido restringidas y precarias. Por tanto, resultaría necesario, en el marco de la revitalización del sistema de protección internacional, desarrollar soluciones eficaces para proporcionar protección a estos grupos que huyen masivamente. Bajo este enfoque, y considerando que el *desplazamiento masivo y forzoso de personas es un fenómeno frecuente y principalmente imprevisible, se debe estructurar un tratamiento funcional que permita hacer frente al problema desde una óptica jurídica. Así, el tratamiento jurídico de los flujos masivos debe abordarse desde dos ámbitos: el primero, desde un punto de vista preventivo, y el segundo, enfocado hacia la búsqueda de soluciones y atención a las necesidades de protección de estos grupos.* Como puede observarse, estos ámbitos están fundamentados en la cooperación de la sociedad internacional y no están limitados a las acciones de unos pocos Estados. En este marco, el compromiso ante la solución de las causas y las consecuencias de los flujos masivos debe convertirse en un condicionante de la acción política de los Estados, en orden a evitar las crisis humanitarias que se han presenciado en las últimas décadas, promoviendo así el surgimiento de una protección internacional más cercana a las realidades que motivan los desplazamientos forzados de grandes grupos de personas.

**CUARTA:** *La necesaria creación de un régimen jurídico aplicable a los flujos masivos.*

4.1. El mero hecho de cruzar la frontera no convierte a una persona en refugiado *stricto sensu*. Se es refugiado desde el momento en que se reúnen los cuatro elementos que caracterizan el concepto: estar fuera del país de origen, la existencia de alguna

imposibilidad para recibir protección del Estado, la existencia de tener un temor fundado y que estos temores estén fundados en raza, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado, opinión política o religión. Como se desprende de lo antes expuesto, el otorgamiento de la condición de refugiado representa una protección fundamentada en los temores que motivan la persecución; no obstante, aunque la protección temporal es otorgada sin tomar en consideración esos motivos, no quiere decir que los mismos sean inexistentes, sino que las circunstancias mismas del flujo masivo dificultan su determinación. *De esta manera, aunque la protección temporal representa una protección de emergencia, la aplicación de la misma por parte del Estado no debe entenderse como una protección limitada, porque la función de esta institución de protección, más que restringir los derechos de las personas, es la de establecer la salvaguardia física, equilibrando y respetando los derechos de todos, sin olvidar que el desplazamiento en masa no reduce los temores ni anula los riesgos de la devolución forzosa. Por tanto, la redacción de un régimen jurídico convencional específico de carácter multilateral sobre la protección de flujos masivos es necesaria para otorgar contenido jurídico a esta noción de protección en el marco del Derecho internacional de los refugiados.*

4.2. *Los flujos masivos son una situación fáctica que no tiene respuesta jurídica.* Ante este inconveniente se hace necesario vincular la necesidad de protección temporal con las existencias de las razones y motivaciones que impiden su regreso inminente al lugar de origen. La Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 no resultan ser instrumentos idóneos para la protección de los flujos masivos que buscan protección temporal, ya que los mismos están destinados principalmente a proteger a personas de manera individual y a promover la integración de los protegidos en el Estado receptor, cuestión que no está relacionada con la protección de flujos masivos, que se caracteriza por ser provisional. *Por tanto, el régimen jurídico a desarrollar para la gestión de estas situaciones debe ir unido a la redacción de planes de contingencia y a la preparación de infraestructuras, pues el fundamento de la protección jurídica internacional en estos casos no puede desligarse de la seguridad física, las cuales dependen del Estado receptor y de la solidaridad internacional.*

4.3. El otorgamiento de la protección temporal no es una determinación grupal como refugiados, ya que si bien es prima facie, la misma implica sólo una respuesta ante un

riesgo inminente. Así, las personas bajo esta protección deben ser consideradas como personas en riesgo salvo que existan indicaciones de que no lo son o ya no pueden ser considerados como tales, para lo que es necesario aplicar el criterio basado principalmente en las circunstancias existentes en el país de origen. Está claro que los flujos masivos están formados por personas que tienen distintas motivaciones de huida o deseos de no retornar a sus lugares de origen, y por ello la concesión del régimen de protección temporal debe estar fundamentado en una presunción general a favor de todas las personas que conforman el grupo, en la cual se considere la existencia de una necesidad implícita y objeciones válidas para no poder regresar a sus lugares de origen.

4.4. No se pretende excluir la importancia política que el tema de flujos masivos aparece, pero es preciso dejar claro que el mismo debería hacer referencia a un procedimiento jurídico, pues más allá de una respuesta política debería implicar una obligación jurídica. El respeto estricto por la soberanía estatal es una característica más propia del Derecho internacional clásico que del contemporáneo, ya que que en la actualidad la dignidad de la persona es un valor en sí mismo y por tanto su protección es prioritaria para el bienestar de la sociedad internacional en su conjunto. Así, dado que los desplazamientos masivos pueden afectar las relaciones pacíficas de los Estados, parece imposible continuar aplazando la regulación jurídica de esta situación fáctica cuya desprotección pueden incidir en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

**QUINTA:** *La institucionalización jurídica de la protección temporal*

5.1. El desarrollo de un régimen de protección temporal puede considerarse como una acción que pretende crear un conjunto de disposiciones que intentan sistematizar las obligaciones estatales y derechos de los que se desplazan en flujo masivo, con el propósito de prevenir crisis humanitarias y los colapsos en el sistema de determinación de los países receptores. En este orden de ideas, es importante precisar que la protección temporal debe ser entendida como un pre-estatuto *que otorga la oportunidad a los Estados receptores de aplicar con posterioridad su legislación interna relativa al otorgamiento de protección internacional y por ende los mismos podrán aplicar las cláusulas de exclusión a las personas que no puedan considerarse como refugiados.* De

esta manera, la protección temporal, a diferencia de la determinación grupal y *prima facie* como refugiado, permite el análisis individual del caso antes de un cambio de condición o de protección. *Así que para ser considerado como refugiado tras haber sido protegido temporalmente, se hará necesario seguir el proceso de solicitud de refugio establecido por el Estado receptor. Por tanto, la seguridad del Estado no se vería afectada en ninguna circunstancia con el otorgamiento de esta protección.*

5.2. Como protección especial referida a los flujos masivos, la protección temporal debe estar limitada en el tiempo y su naturaleza debe ser eminentemente humanitaria. En este sentido, *la protección temporal tiene que ser concebida como una forma de protección jurídica que, basada en la protección que se brinda a los refugiados, desarrolle una nueva metodología que permita flexibilizar el otorgamiento de la protección internacional en casos de emergencias producidas por los flujos masivos, de forma que quede claro que el propósito de la misma no es ampliar la protección internacional a los refugiados no convencionales. En consecuencia, su definición debe establecerse en función de una protección provisional y no de una protección alternativa. La protección temporal debe ser un enfoque variable del derecho de asilo, cuya efectividad debe estar relacionada con las realidades y las necesidades de protección de los grupos y no debe limitarse a desarrollar estructuras predeterminadas.* De forma general, lo más importante, además de las características de aplicación, es que esta forma de protección se fundamente en los principios inviolables de protección internacional, entre ellos, la prohibición de no devolución.

5.3. La protección temporal no puede desvincularse de las soluciones duraderas. Por tanto, en el marco de las responsabilidades de los Estados receptores, *la protección temporal, como protección de emergencia e interina, debe entenderse como una institución que permite el acceso al refugio, y su diferenciación con éste no debe medirse en términos de reducción de estándares sino en reducción de tiempo de otorgamiento.* En consecuencia, lo más importante a la hora de desarrollar un sistema convencional que regule la aplicación de la protección temporal es la determinación de su duración, para evitar de esta manera el menoscabo de los derechos de las personas que son protegidas temporalmente, ya que no se reconoce de forma convencional una condición jurídica de protegido temporalmente, como sí ocurre con la figura del refugiado. En este orden de ideas, si bien la repatriación representa la solución duradera



más recomendable en los casos de refugio o protección temporal (tanto para las personas como para los Estados receptores), es importante considerar que dicha afirmación no puede generalizarse debido a que restringir el abanico de soluciones sería sinónimo de obviar las diferentes situaciones existentes en los países de origen de estas víctimas. Por ello, *es preciso indicar que un régimen de protección temporal fundamentado únicamente en la repatriación o el retorno representa igualmente una amenaza para la observancia de la prohibición de devolución.*

5.4. La protección temporal se otorga y no sólo se reconoce como la de refugiado. Además es una concesión del Estado que está exenta de solicitud por parte de los interesados, por lo cual resulta imposible adquirirla ipso facto al entrar a un país, dejando claro que la mera acogida temporal por un tiempo determinado no es sinónimo de protección temporal. En este orden de ideas, puede afirmarse que no se ha desarrollado obligación respecto a su otorgamiento ni se ha establecido un derecho subjetivo a la misma; no obstante existe una obligación de no devolver a las personas que están en riesgo, la cual constituye el fundamento jurídico de la existencia de esta forma de protección. En este sentido, debe decirse que la protección temporal es una respuesta del Estado receptor y no implica ningún acto inamistoso en relación con el Estado que genera el flujo, por lo que debe entenderse como una respuesta ante una necesidad inminente. En este sentido, dado que las causas de los flujos masivos no se pueden determinar y que la devolución en estos casos podría en algunos casos causar la muerte de estas personas, sería importante considerar la creación de un sistema de protección basado en proteger y después preguntar, lo cual se traduciría en una efectiva repuesta ante los flujos masivos de personas.

**SEXTA:** *El siguiente paso en el pragmatismo americano*

6.1. De forma general, la práctica ha demostrado que la regionalización de la protección en África ha sido un importante paso para la búsqueda de soluciones a través de la redacción de instrumentos elaborados en la propia región, pues si bien estos complementan las disposiciones de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, los mismos han tendido a mejorar los estándares de protección, permitiendo así un manejo más idóneo de las situaciones. *No obstante, se ha demostrado que la ampliación del*

*concepto no es suficiente para la protección de los flujos masivos. En América Latina no se ha establecido un régimen jurídico regional de protección de los refugiados ni para la protección en caso de desplazamientos masivos. Sin embargo, la influencia de la Declaración de Cartagena ha sido considerable en lo que respecta a la ampliación del concepto de refugiado. Empero, sería importante considerar la posibilidad de unificación de los regímenes de asilo y refugio para emprender un camino hacia la supresión del bifurcado e innecesario otorgamiento de la protección de las personas en este continente.*

6.2. La Declaración de Cartagena parte de que existen otras personas además de los refugiados que necesitan protección internacional, y recoge una serie de principios que se deberían aplicar durante todo el ciclo del desplazamiento forzado. Su flexibilidad y practicidad deben enfocarse para proteger a los flujos, y a partir de esto resaltar el papel que están llamados a jugar los órganos de supervisión de derechos humanos del Sistema Interamericano para la protección, poniendo de manifiesto la importancia de la complementariedad de las distintas ramas del Derecho internacional para la protección de la persona humana. La Declaración de Cartagena representa una recopilación de las buenas prácticas que, sobre la protección de refugiados, se han dado en la región latinoamericana. En ellas está inmersa toda la tradición de asilo de Latinoamérica y las mismas se han visto complementadas por la integración de las normas y estándares de protección de derechos humanos, en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de Derecho internacional humanitario. De esta manera, la Declaración de Cartagena ha impulsado el desarrollo de la protección de grupos en Latinoamérica. Su influencia ha podido evidenciarse toda vez que sus principios han sido positivizados en algunas de las legislaciones internas y su carácter de norma consuetudinaria internacional de carácter regional ha permitido dar un enfoque práctico a la protección en América Latina. En este orden de ideas, *con la consideración del non refoulement como una norma de ius cogens, se ha logrado promover en la región el surgimiento de una obligación respecto a la acogida de los flujos masivos, limitando de cierta manera las competencias soberanas de los Estados.*

6.3. El impacto humanitario del conflicto colombiano es de los más preocupantes del mundo y el más grave de Latinoamérica. Por tanto, al considerar que los instrumentos convencionales de protección a los refugiados resultan insuficientes para proteger a las

personas que se desplazan masivamente, *parecería que la redacción de un régimen regional de protección temporal es necesario*. En consecuencia, *éste debería estar fundamentado en tres pilares: la asistencia humanitaria, el mantenimiento de la paz y la prevención de los desplazamientos masivos*. Así, *además de institucionalizar la protección temporal en el continente americano, permitirá de manera refleja fortalecer el estatuto de refugiado, ya que la promulgación de este régimen promovería la observancia del non refoulement y la inclusión de la solicitud de refugio cuando no se pudiera efectuar un retorno seguro*. De esta manera, a la luz de los acontecimientos y en virtud del respeto a la dignidad de las personas, la protección temporal en la región debería establecerse como una figura cuyo objetivo no fuera únicamente la protección de ciertos derechos, *sino un mecanismo protector de todos los derechos de las personas que son obligadas a desplazarse masivamente*. Todo esto implicaría dar un nuevo enfoque que generaría la reglamentación de las competencias de los Estados en función de una respuesta humanitaria, estableciendo un claro límite a la discrecionalidad de los Estados en Latinoamérica, particularmente obsesionados por la seguridad y la salvaguarda de la soberanía. De esta manera, esta institución de protección estaría evolucionando de manera proporcional a las realidades regionales, enmarcándose en la humanización que caracteriza al Derecho internacional público en la actualidad.

6.4. La regionalización de la protección internacional de las personas que se desplazan en flujo masivo representa un paso fundamental en la universalidad de la misma y para el desarrollo del Derecho internacional de los refugiados. Su inexistencia debilita el sistema de protección en general, pues los Estados signatarios no cumplen con sus obligaciones, difuminándolos o dispersándolos en una serie de excusas cualitativas y desorientadas que se alejan del verdadero núcleo que es la protección de la persona. Un régimen jurídico fomentaría la capacidad de respuesta de los países receptores, además de que dotaría contenido jurídico a los derechos de las personas que se desplazan como parte de un flujo masivo. No se pueden seguir construyendo o manteniendo barreras materiales y jurídicas con respecto a la protección de las personas. Por ello, ante el escenario constante de la proliferación de flujos, no queda sino hacer frente a la realidad y sistematizar las obligaciones internacionales relativas a esta situación.

**SÉPTIMA:** *La precariedad de la protección de los flujos masivos en Venezuela*

7.1 La L.O.R.R.A.A. tiene la más alta jerarquía legal dentro del ordenamiento jurídico venezolano y desarrolla en su contenido los principios de protección de refugiados en igual sentido que la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, del cual Venezuela es signatario desde 1986. *No obstante, en este marco legal, la protección temporal se encuentra contemplada en términos genéricos, y no se desarrolla el contenido de las obligaciones del Estado ni los derechos inherentes a dicha protección.* Esta circunstancia se ha traducido en un inconveniente a la hora de su aplicación, dada la incapacidad del Estado para actuar en estas circunstancias. Sin embargo, si bien se ha contemplado en la legislación la obligación del Estado venezolano de admitir a todas las personas en casos de afluencia masiva, *es preciso desarrollar el contenido de los derechos subsecuentes y el procedimiento de otorgamiento de dicha protección, pues la mera recepción no se traduce en la protección necesaria para estos grupos.*

7.2 El desarrollo de normas jurídicas destinadas a promover el respeto de los derechos de las personas bajo protección temporal debe estar enmarcado, de forma especial pero no exclusiva dentro del Derecho internacional de los refugiados. Ello implica *que es necesario garantizar los derechos y libertades de aquellas personas que se ven forzadas a desplazarse en grupo y cuya determinación individual sea imposible de realizar.* De esta manera se estaría llevando a cabo una verdadera flexibilización de la protección internacional ante los flujos masivos de población en Venezuela, impidiendo que la deportación continúe siendo la respuesta inmediata ante los flujos masivos. Por tanto, *es preciso regularla para que mantenga su equilibrio y no se convierta en excusa para la inobservancia de las responsabilidades asumidas en el plano internacional.*

7.3. La protección temporal en Venezuela es una institución que necesita desarrollarse, ya que si bien los flujos masivos de colombianos no han sido una constante es preciso indicar que la incapacidad estatal de gestionar dichas afluencias es evidente. Por tanto, ante esta dificultad la implementación de la protección temporal debe estar regulada detalladamente, para asegurar de esta manera el cumplimiento de las obligaciones internacionales, principalmente la relacionada con la prohibición de devolución y el respeto de los derechos humanos de aquellos que se manifiestan en

grupo. Por ello, si bien podría pensarse que la protección temporal no es un mecanismo necesario en la región latinoamericana y menos en la Venezolana, es difícil argumentar en contrario que implica un verdadero paso al frente en la prevención de posibles crisis humanitarias y devoluciones que puede costar la vida a muchas personas, considerando que la recepción y elegibilidad de los refugiados no se caracteriza por ser un proceso ágil y efectivo, lo cual pone en riesgo a los refugiados y más aun a aquellos que cruzan masivamente la frontera en busca de protección al menos temporal.

**OCTAVA:** *La redacción de un reglamento de protección temporal en Venezuela*

8.1 El desarrollo normativo de la protección temporal en la legislación interna venezolana ha puesto fin a la utilización de otras figuras o instituciones menos protectoras, como la de desplazados en tránsito, surgidas de forma *ad hoc* para hacer frente a una situación que era poco frecuente en el país. De esta manera, el Estado venezolano asumió la obligación de garantizar la admisión al territorio nacional y la asistencia humanitaria a aquellas personas que llegan al territorio en grupos y que tienen necesidades de protección. De esta manera, *el Estado venezolano garantiza tanto la protección individual como la colectiva, a través del estatuto de refugiado y el pre-estatuto de protección temporal en los casos que se den los elementos que caracterizan el otorgamiento de estas formas de protección.* En este orden de ideas, es preciso resaltar que en el marco de la L.O.R.R.A.A. reconoce que aquellos que se desplazan masivamente tienen derecho también a solicitar el estatuto de refugiado y por tanto, permite que los mismos puedan solicitar dicha condición en cualquier momento.

8.2 El establecimiento de un régimen sobre protección temporal en Venezuela puede constituirse en un hito importante en el desarrollo de la protección internacional a nivel regional. Esta sistematización respecto a la protección temporal, posiblemente pueda ser utilizada como modelo para la creación de estándares de protección a nivel regional en el marco de la Comunidad Andina o del MERCOSUR, pues este aspecto representa un tema no desarrollado a nivel regional y que podría ser de gran utilidad para todos los países en la región. Así que la comunitarización del enfoque podría ser sinónimo de

avance en la solución del problema de desarraigo y la gestión de flujos masivos en América Latina, como se pretende que sea en la Europa comunitaria.

8.3. La invisibilidad de las personas con necesidades de protección no puede continuar caracterizando la situación del desplazamiento forzado en las fronteras venezolanas. Por ello, *el desarrollo normativo y la descentralización operativa de las instituciones en las fronteras deben permitir un mejor conocimiento de la situación y una efectiva protección de las personas*. De esta manera, los flujos masivos podrán asumirse con más responsabilidad y menos precariedad aunque el Estado no quiera reconocer grupal y *prima facie* a estas personas como refugiados. *La noción de protección temporal debe generar la respuesta inmediata de permitir el ingreso y facilitar la acogida de personas que huyen de conflictos armados, concomitante con la salvaguardia de la solidaridad internacional que, aunada al respeto de los derechos humanos y sus libertades fundamentales, pueda satisfacer las necesidades económicas básicas de los protegidos temporalmente y evitar así el colapso en los procedimientos de determinación de refugio*.

#### **NOVENA:** *El contenido del Reglamento de Protección Temporal en Venezuela*

9.1. *La generalidad de la regulación de la protección temporal en Venezuela dificulta su aplicación*. Por tanto, la redacción del reglamento se establece como una propuesta de mejoramiento de las normas ya existentes, debido a que es importante adaptar la legislación a las realidades específicas, vale decir a las dinámicas de desplazamientos que afectan al país y a la región latinoamericana. En este orden de ideas, la redacción de un régimen jurídico concreto evitaría que la protección temporal pueda utilizarse de manera alternativa o en detrimento de la protección que suministra el estatuto de refugiado. El reglamento propuesto desarrolla las pautas generales del régimen jurídico aplicable para la protección de personas que ingresen al país en afluencias masivas. Así, *el objetivo principal de este instrumento es definir la protección temporal, regular su otorgamiento, dar contenido a las obligaciones jurídicas del Estado venezolano al mismo tiempo que señalar los derechos de los beneficiarios de esta protección*. De manera general, *este Reglamento de Protección Temporal pretende regular el estado intermedio entre la acogida y la determinación como refugiado*, lo cual permite

flexibilizar el otorgamiento de la protección internacional necesaria para los casos de afluencias masivas.

9.2. El Reglamento propuesto, delimita la protección temporal como una protección aplicable única y exclusivamente a los casos de emergencia que producen los ingresos masivos de personas, resaltando la provisionalidad y excepcionalidad de la protección que se otorga a estas personas. Con esto, pretende dejar claro que su concesión no hace referencia a una ampliación del concepto de refugiado sino a una protección necesaria para el manejo de una situación fáctica de tipo excepcional. En el marco de este nuevo reglamento la protección temporal *se ha definido como una protección excepcional por medio de la cual se garantiza la admisión al territorio nacional, la asistencia humanitaria y el respeto de los derechos humanos de todas las personas que integran el grupos y que huyen en afluencia masiva de un mismo país necesitadas de protección internacional, cuando la determinación momentánea de las causas que motivaron su movilización no puedan ser determinadas debido a la inminencia del flujo.*

9.3. En el marco del procedimiento relativo al otorgamiento de la protección temporal *se establecieron directivas procesales en las que se concretaron los aspectos jurídicos respecto a normas de procedimiento para la intervención del Estado y gestión de la emergencia, el plan de acción específico, las disposiciones concretas relativas al otorgamiento de la protección temporal, el contenido y forma de la Decisión y la Declaración del otorgamiento de la protección temporal, el establecimiento del registro de personas y los responsables de la elaboración del mismo, los estándares mínimos de las personas a quienes se les da esa protección, las autoridades facultadas para la toma de decisiones, la duración y terminación de la misma, los beneficiarios, el concepto de protección temporal, la importancia del respeto de la no devolución y de la repatriación voluntaria, el respeto por los derechos humanos, el trato adecuado a las personas potenciales beneficiarias de la protección temporal, los supuestos de aplicabilidad del Reglamento, la educación a los funcionarios públicos y a las autoridades civiles y militares acerca de esta forma de protección: como debe ser su participación y sobre el respeto de la acogida temporal y los derechos de la gente.*

9.4. Con respecto al contenido de las obligaciones concretas del Estado y los derechos de los beneficiarios, *se precisó el otorgamiento del permiso de residencia, la*

*autorización para trabajar, las asistencias materiales, el respeto al principio de reagrupación familiar, y la regulación para el acceso de la solicitud de refugio. En igual sentido, se resaltó la duración limitada de la protección temporal y la posibilidad de acceso a la solicitud de refugio. También se desarrollaron las causas de extinción de la protección temporal, señalando las causas de finalización, de cese de la protección temporal, de revocación, en las cuales se hace especial mención a las soluciones duraderas y a la posibilidad de otorgamiento de protección complementaria. Desde un marco general, se puede afirmar que con el desarrollo del régimen de protección temporal en la legislación interna venezolana, se quería enfatizar que los derechos de los protegidos temporalmente no pueden quedar condicionados a la espera de su determinación como refugiados. La protección temporal debe proporcionar a las personas garantías contra la no discriminación por motivos de raza, religión, idioma, origen nacional o social y contra cualquier distinción no legítima.*

9.5. *La regionalización de la protección temporal se traduciría en una verdadera actualización del Derecho de los refugiados en la región. De esta manera, se establecería régimen concreto en el cual se sistematicen las obligaciones subyacentes del Derecho internacional de los refugiados y de los Derechos humanos. En este marco, la protección temporal aparecería como un enfoque práctico y una estrategia a medio plazo que sirve para solventar contingencias y para evitar crisis humanitarias. Pues el fin último de la misma consiste en flexibilizar la protección internacional al tiempo que agiliza el procedimiento de otorgamiento de la misma a las personas que forman parte de los flujos masivos. Esta propuesta debe entenderse como una disposición proteccionista y vanguardista dentro del ámbito de la cooperación internacional, ya que la motivación principal del desarrollo del régimen de protección temporal es la prevención de futuras crisis ocasionadas por los desplazamientos masivos de ciudadanos colombianos que puedan huir en afluencia masiva; no obstante, el régimen no tiene por qué “colombianizarse” y debe ser útil para la recepción de cualquier grupo de personas, aun cuando no sea de países vecinos, ya que se debe entender que todos los países tienen compromisos internacionales relativos al otorgamiento de la protección internacional.*





## EPÍLOGO

Los instrumentos de la etapa inicial de la protección de los refugiados fueron redactados con el propósito de proteger a personas que huían en afluencia masiva hacia países vecinos, en busca de protección. La existencia de grandes masas de personas sin protección nacional avivó la preocupación de los países europeos, y marcó el inicio de las respuestas humanitarias para el alivio de los desarraigados. No obstante, dicha protección estuvo limitada a ciertos grupos de personas para los cuales se redactaban conceptos específicos de refugiado en orden a legitimar las actuaciones de las instituciones que les brindaban asistencia. Estos conceptos de refugiado contenían los elementos para determinar a las personas que necesitaban protección y estaban referidos a su lugar de origen, y no a las razones que habían motivado su desplazamiento, por lo que su determinación se limitaba a considerarlos parte de un grupo y entregarles un certificado de identidad, que reconocía la acogida voluntaria por parte de los Estados receptores.

Estos instrumentos iniciales establecieron compromisos y obligaciones estatales referentes a la protección de las distintas categorías de personas. Tales obligaciones no llegaron a estandarizarse, sino que pretendían solventar las necesidades de cada uno de los grupos protegidos, brindando protección internacional a través de la concesión del estatuto de refugiado, aun cuando ninguno de los instrumentos estableció el derecho del refugiado a ser acogido territorialmente. Así, a pesar del progreso que implicó la redacción de estas disposiciones normativas, las mismas no lograron unificarse ni sistematizarse, por lo que la coyuntura y la reacción caracterizaron esta etapa inicial de la protección de los refugiados. Empero, es preciso resaltar que todos estos esfuerzos estuvieron encaminados a lograr, por lo menos, la acogida temporal en los territorios como medida de protección inmediata.

Con la redacción de la Convención de 1951 se adopta un régimen universal caracterizado por una definición de refugiado independientemente de la nacionalidad, origen étnico o lugar de procedencia, basada en la determinación de los motivos de huida. Además, con la creación del ACNUR, con un mandato específico, se produce un

notable progreso en la protección de futuros refugiados y se consolida el sistema de protección internacional, subsumiendo los ámbitos material e institucional del mismo.

Como se puede deducir, el desplazamiento masivo y súbito de personas impulsó el surgimiento del Derecho internacional de los refugiados, que ha evolucionado de una protección humanitaria, pragmática y limitada (aplicada en su etapa inicial a ciertos grupos nacionales y étnicos) a un régimen universal y exhaustivo (sistematizado en la redacción de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967). Sin embargo, la aplicabilidad de dicho régimen depende de que la persona que manifieste necesitar protección internacional, pueda incluirse en la definición de refugiado, recogida en los mismos. La sistematización del régimen de refugiado no incluyó en sus disposiciones normas relativas a la protección colectiva para casos de afluencias masivas. Por tanto, a pesar de la instauración de un régimen universal de protección para los refugiados es preciso destacar que con la individualización de la determinación de los temores para ser considerado refugiado, se excluyeron los supuestos de hecho que motivaron su surgimiento, al obviar la protección de las personas que huyen en flujos masivos.

Entretanto, al no existir normas jurídicas reguladoras de la protección debida en caso de flujos masivos, los Estados han tomado posiciones diferentes; algunos han decidido aplicar los estándares de protección de la Convención, otros se han limitado a recibir a las personas en sus territorios y algunos las han acogido temporalmente. A la postre, la proliferación de estas respuestas *ad hoc* ha debilitado la asunción de obligaciones vinculadas a la protección de los grupos de refugiados. Sin embargo, resulta preciso destacar que en la práctica, la necesidad, apremiante de la gestión de los flujos masivos ha motivado la consolidación de la prohibición de *non refoulement* como pilar fundamental de la protección internacional, cuyo respeto ha logrado sensibilizar a los Estados, al tiempo que obliga a proteger a los grupos de personas que huyen en masa, aun cuando su determinación como refugiado no pueda realizarse.

Desde siempre, los Estados no han sido suficientemente receptivos respecto a la asunción de las obligaciones relativas a la protección y asistencia de las personas que huyen en masa, principalmente porque resultaba difícil entender que el otorgamiento del refugio, se había convertido en una necesidad imperante y necesaria para la sociedad internacional. Por tanto, como respuesta a la rigidez del régimen de protección

desarrollado en la Convención de 1951, se desarrollaron las herramientas flexibles que, desde principios de los años setenta, se han convertido en formas de protección aplicables al manejo de las emergencias surgidas a raíz de los flujos masivos mediante las cuales se han ido estableciendo, de manera progresiva, estándares de trato aplicables a colectivos de personas sobre las bases del texto de Ginebra.

La aplicabilidad de la Convención de 1951 está sujeta a la verificación de las causas que motivan el desplazamiento. En este sentido, a pesar del desarrollo del concepto llevado a cabo en los ámbitos regionales ha significado una evolución en lo que a protección de diversas categorías se refiere, la misma no se traduce en un avance respecto a la consolidación de un régimen de protección de grupos. Por tanto, en virtud de las limitaciones en la aplicabilidad del régimen de protección de los refugiados y la escalada de los desplazamientos masivos de población, fue necesaria la renovación de las estructuras establecidas en orden a proteger de manera efectiva a las personas que no podían acceder a los sistemas de determinación.

A tal fin, el ACNUR comenzó esta flexibilización de estructuras con la petición del otorgamiento del refugio siquiera provisional, para aquellos casos de emergencia donde las contingencias de los flujos masivos impidieran la determinación individual de las personas como refugiados, encontrando así soluciones inmediatas para esta situación no contemplada expresamente en la Convención de 1951. De esta manera el *refugio provisional* surgió como una herramienta flexible cuyo fundamento residía en el compromiso humanitario de los Estados.

El *refugio provisional* permitió reconciliar los intereses de los Estados receptores, que se vieron beneficiados por la cooperación y por la limitación temporal de la ayuda a los refugiados, y la de las víctimas de los desplazamientos, a quienes se les permitía el acceso y se les brindaba protección en salvaguardia de su vida. Este *refugio provisional* abrió el camino para la creación de un estándar mínimo de trato aplicable a los casos de flujos masivos, cuyas bases ideológicas podrían ubicarse en la protección otorgada a finales de los años treinta por los *safe haven* a grupos de personas que huían de la guerra civil española, de naturaleza manifiestamente temporal pero con el objetivo de la salvaguardia a las personas, en espera de una solución duradera.

A pesar de los diferentes nombres y características que se atribuyeron a la acogida temporal y a las instituciones que la desarrollaban, el elemento común que caracterizó la evolución fue la temporalidad de la protección brindada a los flujos de personas. De esta manera, aun cuando la protección temporal propiamente dicha surgió en el contexto de la necesidad de solventar los flujos masivos producidos por el conflicto de la antigua Yugoslavia, su universalización se materializó para permitir afrontar, desde un punto de vista amplio, las necesidades de protección colectiva en escenarios extra-europeos, lo que la convirtió en la respuesta inminente en casos de afluencias masivas, cuando la determinación individual sea imposible de realizar.

De esta manera como protección fundamentada en un elemento objetivo, la protección temporal no se traduce en el otorgamiento de un estatuto, como el que le es otorgado a los refugiados; por el contrario, supone una protección que está relacionada con la acogida y permanencia temporal en el Estado receptor, pero que genera una expectativa de solución jurídica para las personas que conforman el grupo, a quienes se protege de forma provisional. Como puede verse la protección temporal no representa un nuevo mecanismo producto de la contingencia vivida con la antigua Yugoslavia, sino que la novedad para este caso fue su reconocimiento como institución de protección y su consideración como norma consuetudinaria.

La ampliación del concepto de refugiado desarrollada en la Convención de OUA y la Declaración de Cartagena ha permitido proteger a una más amplia categoría de personas que, de entrada, no podían considerarse bajo los criterios de determinación inscritos en el artículo 1.A de la Convención de 1951. Esta circunstancia ha sido de importancia notable en la gestión de los desplazamientos y de las afluencias masivas en los continentes africano y americano, aun cuando ninguno de estos instrumentos implica el desarrollado de un régimen de protección temporal *strictu sensu*, que pudiera ser aplicado a los flujos masivos de población no obstante, se han constituido en un avance notable en lo que a protección colectiva se refiere.

Con la flexibilización del concepto de la Convención de 1951 se pretendía remediar los vacíos de la Convención. En este sentido, la redacción de los instrumentos regionales nunca tuvo como objetivo sustituir la aplicación del instrumento universal. De hecho, en la redacción de la Convención de la OUA y de la Declaración de

Cartagena se tomaron en consideración los principios desarrollados en la Convención de 1951, entre ellos la prohibición de devolución, que aparece en ambos instrumentos regionales como la piedra angular de la protección internacional a las personas que huyen de su país de origen o de residencia. En este orden de ideas, puede afirmarse que los objetivos de estos instrumentos estaban dirigidos a regionalizar las causas que originaban las necesidades de protección y a diseñar una estrategia acorde con las mismas. Así, el desarrollo pragmático llevado a cabo por la Convención de OUA y la Declaración de Cartagena se tradujo en la revitalización del régimen de los refugiados tomando en consideración las causas objetivas que motivan el desplazamiento y permitiendo proteger a personas que se desplazaban masivamente.

La Convención para la OUA establece un marco de protección fundamentado en la ampliación del concepto de refugiado en el cual además de incluir la definición prevista en la Convención de 1951, incorpora una definición más amplia que permite brindar protección a las personas que huyen a causa de una agresión exterior, una ocupación o dominación extranjera o de acontecimientos que perturban el orden público. Esta nueva perspectiva permitió responder a las situaciones de desplazamientos masivos en países donde las estructuras de determinación o las decisiones no podían llevarse a cabo. Así, esta aproximación humanitaria permitió resolver en un marco pragmático las situaciones de emergencia que impiden demostrar las razones de persecución, constituyéndose en un complemento a la Convención de 1951.

Las obligaciones que se desarrollan en la Convención son de tipo humanitario y con ellas se pretendía proteger el bienestar y la seguridad de los refugiados, principalmente en lo relativo al respeto de la prohibición de devolución y a la limitación de las facultades estatales. El desarrollo de una prohibición de devolución ampliada puede considerarse como la característica más importante de este instrumento, ya que fue establecido sin ningún tipo de limitación y obliga a los Estados a no devolver a las personas en la frontera, otorgándoles el derecho a no ser devueltos al país donde corre peligro. Por consiguiente, se establece una obligación absoluta de no hacer referida no sólo a los que huyen individualmente sino también a los que huyen como parte de un grupo, lo cual ha llevado a considerar que esta obligación estatal podría haber dado paso a la constitución de un derecho de no devolución en África, determinando al menos una acogida temporal a las personas que buscan protección internacional, incluso aquellas

que huyen en masa. Así está contemplado en el artículo 2 apartado 5 donde se indica que si un refugiado no ha recibido la autorización de residir en ningún país de asilo podrá ser admitido temporalmente

La Declaración de Cartagena, sin ser un tratado internacional, ha servido para actualizar el Derecho internacional de los refugiados aplicable en toda América Latina. Su propósito, al igual que la Convención africana, era ampliar el concepto y por ende la protección a las personas que no podían incluirse en la categoría de refugiado de la Convención de 1951. En este sentido, sus disposiciones están dirigidas a considerar como refugiados 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 armados, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado el orden público.

Su valor para la evolución del Derecho internacional de los refugiados se deriva del tratamiento novedoso que da a la problemática del desarraigo en un marco de pragmatismo y respuestas humanitarias. Este instrumento se constituyó en el primer documento de la región latinoamericana en establecer líneas de acción para la gestión de los flujos masivos, las cuales, a pesar de ser un conjunto de estándares mínimos, lograron comprometer, al menos políticamente, a los Estados de la región a brindar un mejor trato a las personas que resultaban forzosamente desarraigadas, principalmente resaltando la importancia de la prohibición de devolución y de la repatriación voluntaria.

La inclusión del principio de solidaridad es un tema central en la Convención de la OUA, en la que se reafirma la importancia de la solidaridad y la cooperación para con los países que no pueden hacer frente a las contingencias que generan los flujos masivos de población, y se hace especial referencia al otorgamiento de asilo en estos casos en que los otros Estados no puedan hacerse cargo. En este mismo orden de cosas, la Declaración de Cartagena afirma en su contenido la importancia de la cooperación intergubernamental en la resolución de los desplazamientos forzosos.

Estos instrumentos complementarios a la Convención de Ginebra, se han desarrollado en las legislaciones internas de los países en ambas regiones, lo cual ha

permitido extender la protección a todas aquellas personas que han huido por las causas que no fueron incluidas en la Convención de 1951, resaltando la importancia de la responsabilidad compartida y solidaria para los casos de afluencia masiva, al menos dispositivamente.

Con la importancia y universalización que ha alcanzado el régimen de protección de refugiados, la falta de desarrollo normativo en las legislaciones internas no puede convertirse en una excusa para el incumplimiento de la prohibición de devolución. No obstante, la inexperiencia, desconocimiento y confusión en la aplicación de la legislación referente a la protección de personas, en especial si las mismas huyen en masa, podría generar una emergencia humanitaria como la ocurrida en Venezuela en 1999, e incluso su magnitud podría acarrear la responsabilidad internacional del Estado.

Venezuela posee un desarrollo jurídico del refugio como institución de protección internacional acorde con los principios generales establecidos por la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967. Por tanto, puede afirmarse que la protección de la personas con temores fundados de ser perseguidas posee un avanzado sistema de protección dentro del ordenamiento jurídico venezolano, caracterizado por el derecho a no ser devuelto y no ser sancionado por entrada o permanencia ilegal en el país. En este contexto, como ha ocurrido en el ámbito universal, la cuestión del contenido de las obligaciones y los derechos de las personas que se ven obligados a huir de las fronteras en afluencia masiva ha sido un tema poco desarrollado y elegantemente esquivado por el legislador venezolano. Sin embargo, la crueldad y agudización de los ataques contra la población civil en el conflicto colombiano han incrementado los desplazamientos masivos de personas hacia los países vecinos, provocando una imperante necesidad de dotar de contenido las obligaciones de los Estados y los derechos de estas personas que se ven forzadas a huir colectivamente de sus hogares.

La protección temporal debe adecuarse a la realidad venezolana. Su régimen, debe fundamentarse en una definición objetiva de la necesidad de protección, que si bien dependerá de la voluntad discrecional del Estado, ha de consistir en una respuesta inmediata antes situaciones desbordantes. En este orden de ideas, la protección temporal, para que pueda ser efectiva, debe estar claramente desarrollada como una



protección de tipo provisional que se utilizará de manera excepcional cuando no pueda llevarse a cabo una determinación individual por la emergencia provocada por el el flujo. Por tanto, este pre-estatuto permitirá proteger de manera eficiente a los grupos de personas que huyan en afluencia masiva y que ingresen a territorio venezolano por un tiempo determinado que no deberá exceder de un año

## BIBLIOGRAFÍA

### I. Obras generales

- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.; GONZÁLEZ VEGA, J.; FERNÁNDEZ PÉREZ, B.: *Introducción al derecho de la Unión Europea*, Eurolex Editorial, Madrid, 1999.
- BROWNLIE, I.: *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 2003.
- BUERGENTHAL, T.; GROS ESPIELL, H.; GROSSMAN, C.; MAIER, H.: *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- BUTLER, W. (ed): *International Law and the International System*, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- CAICEDO CASTILLA, J.: *El Derecho internacional en el sistema interamericano*, Cultura Hispánica, Madrid, 1970.
- CARRILLO SALCELLO, J.A.: *Curso de Derecho internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1994.
- CARRILLO SALCELLO, J.A.: *Soberanía de los Estados y Derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 2001.
- DE VISSCHER, Ch.: *Théories et réalités en droit international public*, Pédone, París, 1970.
- DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2003.
- DINSTEIN, Y. (ed): *International Law at a Time of Perplexity*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1989.
- DUPUY, R.J.: *Humanite et Droit International*, Pédone, París, 1991.
- FAÚNDEZ LEDESMA, H.: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, IIDH, San José, 1999, págs. 130-136.
- FERNÁNDEZ DE CASAVENTE ROMANÍ, C.: *La interpretación de la Normas Internacionales*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- GALLÍN GIRALDO, G. (ed): *Derechos humanos y conflicto armado en Colombia*, Comisión Andina de Juristas, Arfo, Bogotá, 1991.
- GRAHL-MADSEN, A.: *The Status of Refugee in International Law*, vol. II: *Refugee character*, A.W.Sijthoff-Leyden, 1972.

- GRAND LAROUSSE ENCYCLOPÉDIQUE, Librairie Larousse, Paris, vol. 9, 1964.
- ISAAC, G: *Manual de Derecho comunitario general*, Ariel, Barcelona, 1993.
- JASENTULIYANA, N.: *Perspectives on International Law*, Kluwer Law International, London, 1995
- JÍMENEZ DE ARÉCHAGA, E.: *El Derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980.
- JUSTE RUIZ, J.; CASTILLO DAUDÍ, M.: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- JUSTE RUIZ, J.: *¿Derecho Internacional Público?*, Ediciones Nomos, Cuarta Edición, Valencia, 1994.
- LAREZ MARTINEZ, E.: *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Caracas, 2001.
- MANGAS MARTIN, A y LIÑAN NOGUERAS, D: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2004.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F.: *Derecho Internacional Público (Parte General)*, Trotta, Madrid, 1999.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F.: *Nociones de Derecho Internacional Público*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1990.
- NIKKEN, P.: *Código de Derechos Humanos*. Colección Textos Legislativos No 12, Caracas, 1991.
- PASTOR RIDRUEJO, J.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2003.
- PECES-BARBA, G.; HIERRO, L.; IÑIGUEZ DE ONZOÑO, S.; LLAMAS, A.: *Derecho Positivo de los derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1987.
- PIERRE, T.: *Compilación de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: Sala Plena, Sala Político-Administrativa, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Penal*, mayo de 2001, Tomo II: 1028-1035, Caracas, 2002.
- REMIRO BROTONS, A. (coord.): *Derecho Internacional*, Mac Graw Hill, Madrid, 1997.
- REMIRO BROTONS, A: *Derecho internacional público. Derecho de los tratados*, Tecnos, Madrid, 1987.
- REUTER, P: *Introducción al Derecho de los Tratados*, Fondo de Cultura Economica, Mexico, 1999.

- REUTER, P.: *Introduction au droit des traites*, Presses Universitaires de France, Paris, 1972.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J.: *Lecciones de Derecho internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ- ZAPATA, J: Constitución, tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho, Real colegio de España, Bolonia, 1976;
- ROLDÁN BARBERO, J.: *Ensayo sobre el Derecho Internacional Público*, Universidad de Almería, Almería, 1996.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L: *Derecho internacional público: problemas actuales*, Eurolex, Madrid, 1993.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L: *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (teoría y práctica)*, International Law Association, Madrid, 1984.
- SEPÚLVEDA, C.: *Derecho Internacional Público*, Porrúa, México, 1997
- TAKKENBERG, A.; TAHBAZ, C.: *The Collected Preparatoires of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugee*, Dutch Refugee Council, Amsterdam, 1990, 3 volúmenes.
- TORO, F.: *Manual de Derecho Internacional Público*, UCV, Caracas, 1982.
- TWOMEY, P. (eds.) *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, 1999.
- VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho Internacional de los derechos humanos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- VILLARAGA, A.; NANCLARES, R.; BOTERO, R. (ed): *Derecho internacional humanitario aplicado: Los casos de Colombia, Guatemala, El Salvador, Yugoslavia, Ruanda*, Tercer Mundo, Bogotá, 1998.
- VIRALLY, M.: *Le droit international en devenir: essays écrits au fil des ans*, Presses Universitaires de France, 1990.
- VV.AA.: *La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1990.
- WARBRICK, C.; LOWE, V.; AKEHURST, M. (ed): *The United Nations and the Principles of International Law*, Routledge, London, 1995.

## II. Aportaciones en obras colectivas

- ACNUR: “Declaración de Cartagena, diez años después”, ACNUR: *10 años de la Declaración de Cartagena sobre refugiados*, San José, del 5 al 7 de diciembre de 1994, Costa Rica, 1995, págs. 45-75.
- ACOSTA ESTÉVEZ, J.: “La internacionalización de los derechos humanos y los mecanismos de protección de los refugiados”, en CAMPS MIRABET, N. (ed): *El Derecho internacional ante las migraciones forzadas: Refugiados, Desplazados y otros migrantes involuntarios*, Edicions de la Universitat de Lleida, Sud-nord, 2005, págs. 15-58.
- ALEINIKOFF, A.: “Protected characteristics and social perceptions: An analysis of the meaning of membership of a particular social group”, en FELLER, E., TURK, V. and NICHOLSON, F. (eds.): *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pág. 263-318.
- ALONSO PEREZ, F.: “Refugiados y desplazados: el derecho de asilo”, en CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DE LA CRUZ ROJA ESPAÑOLA: *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant monografías, Valencia, 2002, págs. 381-399.
- ALVARADO, M.: “El Derecho al Asilo y el de los Refugiados en Venezuela”, en CONSERJERIA DE PROYECTOS: *Asilo y Refugiados en las Fronteras de Colombia*, Conserjería de Proyectos, Bogotá, Colombia, 2003, pág.133-176.
- ALVAREZ, R.: “Desplazados y Frontera: Una nueva problemática en las relaciones Colombo-Venezolanas”, COMITÉ ANDINO DE SERVICIOS: *Derecho de los(as) refugiados (as), pueblos indígenas y papel de la sociedad civil*, Memoria del Taller realizado del 8 al 10 de junio de 2002, en Machiques, Estado Zulia, Venezuela, Comité Andino de Servicios, Bogotá, págs. 19-29.
- ARBOLEDA, E.: “La Declaración de Cartagena de 1984 y sus semejanzas con la Convención de la Unidad Africana de 1969: una perspectiva comparativa”, en NAMIHAS, S. (coord.): *Derecho Internacional de los Refugiados*, IDEI, Lima, 2001, págs.167-188.
- ARENAS HIDALGO, N.: “El fenómeno de los llamados`Refugiados Medioambientales’: Un nuevo desafío para el Derecho Internacional de los Refugiados”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed), *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva publicaciones, Huelva, 2002. págs. 261-275.
- ARENAS HIDALGO, N.: “La desprotección del refugiado o de la Europa insolidaria”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.(ed): *La Desprotección internacional de los Derechos Humanos (a la luz del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)*, Universidad de Huelva, 1998, págs. 123-190.

- ASIS ROIG, R., “Problemas filosóficos-jurídicos en torno a los derechos fundamentales de los extranjeros”, en MARÍN MENÉNDEZ, F., Y OTROS, *Derecho de Extranjería, Asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, INSERSO, Madrid, 1995.
- ASOMANI, K.: “Análisis histórico de la situación de los refugiados en América Latina que propició la adopción de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados”, en ACNUR: *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, San José del 5 al 7 de diciembre de 1994, Costa Rica, 1995, págs. 184-195.
- BECERRA RAMÍREZ, M.: “Relación entre Derecho Internacional y Derecho Interno: Desafío de la Aplicación de los Convenios de Ginebra”, en FRAIDENRAIJ, S.; MENDEZ SILVA, R. (comp.): *Elementos del Derecho Internacional Humanitario*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de Estudios Jurídicos, Núm. 15, México, 2001.
- BETTATI, M.: “Le statut juridique du réfugié en Droit International”, en CONSTANTOPOULOS, S.: *The Refugee Problem on Universal, Regional, and National Level*, Thesaurus Acroasium of the IPILIR of Thessaloniki, Thessaloniki, vol. XIII, 1987.
- BROWNLIE, I.: “International Law in the context of the Changing World Order”, en JASENTULIYANA, N.: *Perspectivas on International Law*, Kluwer Law International, London, 1995, págs. 49-62.
- CABRINI, L.: “El proceso de consultas globales sobre la revitalización de la protección de los refugiados”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (ed.): *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2002, págs. 13-19.
- CANÇADO TRINDADE TRINADE, A.A.: “Derecho Internacional de los refugiados y Derecho internacional de los derechos humanos: aproximaciones y convergencias”, en IRIGOIN, J.(Comp): *Derecho de Refugiados en el Sur de América Latina: Armonización Legislativa y de Procedimiento*, Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile, Santiago de Chile 1996.págs. 3-22.
- CANÇADO TRINDADE TRINADE, A.A.: “El amplio alcance de la protección de los refugiados y desplazados al final del siglo XX”, en ACNUR: *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre refugiados*, San José, 5 a 7 de diciembre de 1994, Costa Rica, 1995, pág.12-16.
- CANÇADO TRINDADE TRINADE, A.A.: “Derecho Internacional de los Derechos Humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario”, en ACNUR: *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre refugiados*, San José, 5 a 7 de diciembre de 1994, Costa Rica, 1995, págs. 77-168.
- CARRASCOSA FERRANDIS, S.: “Flujo masivo de desplazados: comentarios a la primera Directiva europea”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (edit.): *La*

*Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva publicaciones, Huelva, 2002, págs. 315-323.

CARRILLO SALCEDO, J. A.: “Refugiados y Solidaridad Internacional”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coord.): *Refugiados: Derecho y Solidaridad*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994, pág. 179-185.

CASSESE, A.: “La valeur actuelle des Droit de l’Homme”, en DUPUY, R.J.: *Humanite et Droit International*, Pedone, París, 1991, pág. 65-76.

COLES, G.: “Approaching the Refugee Problem Today”, en LOESCHER, G. MONAHAN, L. (eds): *Refugees and International Relations*, Oxford University Press, Oxford, 1990.

COLES, G.: “Temporary Refuge and the Large-Scale Influx of Refugees”, en UNHCR: *Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refuge in Situations of Large-Scale Influx*, Geneva, 21-24 Apr. 1981, UN Doc EC/SCP/16/Add.1, 17 July 1981.

CRISP, J.: “No Solutions in Sight: The Problem of Protracted Refugee Situations in Africa”, en UNHCR: *New Issues in Refugee Research Working Paper, No. 75*, Geneva, Jan. 2003.

CREPEAU, F.: “Droit comparé de l’asile et du refuge. L’application diversifiée de la Convención de Gêneve de 1951 en Europe et ailleurs”, en SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL : *Droit d’asile et des réfugiés*, Colloque de Caen, Editions Pedone, París, 1997, págs. 261-270.

DACYL, J.: “International Responses to Refugee Flow from the Former Yugoslavia”, en MALMSTRÖM, S.; NOLL, G. (rels.): *Temporary Protection-Problems and Prospects*, Raoul Wallengier Institute of Human Rights and Humanitarian Law, Report núm. 22, Lund, 9 de mayo de 1996, págs. 13-36.

DEGNI-SEGUI, R.: “L’action des institutions africaines en matière de réfugiés”, en SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL : *Droit d’asile et des réfugiés*, Colloque de Caen, Editions Pedone, París, 1997, págs. 229-251.

DE MAEKELT, T.: “Instrumentos regionales en materia de asilo. Asilo territorial y extradición. La cuestión de los refugiados ante las posibilidades de una nueva codificación interamericana”, en *Asilo y protección de refugiados en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1981, págs. 67-88.

DOMANSKI, M.: “Insights from Refugee Experience: A background Paper on Temporary Protection”, en HATHAWAY, J. (ed), *Reconceiving International Refugee Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

EGUIGUREN, F.: “Los desplazados internos: situación jurídica y propuestas de acción”, en IRIGOIN, J (comp.): *Derecho de los refugiados en el sur de América Latina*:

*armonización legislativa y de procedimiento*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1995.

ELIZONDO, D.: “La protección internacional de los refugiados: retos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en las crisis humanitarias actuales” en CAMPS MIRABET, N.(ed): *El Derecho internacional antes las migraciones forzadas: Refugiados, Desplazados y otros migrantes involuntarios*, Edicions de la Universitat de Lleida, Sud-nord, 2005, págs.85-108.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: “Los Nuevos desafíos de la protección de los refugiados”, en CAMPS MIRABET, N.(ed): *El Derecho internacional antes las migraciones forzadas: Refugiados, Desplazados y otros migrantes involuntarios*, Edicions de la Universitat de Lleida, Sud-nord, 2005, págs.59-70.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: “La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio (art. 15 CEDH)”, en GARCIA ROCA, J.; SANTOLAYA, P. (coord): *La Europa de los derechos El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: “El carácter civil del refugiado”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (edit): *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva publicaciones, Huelva, 2002, págs. 45-58.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: “Las repercusiones jurídicas de la Declaración de Cartagena en el concepto de refugiado”, Separata de la obra *Los derechos humanos en América Latina*, Editorial Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1994, págs. 443-455.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: “Hacia un concepto jurídico amplio de refugiado”, en (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coord.), *Refugiados: Derecho y Solidaridad*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994, págs. 19-33.

FISCHEL ANDRADE, J.H.: “Derecho y protección de las víctimas”, en *Derecho internacional y ayuda humanitaria*, Instituto de Derechos Humanos, Deusto, 2000.

FISCHEL ANDRADE, J.H.: “Regionalización y Armonización del Derecho de los Refugiados: Una Perspectiva Latinoamericana”, en ACNUR: *Derechos Humanos y Refugiados en las Américas: Lecturas Seleccionadas*, ACNUR/IIDH, Primera Edición, San José, 2001, pág. 94-114.

FITZPATRICK, J.: “The Principle and Practice of Temporary Refugee: A Customary Norm Protecting Civilian Fleeing Internal Armed Conflict”, en MARTIN, D. A. (edit.): *The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980's*. The Ninth Sokol Colloquium on International Law, Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht/Boston/London, 1988, págs. 87-121.

FRANCO, L.: “Diez Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados en América Latina”, en ACNUR: *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre*



*Refugiados*, San José del 5 al 7 de diciembre de 1994, Costa Rica, 1995, pág. 18-25.

FORGET, J.C.: “Régimen jurídico internacional del asilo y del refugio”, en MARIÑO MENENDEZ, F.M. (ed.): *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios Sociales, Madrid, 1995, pág. 529-553.

GALINDO VELEZ, F.: “Derecho de los refugiados”, en GALINDO VÉLEZ; F. (coord): *Principios y criterios relativos a los refugiados y derechos humanos*, ACNUR/Comisión Nacional de Derechos Humanos, Universidad Iberoamericana, México D.F, 2002, págs. 2-45.

GALINDO VELEZ, F.: “Consideraciones sobre la Determinación de la Condición de Refugiado”, en NAMILLAS, S (coord.): *Derecho Internacional de los Refugiados*, Pontificia Universidad Católica de Perú, Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial, Lima, 2001, pág. 94-166.

GALINDO VELEZ, F.: “Reflexiones sobre el Derecho de los Refugiados en América Latina”, en *Protección y Asistencia de Refugiados en América Latina: Documentos Regionales 1981-1999*, págs.69-78.

GALINSOGA JORDÁ, A.: “El Estatuto de los refugiados en el Derecho internacional contemporáneo”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coord.): *Refugiados: Derecho y solidaridad*, Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1984, págs. 35-79.

GILES CARNERO, R.: “Las zonas seguras: ¿oasis o espejismo para los refugiados y desplazados?”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (edit): *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, págs. 249-260.

GOODWIN-GILL, G.: “Non refoulement and the New Asylum Seekers”, en MARTIN, D. (edit): *The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980's*. The Ninth Sokol Colloquium on International Law, Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht/Boston/London, 1988, págs.103-121.

GORTÁZAR ROTAECHE, C.: “La protección subsidiaria como concepto diferente a la protección temporal. Hacia un derecho comunitario europeo en la materia”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (edit.): *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva publicaciones, Huelva, 2002, págs. 231-248.

GROS ESPIELL, H.: “La Declaración de Cartagena como fuente del Derecho internacional de los Refugiados en América Latina, en ACNUR.: *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, San José del 5 al 7 de diciembre de 1994, Costa Rica, 1995, págs. 453-470.

GROS ESPIELL, H.: “El Derecho Internacional Americano sobre asilo territorial y la extradición, en sus relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, en *Compilación de Instrumentos Jurídicos*

*Interamericanos relativos al asilo diplomático, asilo territorial, extradición y temas conexos*, ACNUR, San José, Costa Rica, 1992 , págs. 633-663.

GROS ESPIELL, H.: “Derechos Humanos, derecho internacional humanitario y derecho internacional de los refugiados” in *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (ed. Cristophe Swinarski, Comité international de la Croix-rouge (CICR) and Martinus Nijhoff, Geneva and the Hague, 1984), págs. 699-712

HAILBRONNER, K.: “*Non refoulement* and “Humanitarian” Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?”, en MARTIN, D. A. (edit): *The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980's*. The Ninth Sokol Colloquium on International Law, Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht/Boston/London, 1988, págs. 123-158.

HEIN, CH., NAPOLITANO, A., RUIZ, M.: “Derecho comparado Europeo sobre asilo y refugio” en MARIÑO MENÉNDEZ, F: *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios Sociales, Madrid, 1995, págs. 645-668.

KISS, A.: “L’evolution des regles de droit international protegeant les réfugiés”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (edit.), *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2002, págs. 21-27.

LAUTERPACHT, E.; BETHLEHEM, D.: *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, Global Consultations, 20 de junio de 2001 en FELLER, E., TURK, V. and NICHOLSON, F. (eds.): *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, págs. 87-184.

LEE, L.: “Progressive Development of Refugee Law and Its Codification”, en PATHAK, R.S.; DHOKALIA, R.P.: *International Law in Transition*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992, págs. 107-116.

McDOWALL, R.: “Co-ordination of Refugee Policy in Europe”, en LOESCHER, G. MONAHAN, L. (eds.): *Refugees and International Relations*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pág.180.

MANGAS MARTÍN, A.: “La recepción del Derecho Internacional por los ordenamientos internos”. en Díez DE VELASCO, M (dir.): *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2003.

MEDRANO, M.: “Panorama general del desplazamiento en la región norte de sudamérica (Colombia, Venezuela, Panamá, Ecuador)”, en COMITÉ ANDINO DE SERVICIOS: *Derecho de los(as) refugiados(as), pueblos indígenas y papel de la sociedad civil*, Memoria del Taller realizado del 8 al 10 de junio de 2002, en Machiques, Estado Zulia, Venezuela, Comité Andino de Servicios, Bogotá.

- NIKKEN, P. "El concepto de derechos humanos", en INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Estudios básicos de Derechos humanos*, vol. I, IIDH, San José, 1996.
- NOLL, G.; VEDSTED-HANSEN, J.: "Temporary Protection and Burden Sharing: Conditionalising Access Suspending Refugee Rights?", en GUILD, E., HARLOW, C. (ed.): *Implementing Amsterdam, Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2001, págs. 195-223.
- OKOTH-OBBO, G.: "The Complex Refugee Crisis in Africa", en GOWLLAND-DEBASS, V. (ed.): *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1996.
- OLESTI RAYO, A.: "La inmigración irregular y el control de los flujos migratorios en la Unión Europea", en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional-Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidades de Córdoba, Sevilla, Málaga, 2005.
- PELÁEZ MARÓN, J. M.: "Refugiados y Comunidad Europea", en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coord.): *Refugiados: Derecho y Solidaridad*, Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994, pág. 123-130.
- PLENDER, R.: "The right to Leave Any Country Including One's Own", en BUTLER, W. (ed): *International Law and the International System*, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, págs. 135-154.
- RAMCHARAN, B.: "The concept of Protection in the International Law of Human Rights, en DINSTEIN, Y. (ed): *International Law at a Time of Perplexity*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1989, págs. 593-622.
- RUBIO, P.: "Panorama del Procedimiento de calificación del refugio a nivel latinoamericano", en *Derecho Internacional de los Refugiados*, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 2001.
- RUIZ DE SANTIAGO, J.: "Relación entre el asilo y el refugio", en FRAIDENRAIJ, S. (ed.): "La protección jurídica internacional de la persona humana y el problema de los indocumentados", Seminario realizado en La Paz, Bolivia del 12 al 15 de Noviembre de 1990, ACNUR, 1991, págs. 121-130.
- RUIZ DE SANTIAGO, J.: "Reflexiones sobre la Regulación Jurídica Internacional del Derecho de los Refugiados", en IRIGOIN, J.(ed): *Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo*, Instituto de Estudios Internacionales/Universidad de Chile, Santiago, 1991.
- SAHOVIC, M.: "The concept of International Law at the end of the Twentieth Century", PATHAK, R.S.; DHOKALIA, R.P.: *International Law in Transition*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992, págs. 87-94.

- SALVADOR, J.: “El concepto de asilado territorial según los Convenios Interamericanos de protección del refugiado según los instrumentos internacionales de Naciones Unidas”, en *Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina*, Coloquio de México, 11-15 de mayo 1981, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982.
- SAN JUAN, C.; MANLY, M.: “Informe general de la investigación”, en FRANCO, L.: *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho internacional de los Derechos humanos*, ACNUR, Editorama, San José, 2004, págs.31-76.
- SAN JUAN, C.; MANLY, M.: “Informe general de la investigación”, en FRANCO, L.: *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho internacional de los Derechos humanos*, ACNUR, Editorama, San José, 2004, págs.31-76.
- SAN JUAN, C.; MANLY, M.: “Análisis de la legislación comparada”, en FRANCO, L.: *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo “asilo y refugio” a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos*, ACNUR, San José, Costa Rica, 2004, págs.215-241.
- GREENFIELD, R.: “The OUA and Africa’s Refugees”, en *The OUA After 20 years*, Eds. Yassin El-Ayouty and I.W Zartman, New York: Praeger for SAIS, 1984.
- QUEL LOPEZ, J.: “El acceso a la protección de los solicitantes de asilo (incluido el concepto de tercer país seguro y movimientos irregulares”, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (edit.), *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2002, págs. 179-194.
- RUEDA FERNÁNDEZ, C. “La aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados en el ordenamiento jurídico español: aspectos fundamentales”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (edit.): *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva publicaciones, Huelva, 2002, págs. 325-336.
- SANTIESTEVEAN, J.: “La Protección internacional a los refugiados en México, Centro-América y Panamá: problemas jurídicos y humanitarios”, en ACNUR: *La protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas jurídicos y humanitarios, Memorias del Coloquio en Cartagena de Indias de 1984*, Centro de Estudios del Tercer Mundo, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1986.
- SANTOS, J.M.: “Perspectivas de paz para Colombia”, en *Conflict and Peace in Colombia: Consequences & Perspectives for the Future*, Woodrow Wilson International Center for Scholars, Washington, D.C., september, 2003.
- SAXEMA, J.M.: “Problems of Refugees in the Developing Countries and the Need for International Burden-Sharing, en PATHAK, R.S.; DHOKALIA, R.P.: *International Law in Transition*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992, págs.95-106.

- SCHACHTER, O.: "Legal Aspects of the Refugee Problem", en BROOKS, H.; EL-AYOUTY (eds): *Refugees South of the Sahara: An African Dilemma*, Connecticut, Negro University Press, 1970.
- SIEBER, J.: "Régimen Jurídico vigente en materia de refugiados en Ecuador", en ACNUR, *El caso Ecuador: Perspectiva Histórica 1976-2004*, Conferencia Episcopal Ecuatoriana, Quito, 2005, págs. 21-28.
- SPERDUTI, G.: "La souveraineté, le droit international et la sauvegarde des droits de la pesonne", en DINSTEIN, Y. (ed): *International Law at a Time of Perplexity*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1989, págs. 879-886.
- SPIJKERBOER, T.: "Subsidiarity in Asylum Law: The Personal Scope of International Protection", en BOUTEILLET-PAQUET (ed.): *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention?*, Bruylant, Brussels, 2002.
- STEINBOCK, D.: "The Refugee definition as law: issues of interpretation", in NICHOLSON, F., TWOMEY, P. (eds) *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, 1999, págs. 13-36.
- STERN, B.: "La coutume au coeur du droit international: Quelques réflexions", en REUTER, P.: *Le Droit international: unite et diversité*, Pédone, Paris, 1981, págs. 475-525.
- SZTUCKI, J., "Who is a Refugee? The Convention definition universal or obsolete?", en NICHOLSON, F. y TWOMEY, P. (eds.): *Refugee. Rights and Realities. Evolving international concepts and regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, págs. 55-80..
- TIRADO, T.: "Evolución del concepto de refugiado. La Declaración de Cartagena y el problema de los flujos masivos de refugiados", en FRAIDENRAIJ, S. (ed.): *La protección jurídica internacional de la persona humana y el problema de los indocumentados*, Seminario realizado en La Paz, Bolivia, del 12 al 15 de noviembre de 1990, ACNUR-Zavalija, Buenos Aires, 1991.
- TRIMARCO, T.: "Aplicación del Derecho de Refugiados en América Latina: La Protección Internacional", en IRIGOIN, J., (Comp) *Derecho de Refugiados en el Sur de América Latina: Armonización Legislativa y de Procedimiento*, Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile, Santiago de Chile 1996, págs. 39-50.
- VARGAS CARREÑO, E.: "Algunos problemas que presenta la aplicación y la interpretación de la Convención Americana sobre derechos humanos", en OEA: *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Publicaciones OEA, 1980, págs.47-59.

### III. Monografías

- ACCIÓN ANDINA: *Democracias bajo fuego: drogas y poder en América Latina*, Transnational Institute, Ediciones de Brecha, Montevideo, 1998.
- ACNUR: *The State of the World's Refugees 2000: Fifty years of Humanitarian Action*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- ACNUR: *Handbook for Emergencies*, Second Editions, Geneva, 2000.
- ACNUR: *The State of the World's Refugee 1997: A Humanitarian Agenda*, Oxford University Press, Oxford, December 1997.
- ACNUR: *La situación de los refugiados en el mundo 1995. En busca de soluciones*, Alianza/Instituto Nacional de Servicios Sociales, Madrid, 1995.
- ACNUR: *Un instrumento de paz*, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Madrid, 1986.
- ACNUR: *Dynamics of Displacement: A report for the Independent Commission on International Humanitarian Issues*, Zed Books, London, 1986.
- ACNUR: *The State of the World's Refugees 1993: The Challenge of Protection*, Oxford University Press, New York, 1993.
- AIBONI, S.A.: *Protection of refugees in Africa*, Swedish Institute of International Law, Uppsala, 1978.
- ANGELERI, S.: *Guerrillas y búsqueda de paz en Colombia*, Centauro Ediciones, Caracas, Venezuela, 2000.
- BALAGUER CALLEJÓN, M.: La regulación de derecho de asilo en la normativa comunitaria, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, julio-diciembre, 2004
- BETTOCCHI, G.: *Asilo y Refugio, Diferencias y Similitudes*, ACNUR, Ginebra, 2001.
- BEYANI, CH.: *Human rights Standard and the free movement of people within status*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- BONET PÉREZ, J.: *Las reservas a los tratados internacionales*, Bosch, Barcelona, 1996.
- BONET PÉREZ, J.: *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes: Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 2, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.
- BOTHE, M., *National Implementation of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1999.

- BOUTEILLET-PAQUET (ed.): *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention?*, Bruylant, Brussels, 2002.
- BRAMWELL, A. (ed.): *Refugees in the Age of Total War*, Unwin Hyman, London, 1988.
- BREWER CARÍAS, A., *Régimen legal de nacionalidad, ciudadanía y extranjería*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005.
- BROOKS, H.; EL-AYOUTY, Y (eds.): *Refugees South of the Sahara: An African Dilemma*, Negro University Press, Connecticut, 1970.
- CARLIER, J.; VANHEULE, D.; HULLMAN, R. Y. y GALIANO, P: *Who is a refugee? A comparative case law study*, Kluwer Law International, Cambridge, 1997.
- CARRILLO SALCEDO, J.A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.
- CENTRO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES: *Crisis de los Ochenta*, Colegio de México D.F, México, 1980.
- CHUECA SANCHO, A: *Las reservas a los tratados de derechos humanos*, Documentación Jurídica, 1992, XIX/74, pág. 323.
- COHEN, R.; DENG, F. *Masses in Flight. The Global Crisis of internal Displacement*, Brookings Institutions Press, Washington D.C, 1998.
- CONFERENCIA EPISCOPAL DE COLOMBIA: *Aportes sobre la crisis humanitaria en Colombia*, Secretariado Nacional de Pastoral Social-Cáritas Colombia, septiembre, Bogotá, 2004.
- CÓRDOBA TREVIÑO, J.: *En defensa de la población civil: Informe sobre las infracciones del Derecho internacional humanitario*, Defensoría del Pueblo, Publicaciones Oficiales, Bogotá, 1996.
- DE CORREA-LUGO, V.: *Derecho internacional humanitario: El caso colombiano*, Plaza Janes Colombia, Bogotá, 1999.
- CREPEAU, F.: *Droit d'asile, de l'hospitalité aux controles migratoires*, Editions Bruylant/ Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1995.
- DICK, S: *Responding to Protracted Refugee Situations: A Case Study of Liberian Refugees in Ghana*, UNHCR, July 2002, Doc. EPAU/2002/06.
- EGGLI, A.: *Mass Refugee Influx And The Limits Of Public International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, New York, 2002.
- ELIAS, T.: *Africa in the development of international Law*, Martinus Nijhoff Publishers (Second Revised Edition by AKINJIDE, R.), Dordrecht/Boston/London, 1988.

- ERIKSSON, L.; MELANDER, G.; NOBEL, P.: *An analyzing Account on the African Refugee Problem*, Arusha, May 1979-1981, Scandinavian Institute for African Studies, Uppsala, 1981.
- ESPADA RAMOS, M. T.: *¿Europa. Ciudad abierta? La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Instituto Municipal de Formación y Empleo, Ayuntamiento de Granada, 1997.
- FARIA, C.(ed): *The Dublin Convention on Asylum- Between Reality and Aspiration*, European Institute of Public Administration, Maastrich, 2001.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *Las obligaciones de los Estados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.
- GARCÍA-DURÍN, M.: *Alternativas a la guerra. Iniciativas y procesos de paz en Colombia*, CINEP, Bogotá, 2003.
- GALLAGER, D.; FORBES, S.; WEISS, P.: *Safe Haven: Policy Responses to Refugee like Situations*, Refugee Policy Group, Washington, D.C 1987.
- GALINDO VÉLEZ; F. (coord): *Principios y criterios relativos a los refugiados y derechos humanos*, ACNUR/Comisión Nacional de Derechos Humanos, Universidad Iberoamericana, México D.F, 2002.
- GOODWIN-GILL, G.S.: *The Refugee International Law*, Claredon Press, Oxford, 1996.
- GOODWIN-GILL, G.S.: *International Law and Movement of Persons between States*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1978.
- GORTÁZAR, C.: *Derecho de Asilo y “no rechazo” del Refugiado*, Universidad Pontificia Comillas, Dykinson, Madrid, 1997.
- GOWLLAND-DEBBAS, V., SAMSON, K. (eds.): *Problems and Prospects of Refugee Law*, The Graduated Institute of International Studies, Geneva, 1992.
- GRAHL-MADSEN, A.: *Territorial Asylum*, Swedish Institute of International Affairs, Uppsala, 1980.
- GROS ESPIELL, H: *Derechos Humanos*, Instituto Peruano de Derechos Humanos, Cultural Cuzco, Lima, 1991.
- GROS ESPIELL, H: *Estudios sobre derechos humanos II*, Editorial Civitas, S.A, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996.
- GUILD, E.; HARLOW, C. (ed.): *Implementing Amsterdam, Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2001.
- GUILD, E.: *The developing Immigration and Asylum Policies of the European Union*, Kluwer, The Hague/London, 1996.



- HATHAWAY, J.: *The rights of refugees under International Law*, Cambridge University, Cambridge, 2005.
- HAMPTON, J. (ed.): *Internally displaced people - a global survey -*, Earthscan Publications Limited, London, 1998.
- HATHAWAY, J. C.: *The Law of Refugee Status*, Butterworths. Toronto-Vancouver, 1991.
- HOLBORN, L.: *The International Refugee Organization: A specialized Agency of the United Nations, Its History and Work 1946-1952*, Oxford University Press, Oxford, 1956.
- HOLBORN, L.: *Refugees: A problem of our time: The work of the United Nations High Commissioner for Refugees, 1951-1972*, vol. I, Metuchen, New Jersey, The Scarecrow Press, 1975.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Estudios básicos de Derechos humanos*, vol. I, IIDH, San José, 1996.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS: *Commentary on the Additional Protocols of 8 of June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987.
- JACKSON, I.C.: *The Refugee Concept in the Group Situations*, The Hague/London/Boston, 1999.
- KÄLIN, S.: *Conflict, Crisis and War in Pakistan*, MacMillan Press, London, 1972.
- KÄLIN, W.: *Droit des Réfugiés*. Editions Universitaires Fribourg. Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, 1991.
- KÄLIN, W.: *Guiding principles on internal Displacement- Annotations*, American Society of International Law and Brookings Institution, Washington, 2000.
- KATKOV, G.: *Russia 1917 the February Revolution*, London Collins, London, 1969.
- KINTTO, L.: *Plan Colombia, la paz armada*, Quito, Ecuador, Editorial Planeta del Ecuador, 2000.
- KOENKER, D.; ROSENBERG, W.: *Strikes and revolution in Russia 1917*, Princeton University Press, Princeton, 1989.
- KORN, D.: *Exodus within borders- an introduction to the crisis of internal displacement*, Brookings Institution Press, Washington, 1999.
- LANG, M.: *Armenia: Cradle of Civilization*, Allen & Unwin, London, 1979.
- LAWYERS COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS: *African Exodus: Refugee Crisis, Human Rights and the 1969 OUA Convention*, New York, July, 1995.

- LOESCHER, G.: *Beyond Charity: International Cooperation and the Global Refugee Crisis*, Oxford University Press, New York, 1993.
- LÓPEZ GARRIDO, D.: *El Derecho de Asilo*, Editorial Trotta, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios Sociales, Madrid, 1991.
- MACALISTER-SMITH, P.: *International Humanitarian Assistance: Disaster Relief Actions in International Law and Organization*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985.
- McMASTER, D.: *Asylum Seekers: Australia's Response to Refugees* Melbourne University Press, Melbourne, 2001.
- MALUWA, T.: *International Law in post- colonial Africa*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999.
- MARRUS, M.: *The Unwanted. European Refugees in the Twentieth Century*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1985.
- MARTÍN ARRIBAS, J.J.: *Los Estados Europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Universidad de Burgos, Dykinson, Madrid, 2000.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *La Inmigración y el Asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Colex, Madrid, 2002.
- MARX, R.: *Temporary Protection: international protection solution orientated approach?*, European Council on Refugees and Exiles, London, 1994.
- MASON, A.: *Sea Change: Australia's new approach to asylum seekers*, US Committee for Refugees/Immigration and Refugee Service in America, febrero 2002.
- MATTA ALDONA, L.: *Colombia y las FARC –EP, Origen de la lucha guerrillera*, Txalaparta, Nafarroa, España, 1999.
- MAWDSLEY, E.: *The Russian Civil War*, Allen & Unwin, Boston, 1987.
- MERON, T.: *Human Rights and Humanitarian Law*, Claredon Press, Oxford, 1989,
- MONSALVE, A.; DOMÍNGUEZ, E. (ed): *Colombia: democracia y paz*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 1999.
- MONTENEGRO, A.; POSADA, C.: *La violencia en Colombia*, Cambio, Bogotá, 2001.
- MUSALO, K.; MOORE, J.; BOSWELL, R.A.: *Refugee law and policy: a comparative and international approach*, Carolina Academic Press, Durham, N. C., 2002.
- NALDI, G.: *The Organization of African Unity: An analysis of its role*, Second Editions, Mansell, London and New York, 1999.

- NICHOLSON, F.; TWOMEY, P.: *Refugee Rights and Realities. Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- NIKKEN, P.: *Código de Derechos Humanos*, Colección Textos Legislativos No 12, Caracas, 1991.
- NOIRIEL, G.: *Refugiés et sans papier. La République face au droit d'asile XIX-XX siècle*, Hachette Littératures, Paris, 1991.
- NOURISSIER, F.: *L'homme humilié: sort des réfugiés et "personnes déplacées" 1912-1950*, éditions Specs, Paris, 1950, págs. 31-32.
- O'DONNELL, D.: *Protección internacional de los Derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989.
- OJINAGA RUIZ, R.: *Emergencias humanitarias y Derecho internacional. La asistencia a las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- PEÑA SOLÍS, J.: *Análisis de la Constitución de 1999*, Volumen Primero, Colección de Estudios Jurídicos; Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 1999.
- PERAL FERNÁNDEZ, L.: *Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- PHUONG, C.: *The international protection of internally displaced persons*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- PLANAS SUAREZ, S.: *El Asilo diplomático*, La Ley, Buenos Aires, 1953.
- PNUD: "El conflicto, callejón con salida, *Informe Nacional de Desarrollo Humano para Colombia (INCDH)*, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Bogotá, 2003.
- PONTE IGLESIA, M.T.: *Conflictos armados, Refugiados y Desplazados internos en el Derecho internacional actual*. Colección Estudios Internacionales, Tórculo Ediciones, Santiago, 2000.
- PROVEA: *El Derecho al Asilo: Marco Teórico-Metodológico Básico*, Serie Aportes No 8, PROVEA, Caracas, 2004.
- RAMELLI ARTEAGA, A.: *La Constitución colombiana y el Derecho internacional humanitario*, Universidad del Externado/ Panamericana, Bogotá, 2000.
- RINCON ELOAIZA, L.: *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su incorporación en el Derecho Interno Venezolano*, Universidad del Zulia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Maracaibo, Venezuela, 2004.
- ROBINSON, N.: *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, A Commentary by Nehemiah Robinson, Institute of Jewish Affairs, New York, 1953.

- ROBINSON, W.C.: *Terms of Refugee: The Indochinese Exodus and the International Response*, Zed Books, London, 1998.
- RODRÍGUEZ- ZAPATA, J: *Constitución, tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*, Real colegio de España, Bolonia, 1976.
- REUTER, P: *Introducción al derecho de los tratados*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
- ROMERO, M.: *Paramilitares y autodefensas 1982-2003*, Planeta, Bogotá, 2003.
- RUBIN, B.: *The Fragmentation of Afghanistan: State Formation and Collapse in the International System*, Yale University Press, New Haven, 1995.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L: *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (teoría y práctica)*, International Law Association, Madrid, 1984.
- SJÖBERG, T.: *The Power and the Persecuted: The Refugee Problem and the Intergovernmental Comité on Refugees 1938-1947*, Lund University Press, Lund, 1991.
- SIMPSON, Sir. J.H.: *The refugee problem: Report of a Survey*, London, Oxford University Press, 1939.
- SKRAN, C: *Refugees in inter-war Europe. The Emergence of a Regime*, Clarendon Press-Oxford, 1995.
- STEIN, L.: *Beyond Death and Exile: The Spanish Republicans in France, 1939-55*, Harvard University Press, Cambridge, 1979).
- SUÁREZ O., M.: *Colombia: La Guerra y la Paz dentro de una Dinastía de violencia*, Asociación para las Naciones Unidas en España, Junio, 2002.
- SWINARSKI, C.: *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema de Protección a la Persona Humana*, San José de Costa Rica, IIDH, 1990.
- TABORI, P.: *The Anatomy of Exile*, Harrap, London, 1972.
- TORRES GIGENA, C.: *Asilo Diplomático. Su práctica y teoría*, La Ley, Buenos Aires, 1960.
- TORROJA MATEU, H.: *La asistencia humanitaria en la Organización de las Naciones Unidas: Fundamentos y perspectivas actuales*, Atelier, Barcelona, 2004.
- TOLSTOY, N.: *Victims of Yalta*, Corgi Transworld Publishers, London, 1979.
- US COMITEE FOR REFUGEES: *Venezuela again denies asylum to Colombian refugees*, Mimeo, Washington, 1999.

- VALENCIA VILLA, A.: *La humanización de la guerra: Derecho internacional y conflicto armado en Colombia*, Tercer Mundo, Bogotá, 1992.
- van SELM, J.: *Refugee Protection in Europe. Lessons of the Yugoslav Crisis*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1998.
- van SELM, J.: *Kosovo's Refugees in the European Union*, Pinter, London and New York, 2000.
- VARGAS MEZA, R.: *Drogas, máscaras y juegos- Narcotráfico y conflicto armado en Colombia*, Transnational Institut, Editorial Tercer Mundo, Bogotá, 1999.
- VV.AA.: *La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1990.
- WAIN, B.: *The Refused: The Agony of the Indochina Refugees*, Dow Jones Publishing Co., Hong Kong, 1981.
- WEIS, P.: *The Refugee Convention, 1951. The Travaux Préparatoires Analysed, with a Commentary by the Late Dr. Paul Weis*, Cambridge University Press, Oxford, 1995.
- WOODBIDGE, G.: *The History of the United Nations Relief and Rehabilitation Administration*, Columbia University Press, Nueva York, vol. II, 1950.
- ZOLBERG, A.R.; SUHRKE, A.; AGUAYO, S.: *Escape from Violence. Conflict and the Refugee Crisis in the Developing World*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1989.
- ZOLLER, E.: *Le Droit D'asile*, 1989, Centre d'Etude et de Recherche de Droit International et de Relations Internationales, Académie de Droit International de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1990.

#### **IV. Artículos en revistas especializadas**

- ABI-SAAB, G.: "The admission and expulsion of refugees with special reference to Africa", en *African Yearbook of International Law*, vol. 8, 2000, págs.71-92.
- ACNUR: "Issues and Challenges in the International Protection in Africa", en *IJRL*, vol. 5, Special issue, 1995, págs. 55-77.
- ACEVEDO, V.: "Los refugiados colombianos y los desastres del Catatumbo", en *Analítica Mensual*, núm. 41, 2003, en [www.analitica.com/vam/1999.07/internacional/03.htm](http://www.analitica.com/vam/1999.07/internacional/03.htm).
- AGA KHAN, S.: "Legal problems relating to refugees and displaced persons", en *RCADI*, t. 149, 1976-I, págs. 287-352.

- AKHAVAN, P.; BERGSMO, M.: "The application of the Doctrine of State Responsibility to Refugee Creating Status, en *NJIL*, vol. 58, 1989, págs. 243-256.
- AKRAM, S.M.; REMPEL, T.: "Temporary Protection as an Instrument For Implementing The Right Of Return For Palestinian Refugees", *Boston University International Law Journal*, vol. 22, 2004, págs. 1-162.
- ALLAIN, J.: "The jus cogens nature of non-refoulement", en *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, nº 4, 2002, págs. 533-558.
- ARBOLEDA, E.: "The Refugee Definition in Africa and Latin America: The Lessons of Pragmatism", en *IJRL*, vol. 3, núm. 2, 1991, págs.185-207.
- ARCOS VARGAS, M.; RODRÍGUEZ BENOT, A.: "La libre circulación de personas en la Unión Europea: el cruce de sus fronteras exteriores", en *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm.11, 1994.
- ARENAS HIDALGO, N.: "El sistema europeo de protección temporal. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos masivos de población", en *REDI*, vol. LV, 2003, págs. 745-777.
- BALAGUER CALLEJÓN, M.: "La regulación de derecho de asilo en la normativa comunitaria", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, julio-diciembre, 2004.
- BALOGH, E., "World Peace and the Refugee Problem", en *RCADI*, Paris, Vol. 75-II, 1949, págs. 370-507.
- BARNETT, L., "Global Governance and the Evolution of the International Refugee Regime", en *IJRL*, vol. 14, 2002.págs. 238-262.
- BARUTCISKI, M.: "Tensions between the refugee concept and the IDP debate", *Forced migration review*, núm. 3, 1998, págs. 5-14.
- BINDER, A.: "Gender and the 'membership in a particular social group' category of the 1951 Refugee Convention", en *Columbia Journal of Gender and Law*, núm. 10, 2001, págs 167-194.
- BLACK, R.; KOSER, K.: "Limits to the Harmonization: The 'Temporary Protection' of Refugees in the European Union", en *International Migration Review*, vol. 37, nº 3, 1999, págs. 521-543.
- CASANOVA i LA ROSA, O.: "La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés", en *RCADI*, vol. 306-III, 2003, págs. 19-176.
- CASSESE, A: "Modern constitutions and international law", en *RCADI*, 1985.
- COLES, G.J.L.: "Temporary Refuge and the Large Scale Influx of Refugees", *AYIL*,

vol. 8, 1983, págs. 189-212.

COLMENARES, W.; NARVAÉZ, O.: “Colombia: el proceso de paz y la crisis del Estado. Propuesta de Paz”, *Revista Venezolana de Estudios Internacionales*, núm 2, Caracas, pág. 9-21.

CONFORTI, B.: “Notes on the Relationship between International Law and National Law”, en *International FORUM*, vol. 3, núm 1, 2001, págs.18-24.

CONNORS, J.: “Legal aspects of women as a particular social group”, en *IJRL Special Issue*, núm. 9, 1997, págs. 159-164.

CRISP, J.: “Africa’s Refugees: Patterns, Problems and Policy Challenges”, en *African Journal of International Law*, vol. 8, 2000, págs. 93-118.

CRISP, J.; CATER, N.: “The Human Consequences of Conflict in the Horn of Africa: Refugee, Asylum and the politics of Assistance”, Paper presented at Regional Security Conference, Cairo, 27-30 Mayo de 1990.

DA CUNHA, G.: “Reflexiones sobre el derecho humanitario y la practica actual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados”, en *Cursos de derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1994*, Madrid, 1995, págs. 85-110.

DACYL, J.: “Europe Needs a New Protection System for ‘Non-Conventional’ Refugees”, en *International Journal of Refugee Law*, vol. 7, nº 4, 1995, págs. 579-605.

DE VISSCHER, P.: “Les tendances internationales des constitutions modernes”, en *RCADI*, 1952.

D’ALOTTO, A.; GARRETON, R.: “Developments in Latin America: some further thoughts”, en *IJRL*, 1991, págs.489-505.

DURIEUX, J.F.; Mc ADAM, J.: “Non-refoulement Through Time: The Case for a Derogation Clause to the Refugee Convention in mass influx emergencies”, en *IJRL*, vol. 16, núm. 4, 2004, págs. 4-24.

EINARSEN, T.: “Mass Flight: The Case for International Asylum”, en *IJRL*, vol. 7, núm. 4, 1995, págs. 551-578.

ESTORIK, E.: “The Evian Conference and the Intergovernmental Committee”, en *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, núm. 203, May 1939, Washington, págs. 142-154

EQUIPO NIZKOR: “Informe Global: el derecho a buscar y recibir refugio en la zona fronteriza colombo-enezolana”, septiembre, 1999, en [www.derechos.org/nizkor/venezuela/doc/refu.html](http://www.derechos.org/nizkor/venezuela/doc/refu.html).

- FELLER, E: "Cincuenta años de protección internacional de los refugiados. Los desafíos de protección ayer, hoy y mañana", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 843, 30 de septiembre de 2001, págs. 581-606.
- FELLER, E: "The Convention at 50: The way ahead for the refugee protection", en *Forced Migration Review*, núm. 10, págs.6-9.
- FELICIANO, F.P.: "The principle of Non refoulement: A note on International Legal Protection of refugees and displaced persons", en *Philippine Law Journal*, vol. 57, 1982.
- FITZPATRICK, J.: "Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime", en *AJIL*, vol. 94, nº 2, 2000, págs. 279-306.
- FITZPATRICK, J.: "Refugee Protection in the Twenty-First Century", en *GYIL*, vol. 43, 2000, págs. 77-100.
- FITZPATRICK, J.: "The End of Protection: legal standars for cessation of refugee status and withdrawal of temporary protection", en *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 13, nº3, 1999, págs. 343-381.
- FITZPATRICK, J.: "Flight From Asylum: Trends Toward Temporary "refuge" and Local Responses to Forced Migration", en *VJIL*, vol. 35, 1994, págs. 13-79.
- FRANCO, L.: "Problemas en la protección de los refugiados en América Latina" *Anuario Jurídico Interamericano*, OEA; Washington, 1983.
- FORTIN A.: "The meaning of protection in the Refugee definition", en *IJRL*, vol. 12, núm. 4, 2000, pág. 548 -576.
- FRELICK, B.: "Preventing Refugee Flows: Protection or Peril?", en *World Refugee Survey*, Washington D.C, US Committee for Refugees, 1993, págs. 5-13.
- FULLERTON, M.: "A comparative look at refugee status based on persecution due to membership of a particular social group", en *Cornell International Law Journal*, núm. 26, 1993, págs. 514-563.
- GEISSLER, N.: "The international protection of internally displaced person", en *IJRL*, vol. 11, núm. 3, 1999, págs.451-478.
- GIBNEY, M.: "Between control and humanitarianism: temporary protection in contemporary Europe", en *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 14, nº 3, 2000, págs. 689-707.
- GOTTWALD, M.: "Protecting Colombian Refugees in the Andean Region: The Fight against Invisibility", en *IJRL*, vol. 16, núm. 4, 2004, pág.517-546.
- GOODWIN-GILL, G.: "The Language of Protection", en *IJRL*, vol. 1, 1989, págs.6-19.



- GRAHL-MADSEN, A.: "The European tradition of asylum and the development of refugee law", en *Journal of Peace Research*, Bergen, 1966, págs. 278-289.
- GROS ESPIELL, H.; PICADO, S.; VALLADARES LANZA, L.: "Principles and criteria for the protection of and assistance to Central American refugees, returnees and displaced persons in Latin america", en *IJRL*, vol. 2, nº 1, 1990, págs. 83-117.
- GRUPO INTERNACIONAL CRISIS (ICG): "Colombia: La esquivada búsqueda de la paz", en *Informe Latinoamericano*, núm. 1, del 26 de marzo de 2002, págs. 3-30
- GUNNING, I.: "Expanding the International definition of Refugee: A Multicultural View", en *Fordam International Law Journal*, vol. 13, núm. 1, 1989-1990, págs. 40-60.
- HARTMAN, J.; PERLUSS, D.: "Temporary Refugee: Emergence of a Customary Norm", en *Virginia Journal of International Law*, vol. 26, 1986, pág. 551-626.
- HATHAWAY, J.: "The Evolution of Refugee Status in International Law", en *ICLQ*, vol. 33, 1984, págs. 19-30.
- HATHAWAY, J.: "A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law", en *Harvard International Law Journal*, núm. 31, Winter, 1990, págs. 129-147.
- HATHAWAY, J.; NEVE, R. A.: "Making International Refugee Law Relevant Again", en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 10, 1997, págs. 115-211.
- HERNANDEZ VILLALOBOS, L.: "La Constitucionalización de los Tratados sobre Derechos Humanos en Venezuela", *Boletín del Instituto de Filosofía del Derecho*, núm. 4, Caracas, 2001, págs. 85-97.
- HOFMANN, R.: "Refugee-Generating Policies and the Laws of State Responsibility", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrechts*, vol. 45, núm. 4, 1985, págs. 694-713.
- HOFMANN, R.: "Refugee Law in Africa", en *Law and State*, vol. 39.
- HYNDMAN, J; NYLUND, B.: "UNHCR and the status of *prima facie*. Refugees in Kenya", en *IJRL*, núm. 10, 1998, págs. 35-37.
- JACKSON-SMITH, A.: "Temporary safe haven for the facto refugees from war, violence, and disaster", *VJIL*, vol. 28, 1988.
- JAEGER, G.: "Les Nations Unies et les réfugiés", en *Revue Belge de Droit International*, 1989, págs. 18-120.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno", en *Revista del Instituto Interamericano de*

*Derechos Humanos*, Vol. 7, enero-junio 1998, Instituto Interamericano, San José, págs. 29-39.

JOLY, D.: "Temporary protection within the framework of a new European asylum regimen", en *International Journal of Human Rights*, vol. 2, núm. 3, 1998, págs. 49-76.

KÄLIN, W.: "The Temporary Protection Directive", en *European Journal of Migration and Law*, vol. 4, 2002, págs. 193-214.

KÄLIN, W.: "Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect", en *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 15, 2001.

KÄLIN, W.: "Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism", en *GYIL*, vol. 44, 2001.

KÄLIN, W.: "Temporary Protection: An Assessment of the Harmonisation Policies of European Union Member States", en *IJRL*, vol. 9, núm. 3, 1997, págs. 453-471.

KÄLIN, W.: "Refugees and Civil Wars: Only a Matter of Interpretation?", *IJRL*, 1991.

KEELY, CH.: "How Nation States Create and Respond to Refugee Flows", en *International Migration Review*, vol. XXX, núm. 4, New York, 1996.

KERBER, K.: "The Temporary Protection Directive", en *European Journal of Migration and Law*, vol. 4, 2002, págs. 193-214.

KERBER, K.: "Temporary Protection in the European Union: a chronology", en *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 14, núm. 1, 1999, págs. 35-50.

KJAERUM, M.: "Temporary Protection in Europe in the 90s", en *IJRL*, vol. 6, núm. 3, pág. 444-456.

KJAERUM, M.: "Challenges facing the asylum policy of the European union and its member states, in particular in relation to temporary protection", en *Workshop on Freedom of Movement and the treaty of Amsterdam*, Turku University, 15 September, 1999.

KIBRAEB, G.: "The system of Asylum in Africa: Economies under pressure", en *Uppsala Studies in Economic History*, Uppsala, 1991.

KOSER, K.; WALSH, M.; BLACK, R.: "Temporary Protection and the Assisted Return of Refugees from the European Union", en *IJRL*, vol. 10, núm. 3, July 1998, págs. 444-461.

LANDGREN, K.: "Safety Zones and International Protection: A Dark Grey Area", en *IJRL*, vol. 7, núm. 3, 1995, págs. 436-458.

LEE, L.: "Internally displacement persons and refugees: toward a legal síntesis?", en *IJRL*, vol. 9, núm. 1, 1996, págs. 58-62.

- LUCA, D.: "Questioning Temporary Protection, en *IJRL*, vol. 6, 1994. págs. 225-246.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F.: "El concepto de refugiado en el Derecho internacional general", en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1983/2, págs. 337-369.
- MAROLT, D.: "Temporary protection of refugees", en *Association for the Study of the World Refugee Problem Bulletin*, vol. 38-47, 2000, núm.1/2, págs. 47-73.
- MARTIN, S.; SCHOENHOLTZ, A.; MEYERS, D.: "Temporary Portection: towards a regional and domestique framework", en *Georgetown Innigration Law Journal*, vol. 12, nº 4, 1998, págs. 487-543.
- MARX, R.: "Temporary Protection: international protection solution orientated approach?", en *European Council on Refugees and Exiles*, London, 1994.
- MASON, A.: "La crisis de seguridad en Colombia: Causas y Consecuencias Internacionales de un Estado en vía de fracaso", en: *Colombia Internacional*, núm 49/50, Centro de Estudios de la Universidad de los Andes, mayo-dic 2000.
- MIAJA DE LA MUELA, A.: "Notas al Estatuto de los Refugiados", en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. V, nº 1, 1952, págs. 133-156.
- MONDELLI, J.I.: "La Declaración de Cartagena en el MERCOSUR, Bolivia y Chile", en [www.acnur.org/biblioteca/pdf/3120.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3120.pdf).
- MOUSSALLI, P.M.: "Fundamental Principles in the International Protection of Refugees and Displaced Persons: the role of the UNHCR", en *Round Table of Asian Experts on Current Problems in the International Protection of Refugees and Displaced Persons*, Seminar of Manila, 14-18 Abril 1980, San Remo, IIHL/University of the Filipines, 1980.
- NAFZIGER, A.: "The general admission of Aliens under International Law", en *AJIL*, vol. 77, págs. 804-807.
- NAVA, B.: "Los principios jurídicos que ordenan la aplicación de la Ley en materia de refugio venezolana y el procedimiento de elegibilidad adoptado", en: *Revista de Aportes Andinos. Desplazamiento forzado y refugio*, N°8, Quito, 2004, Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar, en: [www.uasb.edu.ec/padh](http://www.uasb.edu.ec/padh).
- NAVA, B.: "Derechos Humanos de los Refugiados. Situación Actual en Venezuela", en: [www.ucab.edu.ve/investigación/cddhh/ponencia.doc](http://www.ucab.edu.ve/investigación/cddhh/ponencia.doc).
- NAVA, B.; FERNÁNDEZ, G.: "Hacia una Protección Integral del Refugiado en Venezuela", Ponencia presentada en el Foro Público *La Protección de los Refugiados en Venezuela*, el día 20 de julio del año 2004, en [www.ucab.edu.ve/ucabnuevo/cdh/recursos/Forofinal.doc](http://www.ucab.edu.ve/ucabnuevo/cdh/recursos/Forofinal.doc).
- NOBLE, P.: "Refugees, Law and Development in Africa", en *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, núm. 255, 1982.

- NOLLKAEMPER, A.; HEY, E.: "The Relationship between International law and National law", en *International Law FORUM du Droit International*, Netherlands, 2001, pág.
- OGATA, S.: "Our Global Neighbourhood", *The Report of the Commission on Global Governance*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pág. 207.
- OGATA, S.: "Refugees: A multilateral Response to Humanitarian Crisis", *Eilberg Lecture on International Studies*, University of California, Berkely, April 1 1992.
- OKOTH-OBBO, G.: "A Legal Review of the 1969 OAU Refugee Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa", *Refugee Survey Quarterly*, vol. 20, núm. 79, 2001.
- OKOTH-OBBO, G.: "Thirty years on: A legal Review of the 1969 OUA Refugee Convention", en *AYIL*, vol. 8, 2000, Kluwer Law International, pág. 3-70.
- OLOKA, J.: "Plugging the Holes: Refugees, OUA Policy and the Practices of Member States", en *USC Issue Brief*, Washington DC, October, 1986.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A.: "Le Droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs", en *RCADI*, vol.274, 1998, pág. 9- 308.
- PASTOR RIDRUEJO, J.: "La determinación del contenido del ius cogens", IX Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, AHLADI, Lisboa, 1972.
- PEREZ FLORES, G.: "Las claves internacionales del conflicto colombiano", Ponencia presentada en la Casa de las Américas (Madrid), en el IV Seminario *Colombia, Democracia y Paz*, 6 de febrero de 2001. Este documento puede consultarse en: [www.lainsignia.org/2001/julio/dial.002.htm](http://www.lainsignia.org/2001/julio/dial.002.htm)
- PÉREZ GONZÁLEZ, M.: "Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario", en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I, 1997, págs. 315-393.
- PERAL FERNÁNDEZ, L.: "Límites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: non refoulement, protección en la región de origen y cierre de fronteras europeas", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 11, 2006, en [www.reei.org](http://www.reei.org).
- PERLUSS, D.; HARTMAN, J.: "Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm", en *VJIL*, vol 26, 1996.
- PIRJOLA, J.: "Temporary Protection as a Future Model for Asylum", en *Nordic Journal of International Law*, vol. 64, 1995, págs. 423-427.

- RAMCHARAN, R.: "The African Refugee Crisis: Contemporary to the protection of Refugees and Displaced persons in Africa", en *AYIL*, vol. 8, 2000, págs. 119-160.
- REUT-NICOLUSSI, E.: "Displaced persons and Internacional Law", en *RCADI*, vol. 73- II, 1948, págs. 1-68.
- RWELAMIRA, M.R.: "Two Decades of the Convention Governing the Specific Aspects of the Refugee Problems in Africa", en *IJRL*, vol. 1, núm. 4, 1989.
- RINCÓN EIZAGA, L.: "La Ley Orgánica sobre refugiados: su aplicación en la frontera colombo-venezolana", *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, vol. 11, núm. 2, mayo-agosto, 2005.
- RINCON GAUTIER, R.: "Intervención de la Delegación de la República Bolivariana de Venezuela ante la 55ª sesión del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado para los Refugiados", Misión Permanente del República Bolivariana de Venezuela ante la Oficina de Naciones Unidas y demás Organismos Internacionales, Ginebra 5 de octubre de 2004.
- RODRIGUEZ CEDEÑO, V.: "La problemática de los desplazamientos forzosos de personas en el mundo: una cuestión de interés comunitario", en [www.analitica.com/bitbliblioteca/victor\\_rodriguez/desplazamientos.asp](http://www.analitica.com/bitbliblioteca/victor_rodriguez/desplazamientos.asp), 20 de enero de 2000.
- RODRIGUEZ CEDEÑO, V.: "Desplazados internos en tránsito: Un concepto básico para la protección de las personas desplazadas forzosamente", en [www.analitica.com/bitbliblioteca/victor\\_rodriguez/desplazados.asp](http://www.analitica.com/bitbliblioteca/victor_rodriguez/desplazados.asp), 20 de septiembre de 2000.
- RUIZ DE SANTIAGO, J.: "Consideraciones Generales acerca del Derecho internacional de los Refugiados, en *Jornadas sobre los Sistemas Internacionales de Protección Jurídica de la Persona Humana*, Coloquio de Buenos Aires, septiembre de 1990, Buenos Aires, CICR/IIDH/ACNUR/Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 1991, págs.
- RUTINWA, B.: "The end of asylum? The changing nature of refugee policies in Africa", en *New Issues in Refugee Research*, núm. 5, Geneva, 1999, pág. 4-29.
- RWELAMIRA, M.: "The 1969 OUA Convention on the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa", en *IJRL*, vol. 1, 1989.
- RWELAMIRA, M.: "Two Decades of the Convention Governing the Specific Aspects of the Refugee Problems in Africa", en *IJRL*, vol.1, núm.4, 1989, págs.557-561.
- SAINZ BORGO, J.C.: "La guerrilla colombiana como elemento de desestabilización regional. Una perspectiva desde este lado del Arauca", *Revista Venezolana de Estudios Internacionales*, núm 2, 2000, págs. 25-47.

- SCHNYDER, F.: "Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés", en *RCADI*, vol. 114-I, 1956, págs. 339-446.
- SCHUCK, P.: "Refugee Burden-Sharing. A Modest Proposal", en *Yale Journal of International Law*, vol. 22, 1997, págs. 243-297.
- SEGURA ESCOBAR, N.: "Violencia y desplazamiento forzado", en *Revista Foro*, núm. 34, Bogotá, junio, págs 36-40.
- SELTZER, S.: "Temporary Protected Status: A Good Foundation for Building", en *Georgetown Immigration Law Journal*, nº 6, 1992, págs. 773-801.
- SKRAN, C.: "Profiles of the First Two High Commissioners", en *JRS*, vol. 1, 1988, págs. 277-296.
- SUHRKE, A.: "Safeguard Human Rights", *International Conference on Population and Development*, Santa Cruz, UNHCR, Bolivia, 1993.
- THURER, D.: "El estado desestructurado y el derecho internacional", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 836, págs. 731-760, en [www.icrc.org](http://www.icrc.org).
- TRIMARCO, T.: "Situación de los Refugiados en la Región andina", Ponencia presentada en conmemoración del Día Mundial del Refugiado 2003, en: [www.serviciojesuitaarefugiados-vzla.org](http://www.serviciojesuitaarefugiados-vzla.org).
- TRIMARCO, T.: "Refugiados y Desplazados en América Latina y los mecanismos para su protección", *Seminario Interamericano sobre protección de la persona en situaciones de emergencia*, Santa Cruz de la Sierra, 28 al 30 de junio de 1995, San José, 1996, págs. 139-152.
- URIBE, M.: "El conflicto armado en Colombia: Una guerra sin reglas de juego", en *Violencia y regulación de conflictos en América Latina*, Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 2000, pág. 150-170.
- van HEUVEN GOEDHARD, G.J.: "The Problem of Refugees", en *RCADI*, vol. 82-I, 1953, pág. 465-371.
- van SELM, J.: "Transcending Boundaries: Temporary Protection and Burden-Sharing in Europe", en *IJRL*, vol. 7, núm. 3, 1995, págs. 459-480.
- van SELM, J. "Temporarily Protecting Displaced Persons or Offering the Possibility to Start a New life in the European Union", en *European Journal of Migration and Law*, vol. 3, 2001, págs. 23-35.
- VAUGHNS, K.: "Taming the Asylum Adjudication Process: An Agenda for the Twenty-First Century", *San Diego Legal Review*, vol. 30, núm.11, 1993.
- VEDSTED-HANSEN, J.: "Complementary or subsidiary protection? Offering an appropriate status without undermining refugee protection", Paper presented at the Seminar 'International Protection within one Single Asylum Procedure', 23-

24 April 2001, Norrköping, Sweden. New issues of refugee research, Working paper, en: *www.unhcr.org*.

VIRALLY, M: "Fuentes del Derecho internacional", en *Manual de Derecho internacional público*, México, 1968, pág. 175.

VERMEULEN, B.: "Persecution by Third Parties, University of Nijmegen, Centre for Migration Law, may 1998, en *www.ecre.org/research/nsagents.html*.

WEIS, P.: "Peace in Central America: Transition for the Uprooted", *World Refugee Survey*, 1993, pág.

WIERZBICKI, B.: "The notion of a refugee in international law progressive development or stabilization?", en *International Institute of Humanitarian law Yearbook*, 1988, págs. 69-78.

YASSEN, K.: "Reflexions sur la détermination du ius cogens", SOCIETE FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNACIONAL: *Colloque de Toulouse*, Pédone, 1974.

ZOLBERG, A.: "Internacional Factors in the Formation of Refugees Movements", en *International Migration Review*, vol. XX, núm. 2, New York, 1999, pág. 156

## RELACIÓN DOCUMENTAL

### I. Tratados internacionales

*Arreglo relativo a la concesión de certificados de identidad a los refugiados rusos, de 1922, SDN, Recueil de Tráites, vol. XIII, núm. 355.*

*Arreglo relativo al estatuto legal de los refugiados rusos y armenios, de 1924, SDN. Recueil de Traités, vol. LXXXIX, núm. 2005.*

*Arreglo relativo a la concesión de certificados de identidad a los refugiados rusos y armenios, que completa y modifica los Arreglos de 5 de julio de 1922 y de 31 de mayo de 1924, de 1926. SDN, Recueil de Tráites, vol. LXXXIX, núm. 2004.*

*Arreglo relativo a la extensión a otras categorías de ciertas medidas adoptadas en favor de los rusos y armenios, de 1928, SDN, Recueil de Tráites, vol. LXXXIX, núm. 2006.*

*Constitution of the Nansen International Office for Refugees, Official Journal, Annex 1263, February 1931.*

*Convención relativa al Estatuto Internacional de los Refugiados, de 28 de octubre de 1933. SDN, Recueil des Traités de la Société des Nations, vol. CLIX, núm. 3663.*

*Convención relativa al estatuto de los refugiados procedentes de Alemania, de 1938. SDN, Recueil des Traités de la Société des Nations, vol. CXCI, núm. 4461.*

*Protocolo adicional a la Convención de 1938 relativa al estatuto de los refugiados procedentes de Alemania, de 1939. SDN, Recueil de Traités, vol. CXCVIII, núm. 4634.*

*Acuerdo de Washington sobre la creación de la UNRRA, de 1943.*

*Constitución de la Organización Internacional para los Refugiados, de 1946, texto en Resolución AGNU 62 (2).*

*Convención sobre el estatuto del refugiado, de 1951, NU., Recueil des Traités, vol. CLXXXIX, núm. 2542.*

*Protocolo a la Convención sobre el Estatuto del Refugiado, de 1967, NU., Recueil des Traités, vol. DCVI, núm. 8791.*

*Convención de la Organización de la Unidad Africana, de 1969, NU., Recueil de Traités, vol. XLV, núm. 1001.*

*Estatuto del Tribunal penal internacional, Roma, 1998, texto en Doc. UN A/CONF.183/9.*



## **II. Instrumentos jurídicos nacionales.**

*Ley General de Población*, de 7 de enero de 1974, de México.

*Lei No 9474*, de 1974, de Brasil.

*Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967*, publicado en el BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978

*Decreto Supremo No. 19640*, de 4 de julio de 1983, de Bolivia.

*Refugee Act* de 16 de Agosto de 1991, de Belice.

*Decreto 3301 relativo al Reglamento para la aplicación en Ecuador de las normas contenidas en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de refugiado de 1951 y el Protocolo de 1967*, de 6 de mayo de 1992.

*Acuerdo gubernativo No. 383- 2001 Reglamento de protección y definición del Estatuto de refugiado en territorio del Estado de Guatemala*, de 14 de septiembre de 2001, de Guatemala.

*Ley Orgánica de Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas de la República Bolivariana de Venezuela*, *Gaceta Oficial No 37.296* de 3 de Octubre de 2001.

*Decreto No. 918 Ley para la determinación de la Condición de personas refugiadas*, de 22 de agosto 2002, del Salvador.

*Ley No 1938*, *Ley General sobre refugiados*, de 9 de julio de 2002, de Paraguay.

*Ley No. 27.891*, *Ley del Refugiado*, de 20 de diciembre de 2002, de Perú.

*Decreto No. 2491 que dicta el Reglamento de la Ley Orgánica de Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas*, *Gaceta Oficial No 37.740* de 28 de julio de 2003, de Venezuela.

*Real Decreto 1325/2003*, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, publicado en el BOE núm. 256 de 25 de octubre de 2003.

*Decreto No. 208-2003 Ley de Migración y Extranjería*, de 3 de marzo 2004, de Honduras.

### III. Documentos de Naciones Unidas

#### a) Informes del ACNUR

*Colloquium on the development in the law of refugees with particular reference to the 1951 Convention and the Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, Background paper submitted by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Palais des Nations, Geneva, Switzerland, 1965, MHCR/23/65; 67-1809 de 28 April 1965, Villa Serbelloni Bellagio, Italy from 21 - 28 April 1965.

AGA KHAN, S.: *Study on Massive Exodus and Human Rights*, UN Doc. E/CN.4/1503, 1981.

*Meeting of the Expert Group on Temporary Refuge in Situations of Large-Scale Influx*, Geneva, Apr. 21-24, 1981, EC/SCP/16/Add.1, July 17, 1981.

*Documento de discusión sobre la situación de los refugiados en América Latina: protección y soluciones bajo el enfoque pragmático de la Declaración de Cartagena sobre los refugiados de 1984.*

*Informe presentado a la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos, Ciudad de Guatemala, 29 al 31 de mayo de 1989, CIREFCA/89/10, abril de 1989.

*Consultivo Asiático-Africano en Bangkok*. Vid. UNHCR: Collection of International Instruments. Concerning Refugees, Geneva, 1990.

*Protection of persons of concern to UNHCR who fall outside the 1951 Convention: a Discussion paper*, Executive Committee of High Commissioner's Programme, Doc EC/1992/SCP/CRP.5, 2 April 1992.

*Comprehensive response to the Humanitarian Crisis in the former Yugoslavia*, Informal meeting on Temporary Protection, UNHCR: *Background Note*, Geneva, 21 January 1992.

*Statement of The United Nations High Commissioner for Refugees to the International Meeting on Humanitarian Aid for Victims of the Conflict in the Former Yugoslavia*, Geneva, July 29 1992.

*Background Note from the Informal meeting on Temporary Protection*, 21 de enero de 1993.

*Comprehensive response to the Humanitarian Crisis in the former Yugoslavia*, Informal meeting on Temporary Protection, UNHCR: *Background Note*, Geneva, 21 January 1993.

*Note on International Protection*, of 31 Aug. 1993, UNHCR Doc A/AC.96/815.

*Background Note from Informal Meeting of Governmental Experts on Temporary protection*, Geneva, 23 March 1994.

*Background Note from Informal Meeting of Governmental Experts on Temporary protection*, Geneva, 24 March 1994.

*Background Note from Informal Roundtable about Temporary Protection in the broader context of large-scale displacement as a result of armed conflict and massive human rights abuses*, Geneva, 30 June 1994.

*Note on International Protection*, of 7 Sep 1994, UNHCR Doc. A/ AC.96/830.

*Background Note from Informal Meeting of Governmental Experts on Temporary protection*, Geneva, 20 April 1995.

*Informe del Subcomité Plenario sobre Protección Internacional*, ACNUR Doc. A/AC.96/858, de 17 de octubre de 1995.

*Parámetros para la protección de los refugiados en las Américas*, Documento presentado por el ACNUR en la V Conferencia Regional sobre Migración, Proceso Puebla, San Salvador, 1996.

*Formas complementarias de protección: su naturaleza y relación con el régimen de protección internacional*, Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, EC/50/SC/CRP, 18 de 9 de junio de 2000.

*Protection of Refugees in Mass Influx Situations: Overall Protection Framework*, Global Consultations, UNHCR Doc. EC/GC/01/4, 19 Feb. 2001.

*La protección de los refugiados en situaciones de afluencia masiva: marco global para la protección*, Consultas Globales sobre Protección Internacional, ACNUR Doc. EC/GC/01/4, 19 de febrero de 2001.

*La Protección de las personas de interés del ACNUR que se encuentran al margen de la Convención de 1951*: Documento de discusión, Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, EC/1992/SCP/CRP.5 de 2 de abril de 2001.

*Informe de la Primera Reunión del Tercer Ámbito: La protección de los refugiados en situaciones de afluencia masiva (22 a 24 de mayo de 2001)*, EG/GC/01/8/Rev.1 de 28 de junio 2001.

*Resumen de Conclusiones sobre el principio de no devolución*, Consultas Globales sobre Protección Internacional, Mesa redonda de expertos en Cambridge (9-10

de julio de 2001), organizada por el ACNUR y el Centro Lauterpacht de Investigaciones sobre Derecho internacional.

*Formas complementarias de Protección*, Consultas Globales sobre Protección Internacional, ACNUR Doc EC/GC/01/18 septiembre de 2001.

*Informe de la Presidencia de la Mesa Redonda 2 respecto a la cooperación internacional para proteger los éxodos masivos (inter alia, afluencias, participación y responsabilidad de la carga, seguridad e instrumentos adicionales)*, Reunión Ministerial de Los Estados Partes de La Convención de 1951 sobre el Estatuto de Los Refugiados y/o su Protocolo de 1967, Consultas globales sobre Protección Internacional, de Diciembre 13, 2001.

*Declaration of States Parties to the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, Geneva 13 Dec. 2001, UNHCR Doc HCR/MMSP/2001/09, 16 Jan. 2002.*

*Programa de Protección*, Doc. A/AC.96/965/Add.I de 26 de junio de 2002.

*La protección internacional de solicitantes de asilo, refugiados, desplazados internos, apátridas y otras personas del interés del ACNUR en las Américas: La importancia de la Solidaridad internacional y la Responsabilidad Compartida*, Documento presentado por el ACNUR ante el Consejo Permanente de la OEA, 15 de mayo de 2004.

*Documento de discusión sobre la situación de los refugiados en América Latina: protección y soluciones bajo el enfoque pragmático de la Declaración de Cartagena sobre los refugiados de 1984*, agosto de 2004.

*Criterios para otorgar asistencia a solicitantes de asilo y refugiados de origen urbano*, Unidad de Programas, Caracas, 2005.

## **b) Conclusiones del ACNUR**

*Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa al principio de No Devolución*, Conclusión No. 6 (XXVIII), 28º período de secciones del Comité Ejecutivo, 1977.

*Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la Determinación de Refugiado* Conclusión 8, (XXVIII), 28º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1977

*Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a los Refugiados sin país de asilo*, Conclusión No. 15 (XXX), 30º período de secciones del Comité Ejecutivo, 1979.

*Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR sobre Refugio Provisional*, Conclusión No. 19 (XXXI), 31º período de secciones del Comité Ejecutivo, 1980.

*Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la Protección de las Personas que buscan asilo en situaciones de afluencia a gran escala, Conclusión 22, (XXXII), 32º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1981.*

*Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa a la Aplicación de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiado, Conclusión 57, (XL), 40º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1989.*

*Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR sobre la Protección Internacional de los Refugiados Aprobadas por el Comité Ejecutivo, Conclusión 65, (XLII), 42º período de sesiones del Comité Ejecutivo, 1991.*

### **c) Otros documentos**

*Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, de 1950, texto en la Resolución AGNU 428 (V), Anexo, de 14 de diciembre de 1950.*

*Declaración de Asilo Territorial, Res. AGNU 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967.*

*Report of the Ad Hoc Committee on Statelessness and related Problems, First Session, 17 February 1950, E/1618.*

*Adición al Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 24º período de sesiones, Nueva York, 1969.*

*Informe del Alto Comisionado para los Refugiados, Conclusión del 28º período de sesiones, Ginebra 1977.*

*Informe del Secretario General sobre la reunión sobre refugiados y desplazados en el sudeste asiático, Doc. núm. A/34/627, , Ginebra 20-21 de julio de 1979*

*Adición al Informe del Alto Comisionado para los Refugiados, Conclusiones del 30º período de sesiones, Nueva York, 1975.*

*Informe del Alto Comisionado para los Refugiados, Conclusión del 31º período de sesiones, Ginebra 1980, en Documentos Oficiales de la Asamblea General, 1976.*

*Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado, ACNUR, Ginebra, 1992.*

*Adición al Informe del Alto Comisionado para los Refugiados, Conclusiones del 44º período de sesiones, Nueva York, 1993.*

*Informe del Alto Comisionado para los Refugiados, Conclusión del 45º período de sesiones, Ginebra, 1994.*

*General Comment 20 Article 7*, Human Rights Committee, (Forty-fourth session, 1992), *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 al 30 (1994).

*Adición al Informe del Alto Comisionado para los Refugiados*, Conclusión del 46º período de sesiones, Ginebra 1995.

*Dictamen del Comité contra la Tortura, Caso Tapia Páez v. Suecia*, comunicación No 39/1996: Sweden 28/04/97, CAT/C18/D/39/1996.

*Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre Derechos humanos y éxodos en masa.*, Doc. NU E/CN.4/1977/42, de 14 de enero de 1997.

*Comunicación del Comité contra la tortura* No. 110/1998 (Núñez Chipana vs. Venezuela), 10 de Noviembre de Ginebra, 1998, Doc. CAT/C/21/D/110/1998, párr. 7.

*Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura*, CAT/C/VEN, Ginebra, 5 de mayo de 1999.

*Grupos e Individuos Específicos: Éxodos en Masa y Personas Desplazadas*, NU Doc E/CN. 4/2000/83/Add.1 11 de enero de 2000.

*Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, Doc. A/CN. 4/L.600, de 23 de abril a 1 de junio y de 2 de julio a 10 agosto 2001.

*Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, NU Doc E/CN.4/2001/15, 20 de mayo de 2001.

*Refugee Protection: A Guide to International Refugee Law*, UNHCR, Geneva, 2001.

*Refugee Operations and Environmental Management: Selected Lessons Learned*, UNHCR, Geneva, 2001.

*Guiding Principles on Internal Displacement*, UN Doc E/ CN.4/1998/53/Add.2.

*Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, NU Doc E/CN.4/2002/15, 28 de febrero de 2002.

#### **IV. Otros instrumentos relevantes**

*Resolution on the Adoption of a Draft Convention on the Status of Refugees in Africa*, Council of Ministers Seventh Ordinary Session, Addis Ababa, en CM/Res.88 (VII), 31 de octubre a 4 de noviembre de 1966.

*Resolution on the Problem of Refugees in Africa*, Council of Ministers, Ninth Ordinary Session, Kinshasa, Congo, en CM/Res. 104 (IX), de 4 a 10 Septiembre 1967.

*Resolution on Africa Refugee Day*, Council of Ministers, Addis Ababa, en CM/Res. 398 (XXIV), 10 septiembre de 1969.

*La situación de los refugiados políticos en América: Informe preparado por la Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en *La Organización de los Estados Americanos y los Derechos Humanos: Actividades de la Comisión Americana de Derechos Humanos 1960-1967*, OEA/Ser.L/V/II.11, Doc. 7, Washington, USA, 1972.

*Los refugiados y el sistema interamericano*, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1981-82*, OEA/Ser.L/V/II/57, Doc. 6 rev. 1, Washington, USA, 20 septiembre 1982.

*Estudio Comparativo entre los Instrumentos Internacionales de las Naciones Unidas y los del Sistema Interamericano Aplicables al Régimen de Asilados, Refugiados y Personas Desplazadas*, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General de la OEA, Washington, 19 de abril de 1984.

*Conclusiones del Comité Jurídico Interamericano*, Documentos Oficiales, Vol. IX, 1989, San José.

*Tunis Declaration on the 1969 OUA Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa*, Thirtieth Ordinary Session of the OUA Assembly of Heads of State and Government, 13 to 15 June 1994, Tunis, Tunisia.

*Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de los años 1981-1982*.

*Resolución de la Asamblea General de la OEA No. 1336 (XXV-O/95)*, adoptada en la novena sesión plenaria, del 9 de junio de 1995.

*Posición Común 96/196/JAI, de 4 de marzo de 1996, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término “refugiado” conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de refugiado*.

Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.

Council Of Europe, *Recommendation N° R (2000) of the Committee of Ministers to member status on temporary protection, adopted by the Committee of Ministers on 3 May 2000 at the 708<sup>th</sup> meeting of the Ministers’ Deputies*.

*Informe Anual 2001*, Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington.

*Declaración de Sevilla sobre Refugiados y solidaridad internacional, Jornadas sobre Refugiados y solidaridad internacional, Sevilla, 2002.*

*Declaración sobre Seguridad en Las Américas, OEA/Ser.K/XXXVIII CES/dec.1/03rev.1, Tercera sesión plenaria, Ciudad de México, 28 de octubre de 2003.*

*Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el Terrorismo y los Derechos Humanos, Washington, diciembre de 2003.*

*La protección de los solicitantes de la condición de refugiado, los refugiados, repatriados y apátridas en las Américas, Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2047 (XXXIV-O/04), de 8 de junio de 2004.*

*Directiva 2004/83/CE DEL CONSEJO de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.*

*Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.*

## **V. Jurisprudencia Internacional**

### **a) Tribunal Internacional de Justicia**

Asunto relativo al derecho de asilo, fallo de 20 de noviembre de 1950, *TIJ Reports*, 1950, pág. 266-389.

Asuntos sobre la Plataforma Continental del Mar del Norte, fallo 20 de febrero de 1969, *TIJ Reports*, 1969, págs. 3-257.

Asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, 5 febrero de 1970, *TIJ Reports*, 1970, págs. 72-77.

### **b) Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Caso Kirkwood (1984), 37 *EHRR* 158.

Caso Soering (1989), 98 *ILR* 270.

Caso Cruz Vargas y otros (1991), 108 *ILR* 283.

Caso Vilvarajah y otros (1991) 108 *ILR* 321.

Caso Chahal (1997), 108 *ILR* 385.



Caso Ahmed (1997), 24 *EHRR* 278.

**c) Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Opinión Consultiva sobre *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículos 74 y 75), Serie A: Fallos y Opiniones, núm. 2, 24 de septiembre de 1982, OC 2/82.

Opinión consultiva solicitada por el gobierno de Costa Rica sobre *La colegiación obligatoria de los periodistas* (artículo 13 y 29) Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A: Fallos y Opiniones, núm.5, 13 de noviembre de 1985, OC 5/85.

Caso Velásquez Rodríguez (1987), Serie C: Resoluciones y Sentencias, núm. 1, Excepciones Preliminares.

Caso Cayara (1993), Serie C: Resoluciones y Sentencias, núm. 14, Excepciones Preliminares.

## DIRECTORIO DE PAGINAS WEBS

### I. Organizaciones Internacionales.

#### Naciones Unidas

[www.un.org](http://www.un.org).

#### Organización de Estados Americanos

[www.oas.org](http://www.oas.org).

#### Comisión Interamericana de Derechos Humanos

[www.cich.org](http://www.cich.org).

#### Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados

[www.acnur.org](http://www.acnur.org).

[www.unhcr.ch](http://www.unhcr.ch).

### II. Otras Paginas Webs Relacionadas con los Temas Analizados.

#### Autodefensa Unidas de Colombia

[www.colombialibre.org](http://www.colombialibre.org).

#### Consejo de Europa

[www.coe.int/](http://www.coe.int/).

#### Grupo Nizkor: Derechos Humanos

[www.derechos.org](http://www.derechos.org).

#### Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia

[www.farc-ep.org](http://www.farc-ep.org).

#### Proceso de Paz en Colombia

[www.procesodepaz.com](http://www.procesodepaz.com).

#### Diario El Nacional

[www.el-nacional.com](http://www.el-nacional.com).

#### Periódico El Tiempo

<http://eltiempo.terra.com.co/>.

#### Revista Analítica

[www.analitica.com](http://www.analitica.com).

#### Noticiero El Telegrama

[www.eltelegrama.com](http://www.eltelegrama.com).

#### Gobierno de Australia

[www.immi.gov.au/legislation/refugee/tpv\\_faq.pdf](http://www.immi.gov.au/legislation/refugee/tpv_faq.pdf).



## ANEXOS

### I. LEY ORGÁNICA SOBRE REFUGIADOS O REFUGIADAS Y ASILADOS O ASILADAS (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.296 de fecha 03 de octubre de 2001).

#### TÍTULO I

##### DISPOSICIONES GENERALES

**Artículo 1. *Objeto.*** La presente Ley tiene por objeto regular la materia sobre Refugio y Asilo, de acuerdo a los términos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en los instrumentos internacionales sobre refugio, asilo y derechos humanos ratificados por la República, así como determinar el procedimiento a seguir por los órganos y funcionarios de los Poderes Públicos Nacionales encargados de su cumplimiento.

**Artículo 2. *Principios fundamentales.*** La República Bolivariana de Venezuela reconoce y garantiza el derecho de asilo y refugio de conformidad con los siguientes principios:

1. Toda persona puede solicitar refugio en la República Bolivariana de Venezuela, debido a fundados temores de ser perseguido por los motivos y condiciones establecidos en el Protocolo de 1961 sobre el Establecimiento de los Refugiados.
2. Toda persona puede solicitar asilo en la República Bolivariana de Venezuela, así como en sus misiones diplomáticas, navíos de guerra y aeronaves militares en el exterior, cuando sea perseguida por motivos o delitos políticos en las condiciones establecidas en esta Ley.
3. Ninguna persona solicitante de refugio o de asilo será rechazada o sujeta a medida alguna que la obligue a retornar al territorio donde su vida, integridad física o su libertad esté en riesgo a causa de los motivos mencionados en esta Ley.
4. Ninguna autoridad podrá imponer sanción alguna, por causa del ingreso o permanencia irregular en el territorio de la República de personas que soliciten la condición de refugiado - refugiada o asilado - asilada, según los términos establecidos en esta Ley.
5. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, opiniones políticas, condición social, el país de origen o aquellas que en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en situaciones de igualdad, de la condición de refugiado - refugiada o asilado - asilada de toda persona que así lo solicite.
6. Se garantizará la unidad de la familia del refugiado o de la refugiada, del asilado o de la asilada, y de manera especial la protección de los niños refugiados o de las niñas refugiadas y adolescentes no acompañados o separados del núcleo familiar, en los términos establecidos en esta Ley.

**Artículo 3. *Principios Procedimentales.*** Todos los procedimientos establecidos en esta Ley, para la determinación de la condición de refugiado o refugiada y asilado a asilada, estarán sujetos a los principios de accesibilidad, oralidad, celeridad y gratuidad.

**Artículo 4. *Interpretación de esta Ley.*** Los preceptos de esta Ley deberán ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la Convención de Caracas sobre Asilo Territorial de 1954, la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954, y las demás disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales en esta materia sobre derechos humanos ratificados por la República.

En caso de duda en la interpretación y aplicación da alguna norma, se aplicará la más favorable al goce o ejercicio de los derechos del (de la) solicitante da refugio o asilo o del refugiado - refugiada o asilado - asilada.

## TÍTULO II DEL DERECHO AL REFUGIO

### Capítulo I De la Condición de Refugiado o Refugiada

**Artículo 4. *Condición de refugiado o refugiada.*** El Estado venezolano considerará como refugiado o refugiada a toda persona a quien la autoridad competente le reconozca tal condición, en virtud de haber ingresado al territorio nacional debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política, y se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad, no pueda o no quiera regresar al país donde antes tuviera su residencia habitual.

**Artículo 6. *No sanción.*** Ninguna persona comprendida en los supuestos del artículo anterior será objeto de sanción por haber ingresado y permanecido ilegalmente en el territorio nacional, siempre y cuando se presente sin demora ante las autoridades nacionales, una vez ingresada y alegue causa justificada.

**Artículo 7. *No devolución.*** Toda persona que solicite la condición de refugiada o refugiada no podrá ser rechazada o sujeta a medida alguna que le obligue a retornar al territorio donde su vida, integridad física o su libertad personal esté en riesgo a causa de las razones mencionadas en el artículo 5.

Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición la persona que sea considerada por razones fundadas, como un peligro para la seguridad de la República o que habiendo sido objeto de una sentencia definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad del país.

**Artículo 8. *Unidad familiar.*** En lo que se refiere a la protección de la unidad familiar del refugiado o refugiada, quedan amparados, cuando sea requerido, sus progenitores, su cónyuge o la persona con quien mantiene una unión estable de hecho y sus hijos menores de edad. La situación de otros familiares será vaL.O.R.R.A.A.da individualmente.

**Artículo 9. *Excepciones al reconocimiento de la condición de refugiado o refugiada.*** La condición de refugiado o refugiada no será reconocida a las personas comprendidas en los supuestos siguientes:

1. Que hayan cometido delitos contra la paz, crímenes de guerra o contra la humanidad, definidos en los instrumentos internacionales.
2. Que estén incurso en los delitos comunes cometidos fuera del país de refugio y sean incompatibles con la condición de refugiado o refugiada.
3. Que sean culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de la Organización de las Naciones Unidas.

**Artículo 10. *De la cesación de la condición de refugiado o refugiada.*** La condición de refugiado o refugiada cesará en los casos siguientes:

- a. Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad;

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

**Artículo 11. *De la pérdida de la condición de refugiado o refugiada.*** La renuncia voluntaria, la falsedad de los fundamentos alegados o la existencia de hechos que, si hubieran sido conocidos al momento de reconocimiento, darían como resultado una decisión negativa, serán causales de la pérdida de la condición de refugiado o refugiada.

Las declaraciones inexactas no constituyen suficiente motivo para negar la condición de refugiado o refugiada., y le corresponde a la Comisión Nacional para los Refugiados evaluar las circunstancias del caso.

## Capítulo II

### De la Comisión Nacional para los Refugiados

**Artículo 12.** Se crea la Comisión Nacional para los Refugiados, la cual estará integrada por un (a) (1) representante del Ministerio de Relaciones Exteriores, quien la presidirá, un (a) (1) representante del Ministerio del Interior y Justicia, un (1) (a) representante del Ministerio de la Defensa, quienes tendrán derecho a voz y voto, y contarán con la presencia de un (a) (1) representante del Ministerio Público, un (a) (1) representante de la Defensoría del Pueblo, y un (a) (1) representante de la Asamblea Nacional, propuesto por la Comisión Permanente de Política Exterior de esta corporación parlamentaria, quienes sólo tendrán derecho a voz.

A las sesiones de la Comisión podrá asistir, en calidad de observador, un (a) (1) representante de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, con voz y sin voto. Asimismo, la Comisión podrá invitar también a sus sesiones a otros delegados de instituciones gubernamentales o no gubernamentales, con voz y sin voto.

**Artículo 13.** La Comisión Nacional para los Refugiados se reunirá una vez al mes y extraordinariamente cuantas veces sea necesario para el cumplimiento de sus objetivos, previa convocatoria de su Presidente en la sede del Ministerio de Relaciones Exteriores, y tendrá las siguientes funciones:

1. Orientar y coordinar las acciones necesarias para brindar protección, asistencia y apoyo jurídico a las personas solicitantes de refugio y a los refugiados y refugiadas.
2. Conoce y decidir sobre los casos de determinación de la condición de refugiado (a), de la cesación y de la pérdida de esta condición, así como resolver sobre las medidas de expulsión de refugiados (as), de conformidad con los procedimientos y criterios establecidos en la presente Ley y su Reglamento y en los Instrumentos Internacionales vigentes sobre la materia.
3. Redactar su reglamento interno.

### Capítulo III

#### **Del Procedimiento para la Determinación de la Condición de Refugiado o Refugiada**

**Artículo 14.** Toda solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado o refugiada deberá ser presentada por el (la) interesado (a), o por medio de un tercero ante las autoridades gubernamentales civiles o militares, o ante la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la cual será transmitida a la Comisión Nacional para los Refugiados. La solicitud podrá ser efectuada verbalmente y luego se ratificará por escrito ante la Comisión.

El (la) solicitante deberá recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse.

Los funcionarios a los cuales un (una) solicitante recurra deberán actuar de conformidad con el principio de no devolución y remitir inmediatamente las solicitudes a la Comisión para determinar el reconocimiento de la condición de refugiado o refugiada.

La Comisión suministrará al (a la) solicitante un traductor en caso necesario. Asimismo, por solicitud del (de la) solicitante, permitirá que en sus actuaciones lo asesore un representante de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados o de las organizaciones de derechos humanos.

**Artículo 15.** La Comisión Nacional para los Refugiados procederá a verificar la información suministrada por el (la) solicitante, garantizando la confidencialidad de la misma.

**Artículo 16.** La Comisión Nacional para los Refugiados, al momento de recibir la solicitud, expedirá al (a la) solicitante un documento provisional a fin de garantizar su permanencia temporal en el territorio nacional hasta tanto se decida sobre el reconocimiento de la condición de refugiado o refugiada.

**Artículo 17.** La Comisión Nacional para los Refugiados, en el lapso de noventa (90) días continuos, resolverá sobre la solicitud. Si la misma resulta negada, deberá motivarla, notificar por escrito al (a la) solicitante e informar a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

**Artículo 18.** Si la solicitud es aprobada, la Comisión notificará al Ministerio del Interior y Justicia a fin de la expedición del documento de identidad correspondiente.

**Artículo 19.** El documento de identidad otorgado a las personas que se encuentren en el país bajo la condición de refugiado (a) bajo los términos de esta Ley, será válido no sólo para la permanencia legal sino para el ejercicio de cualquier actividad lucrativa. Cuando se trate de niños (as) y adolescentes, el documento será válido para cursar estudios en institutos educativos.

**Artículo 20.** La persona cuya solicitud le fuere negada por la Comisión, podrá recurrir ante ésta, para su reconsideración dentro de un término de quince (15) días hábiles posteriores a la notificación. La Comisión deberá decidir en el lapso de noventa (90) días continuos.

**Artículo 21.** En caso de haber recurrido, el (la) solicitante podrá permanecer en el territorio nacional, al igual que su grupo familiar a los que se refiere el artículo 8 de la presente Ley, hasta que se adopte una decisión final.

Agotado el recurso de reconsideración a que se refiere esta Ley, la persona podrá acudir a la jurisdicción contencioso administrativa. Ejercida la vía jurisdiccional, quedará sujeta las disposiciones de la Ley respectiva y su reglamento.

#### Capítulo IV

##### De los Derechos y Obligaciones de los Refugiados o Refugiadas

**Artículo 22.** Los refugiados o refugiadas gozarán en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela de los mismos derechos de los extranjeros, con las limitaciones establecidas en la Constitución y demás leyes de la República.

**Artículo 23.** El refugiado o refugiada tendrá derecho a acudir a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados o a cualquier otro organismo, público o privado, nacional o internacional, para solicitar asistencia.

**Artículo 24.** Los refugiados o refugiadas admitidos (as) en la República Bolivariana de Venezuela deberán respetar la Constitución y las leyes de la República y no intervenir en asuntos políticos o de otra índole que comprometan la seguridad nacional o los intereses internos y /o externos de Venezuela.

**Artículo 25.** Las personas con la condición de refugiado o refugiada notificarán a la Comisión todo cambio de domicilio dentro del territorio nacional.

**Artículo 26.** A las personas reconocidas como refugiadas en la República Bolivariana de Venezuela, se les brindarán todas las facilidades para tramitar su naturalización.

#### Capítulo V

##### De la Expulsión

**Artículo 27.** Los refugiados o refugiadas sólo podrán ser expulsados del territorio nacional cuando incurran en hechos que alteren el orden público o afecten la seguridad nacional.

El acto mediante el cual dicte una medida deberá ser motivado y notificado al refugiado o refugiada, a fin de ejercer éste (a) los recursos previstos en la Ley.

**Artículo 28.** La Comisión Nacional para los Refugiados informará a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados la decisión de expulsar a un refugiado o una refugiada y se le concederá a éste (a) un plazo de sesenta (60) días dentro del cual pueda gestionar su admisión regular en otro país. El Estado venezolano se reserva el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interno que considere necesarias.

#### Capítulo VI

##### De la Repatriación Voluntaria

**Artículo 29.** La repatriación voluntaria es un derecho fundamental de los refugiados o refugiadas. La misma deberá realizarse en condiciones de seguridad y dignidad.

**Artículo 30.** Al refugiado o refugiada que manifieste ante la Comisión su voluntad de ser repatriado (a), la autoridad competente deberá expedirle el documento de viaje necesario para su repatriación, si no pudiese obtenerlo de la Misión Diplomática o Consular del país de su nacionalidad.

**Artículo 31.** Quien fuere repatriado (a) voluntariamente, podrá solicitar nuevamente la condición de refugiado o refugiada si se dieran causas sobrevenidas de persecución con motivo del regreso a su país de nacionalidad o procedencia, observando el procedimiento previsto en esta Ley.



## Capítulo VII

### De las Afluencias Masivas

**Artículo 32. Definición.** A los efectos de esta Ley, se entenderá por afluencia masiva la llegada al territorio nacional de grupos de personas necesitadas de protección que huyen de un mismo país, dificultándose la determinación momentánea de las causas que motivaron su movilización. El Estado atenderá a estas personas en base a los siguientes supuestos:

1. Personas que utilizan el territorio nacional como tránsito para ingresar de nuevo al territorio de procedencia.
2. Personas que desean permanecer temporalmente en el territorio venezolano y no desean solicitar refugio.
3. Personas que desean solicitar refugio en Venezuela.

**Artículo 33.** En situaciones de afluencia masiva, el Estado garantizará la admisión al territorio nacional y, en colaboración con los organismos internacionales, la asistencia humanitaria para satisfacer sus necesidades básicas, sin que en ningún caso alguna de estas personas sea devuelta.

**Artículo 34.** En los supuestos del ingreso de estas personas por la sola intención del tránsito o la permanencia temporal en el territorio nacional, la Comisión Nacional para los Refugiados coordinará con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y notificará al Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo a fin de levantar un acta en la cual se deje constancia de la decisión voluntaria de estas personas de temporalmente para luego abandonar el territorio venezolano.

**Artículo 35.** El Estado venezolano efectuará las coordinaciones necesarias con las autoridades de los países de origen de las personas comprendidas en los supuestos 1 y 2 del Artículo 32 de esta Ley, a fin de atenderles y asistirlas.

**Artículo 36.** Las personas a las que se refiere este Capítulo que deseen solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado o refugiada deberá. cumplir el procedimiento previsto en esta Ley.

**Artículo 37.** La Fuerza Armada Nacional acantonada en la frontera, en los casos de afluencias masivas, prestará toda la colaboración a la Comisión Nacional para los Refugiados, al Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo en cuanto a la ayuda humanitaria a estas personas durante su permanencia en el territorio nacional.

## TÍTULO III

### DEL DERECHO AL ASILO

**Artículo 38. Condición de Asilado (a).** Será reconocido como asilado o asilada todo extranjero (a) al (a la) cual el Estado otorgue tal condición por considerar que es perseguido (a) por sus creencias, opiniones o afiliación política, por actos que puedan ser considerados como delitos políticos, o por delitos comunes cometidos con fines políticos.

**Artículo 39.** El Estado venezolano, en ejercicio de su soberanía y de conformidad con los tratados, convenios y acuerdos internacionales ratificados por la República, podrá otorgar asilo dentro de su territorio a la persona perseguida por motivos o delitos políticos señalados en el artículo 38, una vez calificada la naturaleza los mimos.

**Artículo 40.** También podrá otorgarse asilo a la persona que lo solicite ante misiones diplomáticas, navíos de guerra o aeronaves militares venezolanas, de conformidad con los tratados y convenios internacionales sobre la materia de los cuales Venezuela forma parte.

**Artículo 41.** No podrá otorgarse asilo a ninguna persona que se encuentre inculpada, procesada o condenada ante tribunales ordinarios competentes por delitos comunes, o que haya cometido delitos contra la paz, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad definidos en los instrumentos internacionales.

**Artículo 12.** Corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores, previa opinión de las autoridades nacionales competentes, la decisión sobre el otorgamiento del asilo.

**Artículo 43.** Otorgado el asilo, el Ministerio de Relaciones Exteriores notificará al Ministerio del Interior y Justicia a fin de la expedición del documento de identidad correspondiente.

**Artículo 41.** Los (as) asilados (as) admitidos en el territorio nacional deberán respetar la Constitución y las leyes de la República, y no intervendrán en asuntos políticos o de otra índole que comprometan la seguridad nacional o los intereses del Estado venezolano.

#### TÍTULO IV DISPOSICIÓN TRANSITORIA

**Artículo 45.** Todas aquellas solicitudes de refugio no resueltas a la fecha de la entrada en vigencia de esta Ley, serán decididas por la Comisión Nacional para los Refugiados.

#### TÍTULO V DISPOSICION FINAL

**Artículo 48.** La presente Ley entrará en vigencia en la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial.

Dada, firmada y sellada en el Palacio Federal Legislativo, sede de la Asamblea Nacional, en Caracas a los trece días del mes de septiembre de dos mil uno. Año 191° de la Independencia y 142° de la Federación.

## **II. REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA SOBRE REFUGIADOS O REFUGIADAS Y ASILADOS O ASILADAS** (Presidencia de la República Decreto N° 2.491)

### **CAPÍTULO I DE LA CONDICION DE REFUGIADO (A)**

**Artículo 1°.** Con sujeción al presente Reglamento, será reconocida como refugiado en la República Boliviana de Venezuela, toda persona a quien la Comisión Nacional para los Refugiados reconozca tal condición, en virtud de haber ingresado en el territorio nacional debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política y, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad, no pueda o no quiera regresar al país donde antes tuviera su residencia habitual.

**Artículo 2°.** A toda persona que invoque la protección del Estado venezolano por las razones mencionadas en el artículo anterior, se le permitirá la entrada al territorio nacional y se le autorizará para permanecer en él, hasta tanto su solicitud sea decidida, incluido el período de reconsideración. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición, la persona que sea considerada, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad de la República o que habiendo sido objeto de una sentencia definitiva por un delito grave, constituya una amenaza para la comunidad del país.

**Artículo 3°.** Los integrantes de la Comisión Nacional para los refugiados, serán designados por las máximas autoridades de los órganos o entes que representen.

**Artículo 4°.** Los funcionarios ante quienes recurra un (a) solicitante, deberán actuar de conformidad con el principio de la no devolución. Al recibir la solicitud de refugio, levantarán un acta preliminar de recibo, asentando todas las observaciones que se consideren necesarias sobre la solicitud. El acta preliminar de recibo y solicitud se remitirán inmediatamente a la Comisión Nacional para los refugiados, para determinar el reconocimiento de la condición de refugiado o refugiada. Asimismo, el acta preliminar de recibo deberá contener los datos siguientes:

1. Organismo que recibió la solicitud de refugio.
2. Identificación y cargo del funcionario que levantó al acto.
3. Hechos, razones y pedimientos que expone el solicitante de refugio.
4. Referencia a los anexos que acompañan la solicitud.
5. Lugar en donde se encuentran las solicitudes de refugio.
6. Todas aquellas observaciones que se consideren pertinentes al caso.

**Artículo 5°.** En la solicitud, el (la) interesado (a) realizará una exposición detallada de motivos y circunstancias en la que fundamenta su solicitud. La cual deberá contener, al menos, la información siguiente:

1. Identificación del (de la) solicitante, fecha de nacimiento, nacionalidad, profesión u oficio, estado civil y pasaporte si tuviere.
2. Nombre completo de su (s) dependiente (s) o acompañante (s), fecha de nacimiento, nacionalidad, vínculo que le une con el (la) solicitante.
3. Motivo por el cual solicita la condición de refugiado (a).
4. Fotografía de frente.
5. Lugar de procedencia.
6. Dirección en la cual se notificará la decisión emitida por la Comisión Nacional para los refugiados sobre la aprobación o no de la solicitud de refugio.

7. Firma e impresiones dactilares del (de la ) solicitante.
8. Referencia a los anexos que acompañan a la solicitud, si fuere el caso.

**Artículo 6°.** Ninguna información podrá ser divulgada, sin el previo consentimiento del (de la) solicitante de refugio, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Orgánica sobre refugiados o refugiadas y asilados o asiladas.

**Artículo 7°.** Una vez realizada y verificada la información, la Comisión Nacional para los refugiados procederá a realizar la formación de un expediente el cual deberá contener:

1. Original de la solicitud de refugio y los respectivos anexos.
2. Acta preliminar de recibo elaborada por el funcionario que atendió la solicitud de refugio.
3. Cualquier otro tipo de documento que se solicite en este reglamento.

**Artículo 8°.** Se anexarán al expediente del solicitante los documentos relativos a su cónyuge, hijos solteros menores de dieciocho (18) años de edad y demás dependientes. El solicitante deberá acompañar las pruebas documentales de la relación familiar, si existieren. De no poseerlas, será suficiente la declaración de tal situación.

**Artículo 9°.** El documento de permanencia temporal en el territorio nacional tendrá una duración de noventa días (90) continuos contados a partir de la fecha de solicitud, los cuales podrán ser prorrogados por períodos iguales. Dicho lapso permitirá a la Comisión Nacional para los refugiados decidir sobre el reconocimiento de la condición de refugiados (a).

**Artículo 10°.** Durante el proceso de evaluación, la Comisión Nacional para los refugiados podrá requerir al (la) solicitante cualquier tipo de información o documentación que se considere necesaria. Igualmente, podrá solicitar que se le realice una entrevista final a través de un (a) Fiscal del Ministerio Público, a los fines de ponderar la solicitud. Así mismo, durante ese tiempo, el (la) solicitante podrá, aportar cualquier documentación que facilite los trámites de su solicitud.

**Artículo 11°.** El (la) Fiscal del Ministerio Público, correspondiente a la jurisdicción en la que se encuentre (n) el (los) solicitantes (s) de refugio, estará encargado (a) de realizar la entrevista final, de la cual deberá levantar un acta que contenga al menos, la información requerida para la elaboración del acta preliminar de recibo, que será firmada por el (la) funcionario (a) actuante y de carácter confidencial.

**Artículo 12°.** La Comisión Nacional para los refugiados deberá presentar una solicitud de refugio, dentro del lapso establecido en el artículo 17 de la Ley Orgánica sobre refugiados o refugiadas y asilados o asiladas. Si la solicitud resultare denegada, ésta deberá ser debidamente motivada por la Comisión, la cual notificará por escrito al solicitante, así como a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). La Comisión Nacional para los Refugiados sesionará validamente, en las reuniones ordinarias y extraordinarias, con la asistencia de los representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, Interior y Justicia y de la Defensa, todos ellos con derecho a voz y voto, de conformidad con el artículo 12 de la Ley.

**Artículo 13.** Si la solicitud es aprobada, el Ministerio del Interior y Justicia otorgarán visa de transeúnte a la (s) persona (s) a quien (es) se le (s) ha reconocido la condición de refugiada (s) y expedirá la (s) correspondiente (s) cédula (s). Este documento permitirá a su titular ejercer los derechos previstos en el artículo 19 de la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas.

#### CAPÍTULO IV DEL RECURSO DE RECONSIDERACION

**Artículo 14.** La Comisión Nacional para los Refugiados, al ser notificada de que el (la) interesado (a) acudió a la vía jurisdiccional contencioso administrativa, extenderá la vigencia del documento provisional de permanencia temporal por el lapso de noventa (90) días, pudiendo prorrogarlo por períodos iguales, hasta tanto el Tribunal Supremo de Justicia decida sobre la solicitud.

**Artículo 15.** Toda persona cuya solicitud le hubiere sido denegada en el recurso de reconsideración y que no acuda a la vía contenciosa administrativa o que haya sido igualmente denegada en esa instancia, quedará sujeta a las disposiciones de la Ley de Extranjeros y su Reglamento.

**Artículo 16.** Una vez verificada cualquiera de las situaciones previstas en el artículo anterior, la Comisión Nacional para los Refugiados solicitará, si fuere el caso, la ubicación de esa (s) persona (s) en un lugar del territorio nacional, en el que pueda (n) permanecer, sin violar las disposiciones que regulen la materia en la legislación venezolana o en los acuerdos internacionales.

#### CAPÍTULO V DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS REFUGIADOS Y REFUGIADAS

**Artículo 17.** Quien ostente la condición de refugiado (a) deberá notificar por escrito (a) la Comisión Nacional para los Refugiados, todo traslado o cambio de domicilio o residencia que realice dentro de territorio nacional. La persona que ostente la condición de refugiado (a), no podrá ausentarse del territorio nacional sin la debida autorización por escrito, emitida por la Comisión Nacional para los Refugiados, la cual llevará un registro actualizado de cada autorización otorgada.

**Artículo 18.** Toda persona que haya permanecido en el país con la condición de refugiado(a) podrá solicitar la nacionalidad venezolana por naturalización en los términos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes que rigen la materia.

#### CAPÍTULO VI DE LA EXPULSION

**Artículo 19.** La expulsión del territorio nacional de un (a) refugiado (a) sólo podrá ser ordenada por la Comisión Nacional para los Refugiados.

#### CAPÍTULO VII DE LA REPATRIACION VOLUNTARIA

**Artículo 20.** La Comisión Nacional para los refugiados, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, solicitará a la Misión Diplomática o Consular del país del cual sea (n) nacional (es) el (los) refugiado (s) o refugiada (s), acreditada ante el Gobierno Nacional, la expedición del respectivo documento de viaje necesario para su repatriación voluntaria. Si resultare infructuosa la gestión, la Comisión Nacional para los Refugiados solicitará ante la autoridad nacional competente, la expedición del documento de viaje necesario para la repatriación.

## CAPÍTULO VIII DE LAS AFLUENCIAS MASIVAS

**Artículo 21.** En caso del ingreso de grupos de personas pertenecientes a un mismo país necesitadas de protección temporal, las mismas gozarán de dicha protección mientras subsistan las causas que motivaron su movilización.

**Artículo 22.** El tiempo de permanencia de las personas comprendidas en el artículo anterior, será de noventa (90) días continuos y, podrá ser prorrogado por la Comisión Nacional para los Refugiados, una sola vez, y por un período igual, previa evaluación de las condiciones imperantes en el lugar de procedencia de dichas personas.

**Artículo 23.** Los grupos que gozan de protección temporal, deberán ser identificados con ese carácter por las autoridades competentes, previa elaboración del respectivo expediente, el cual deberá contener las causas que motivaron su movilización, el registro de personas y todos aquellos datos que surjan de las investigaciones.

## CAPÍTULO IX DE LA CESACION O PERDIDA DE LA CONDICION DE REFUGIADO O REFUGIADA

**Artículo 24.** Corresponde a la Comisión Nacional para los Refugiados declarar, mediante acto motivado, la cesación o pérdida de la condición de refugio o refugiada, fundamentado en las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas. Una vez hecha la declaración, la Comisión Nacional para los Refugiados deberá notificar a la (s) persona (s) objeto de esta medida, con la respectiva motivación que originó la declaración. En estos casos, la (s) persona (s) queda (n) sujeta (s) a las disposiciones de la Ley de Extranjeros y su Reglamento, sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos por la República, que fueran aplicables.

## CAPÍTULO X DE LA INTERPRETACION DEL PRESENTE REGLAMENTO

**Artículo 25.** Los preceptos del presente Reglamento deberán ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la Convención de Caracas sobre Asilo Territorial de 1954 y las demás disposiciones de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, debidamente suscritos y ratificados por el Gobierno de la República de Venezuela.

## CAPÍTULO XI DISPOSICIONES FINALES


**Artículo 26.** La Comisión Nacional para los Refugiados informará a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y a la Secretaría General de Naciones Unidas sobre el presente Reglamento, en virtud de lo establecido en los artículos II, numeral 2, literal c) y III del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados.

**Artículo 27.** El presente Reglamento entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Dado en Caracas, a los cuatro días del mes de julio de dos mil tres.

Años 193° de la Independencia y 144° de la Federación.

### III. CONSTANCIA DE SOLICITANTE DE REFUGIO

| CONSTANCIA<br>SOLICITANTE DE REFUGIO  |  | <br><b>ACNUR</b> |                           |                                |                               |                                   |                                      |  |                                    |  |                                   |
|---|--|---|---------------------------|--------------------------------|-------------------------------|-----------------------------------|--------------------------------------|--|------------------------------------|--|-----------------------------------|
| <p>Numero Registro:<br/><b>K-00028-</b></p> <table><tr><td>Nombres:<br/><b>ALCIDE</b></td><td>Apellidos:<br/><b>HERNÁNDEZ</b></td></tr><tr><td>Estado Civil:<br/><b>CASAD</b></td><td>Nacionalidad:<br/><b>COLOMBIAN</b></td></tr><tr><td>Relación Familiar:<br/><b>FAMILIA</b></td><td>Fecha de Nacimiento:<br/><b>20/05/196</b></td></tr><tr><td>Lugar de Expedición:<br/><b>SAN</b></td><td>Fecha de Expedición:<br/><b>02/09/200</b></td></tr><tr><td>Válido hasta:<br/><b>31/12/200</b></td><td></td></tr></table> <p><b>ALTO COMISIONADO DE LAS<br/>NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS</b></p>   |  |   | Nombres:<br><b>ALCIDE</b> | Apellidos:<br><b>HERNÁNDEZ</b> | Estado Civil:<br><b>CASAD</b> | Nacionalidad:<br><b>COLOMBIAN</b> | Relación Familiar:<br><b>FAMILIA</b> | Fecha de Nacimiento:<br><b>20/05/196</b> | Lugar de Expedición:<br><b>SAN</b> | Fecha de Expedición:<br><b>02/09/200</b> | Válido hasta:<br><b>31/12/200</b> |
| Nombres:<br><b>ALCIDE</b>   | Apellidos:<br><b>HERNÁNDEZ</b>           |   |                           |                                |                               |                                   |                                      |  |                                    |  |                                   |
| Estado Civil:<br><b>CASAD</b>   | Nacionalidad:<br><b>COLOMBIAN</b>        |   |                           |                                |                               |                                   |                                      |  |                                    |  |                                   |
| Relación Familiar:<br><b>FAMILIA</b>  | Fecha de Nacimiento:<br><b>20/05/196</b> |   |                           |                                |                               |                                   |                                      |  |                                    |  |                                   |
| Lugar de Expedición:<br><b>SAN</b>  | Fecha de Expedición:<br><b>02/09/200</b> |   |                           |                                |                               |                                   |                                      |  |                                    |  |                                   |
| Válido hasta:<br><b>31/12/200</b>   |  |   |                           |                                |                               |                                   |                                      |  |                                    |  |                                   |
| <p><b>IMPORTANTE</b></p> <p>El portador de la presente constancia es un solicitante de refugio y su situación en Venezuela se rige principalmente por las siguientes normas de la <u>Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas del 3 de octubre de 2001, publicada en Gaceta Oficial N° 37.296</u>:</p> <p>Artículo 14: Toda solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado o refugiada deberá ser presentada ante las autoridades civiles o militares o <u>ante la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)</u>.</p> <p>El ACNUR transmitirá dicha solicitud a la Comisión Nacional para los Refugiados, la cual, es el órgano encargado de decidir sobre la determinación de condición de refugiado en la República Bolivariana de Venezuela. El portador de la presente deberá dirigirse a las autoridades competentes.</p> <p>Artículo 7: Toda persona que solicite la condición de refugiado o refugiada no podrá ser rechazada o sujeta a medida alguna que le obligue a retornar al territorio donde su vida, integridad física o su libertad estén en riesgo.</p> <p>Artículo 6: El o la solicitante de refugio no será objeto de sanción por haber ingresado y permanecido ilegalmente en el territorio nacional.</p> <p>Para información adicional:</p> <p>ACNUR Caracas: (0212) 286.38.83 / ACNUR San Cristóbal: (0276) 347.47.90<br/>ACNUR Machiques: (0263) 473.68.20 / ACNUR Guasdalito: (0278) 332.03.44</p> |  |   |                           |                                |                               |                                   |                                      |  |                                    |  |                                   |



#### IV. ACTA DE PROTECCIÓN TEMPORAL

---



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
COMISIÓN NACIONAL PARA LOS REFUGIADOS



#### ACTA

Por medio de la presente se hace constar que, con motivo de la situación acaecida en la **Bahía de Portete, República de Colombia**, en donde sus pobladores pertenecientes a la etnia Wayuu fueron objeto de continuas violaciones a los **Derechos Humanos**, traducidas en asesinatos, secuestros y persecuciones por el grupo irregular denominado "Auto Defensas Unidas de Colombia", viéndose obligados a abandonar dicha localidad y desplazarse a territorio venezolano en lo que la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas ha calificado como Afluencia Masiva de conformidad con lo establecido en el Capítulo VII, habida cuenta que el grupo de desplazados está integrado por doscientas noventa y dos (292) personas; y en razón a las declaraciones expuestas por los mismos, a través de la presente se deja por sentado que la etnia en cuestión no desea acogerse a la figura del Refugio, sino a lo que el numeral 2 del Artículo 32 ejusdem ha denominado como **Permanencia Temporal** en el territorio venezolano, toda vez que en reiteradas oportunidades han manifestado su intención de regresar a su lugar de origen en Bahía de Portete, República de Colombia, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 22 del Reglamento de la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas, los mismos gozarán de un tiempo de permanencia en Venezuela de Noventa



REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
COMISION NACIONAL PARA LOS REFUGIADOS



(90) días continuos, los cuales podrán ser prorrogados por un tiempo igual y previa evaluación de las condiciones imperantes en el lugar de procedencia de dichas personas, por la Comisión Nacional para los Refugiados. En tal sentido, vista la situación especial que implica la permanencia temporal y atendiendo a lo preceptuado en el Artículo 34 de la precitada Ley se levanta la presente Acta en la cual se deja constancia de la decisión voluntaria de estas doscientas noventa y dos (292) personas de permanecer temporalmente en territorio venezolano, para posteriormente abandonarlo, quienes a los efectos de la firma del Acta en cuestión, estarán representados por la ciudadana Jennifer González y Marcos González, integrantes del grupo étnico Wayuu. Estas doscientas noventa y dos (292) personas son las que se citan a continuación: Juana Uriana, 80 años, Maura Uriana 79 años, Iris Uriana 36 años, Dalia Uriana 70 años, Petra Epinayu 37 años, José María Uriana 5 años, Jesús María Uriana 2 años, Milena Uriana 10 años, Yarina Uriana 13 años, José Tomás Epinayu 8 años, Yalaima Uriana 6 años, Elmis Uriana 3 años, Yoel Uriana 10 años, Ingrid Uriana 4 años, José Tomás Uriana 38 años, Enrique Uriana 60 años, Josefa Barros 55 años, Raquel Epinayu 58 años, Teresa Epinayu 12 años, Juana Uriana 85 años, Benjamín Uriana 18 años, Corozo Uriana 25 años, Reyes Epinayu 20 años, Chewana Epinayu 40 años, Daniel Epinayu 28 años, Josefina Epinayu 38 años, Ambrosio Epinayu 26 años, Jenaa Epinayuu 18 años, Isaías Epinayu 16 años, Álvaro



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
COMISIÓN NACIONAL PARA LOS REFUGIADOS



Epinayu 22 años, Roxina Epinayu 54 años, Chiaa Chiaa Epinayu 75 años, Maria Rita Epinayu 23 años, Arminda Epinayu 8 años, Jaider Epinayu 5 años, Dolores Epinayu 7 años, Maura J. Palmar U. 9 años, Luz Neribeth Palmar U. 4 años, Francis Palmar U. 2 años, Alfredo Uriaña 48 años, Rebeca Henriquez 39 años, Ana Linda Uriaña 11 años, Alfredo Uriaña 9 años, Alvaro Uriaña 7 años, Libertad Estefany Uriaña 4 años, Florines Uriaña 1 año, Carmen González 50 años, Gabriel González 18 años, Telemina Barros 23 años, José Miguel Barros 16 años, Katy Fince 17 años, Rosalba Fince 13 años, Ana Julia González 44 años, Antonio Jinnu 48 años, Luis A. González 20 años, Jéssica Everts 27 años, Antonio González 5 años, Marcos González 28 años, Angela González 26 años, Omar González 2 años, Anibal Pushaina 20 años, Genoveva Pushaina 17 años, Milena Mary Pushaina, 24 años, Jessica Everts 4 años, Lisandro Everts 3 años, Raúl Everts 9 meses, Enrique Prieto 28 años, Débora Barros 27 años, Jacqueline Fince 13 años, Camilo Fince 4 años, Silverio González 38 años, Jacqueline López 26 años, Silverio González 6 años, Isabel González 5 años, José González 3 años, María Antonia Epinayu 89 años, Maria Antonia Fince 16 años, Zoraida Fince 12 años, Fabiola Gutierrez 8 años, Jader Ipuana 27 años, Mariannis González 3 años, Jimmy Ascanio González 1 año, Tatiana Gutiérrez 22 años, Gaspar Epieyu 59 años, Isabel González 57 años, Gaspar José Iguarán 23 años, Estalín Iguarán 21 años, José María Iguarán 20 años, Felipe Iguarán 20



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
COMISIÓN NACIONAL PARA LOS REFUGIADOS



años, Betulia Epinayu 12 años, Manuel Iguarán 7 años, Yeici Iguarán 26 años, Esdra Nieto 24 años, Jesús Ascanio Iguarán 4 años, Gaspar Iguarán 9 meses, Agustín Epineyu 88 años, María Eugenia Epineyu 76 años, Duver Epineyu 9 años, Luis Antonio Fince 34 años, Mercedita Epineyu 86 años, Josefina Fince 69 años, Luis Alfredo Fince 23 años, Julio Fince 18 años, Jairo Epineyu 17 años, Wilson Epineyu 14 años, Juan Carlos Fince 37 años, Graciela Ipuana 32 años, Lluvisa Fince 3 años, Jhonna Fince 1 año, Ino Epineyu 60 años, María Ester Epineyu 24 años, Miriam Epinayu 20 años, Cecilia Epinayu 7 años, Pablo Epinayu 6 años, Mejía Epinayu 3 años, Freddy González 32 años, Sandra Epineyu 28 años, Oswaldo Epineyu 10 años, Miléydi Epinayu 8 años, Freddy Epineyu 6 años, Leidy Epineyu 2 años, Gloria Epineyu 88 años, Juan Epineyu 33 años, Pacho Epineyu 26 años, Marcial Epinayu 70 años, William Epineyu 24 años, María Centa Epineyu 47 años, Jusain Epinayu 12 años, Mami Epinayu 51 años, Aurora Epinayu 20 años, Verónica Epinayu 9 años, Josefa Epinayu 30 años, María del C. Epineyu 40 años, Elizabeth Epineyu 20 años, Wilson Epinayu 17 años, Eoyla Epinayu 24 años, María Antonia Epinayu 33 años, Josefa Isabel Epinayu 30 años, José Miguel Epineyu 12 años, Kelli Epinayu 13 años, Alexander Epineyu 10 años, Luzdary Epinayu 17 años, Adonais Epinayu 4 años, José Vicente Epinayu 3 años, Cristina Epinayu 18 años, Mariana Epinayu 28 años, Jijiana Epinayu 6 años, Wayelis Epinayu 3 años, Nayesca Epinayu 4 años, Edri





REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
COMISIÓN NACIONAL PARA LOS REFUGIADOS



Expres Uriana 2 años, Miguel Paz 49 años, Gladis Uriana 46 años, Norelis Gómez 26 años, Juan M. Paz 18 años, Elsa María Barros 20 años, Alexander Paz 11 años, Luis Eduardo Paz 8 años, Saida Paz 10 años, Rosa Milena Paz 6 años, Asael Paz 3 años, Carlos Castañeda 18 meses, Vicente Gutierrez 46 años, Iolanda Epieyu 34 años, Rafa Epinayu 30 años, Viviana Epinayu 18 años, Carmela Epinayu 16 años, Julio Cesar Fince 18 años, Yaqueline Gutiérrez 20 años, Rafael Epineyu 24 años, Nathalys Fince 20 años, Julio Gutiérrez 13 años, Carlos J. Epinayu 8 años, María V. Epinayu 6 años, José María Fince 57 años, Viviana Arrogoces 41 años, Liliana Fince 16 años, Jieina Fince 13 años, Jianet Fince 10 años, José María Fince 8 años, Victoria Ballesteros 57 años, Asunción Ballesteros 58 años, Jesús Nicolás Hernández 23 años, Anderson Hernández 23 años, Marián Aguilar 22 años, Iris González 40 años, Fermín González 48 años, María Martha González 2 años, María Antonia González 19 años, Lorenzo Epinayu 48 años, Rosa María González 44 años, Jorge Epinayu 8 años, Carlos Epinayu 7 años, Zaida Epinayu 5 años, Lorenzo Epinayu 10 años, Angel González 48 años, Liria Morales 45 años, Deisi González 35 años, Lisbeth González 23 años, Willmer González 22 años, Dayana González 16 años, Adolfo Epinayu 44 años, Luzmila López 43 años, Magdalena Epinayu 24 años, Jenry Epinayu 23 años, Elión Epinayu 13 años, Magdalena Epinayu 10 años, Luis Epinayu 32 años, José Luis Epinayu 12 años, Luis Segundo Epinayu 4 años, Jorge Luis



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
COMISIÓN NACIONAL PARA LOS REFUGIADOS



Epinayu 8 años, Lucas Epinau 65 años, Cabita Epinau 50 años, Mamella Epinau 40 años, Aminta Epinau 28 años, Antonio Epinau 16 años, Diego Epinau 7 años, Basilia Epinau 5 años, Victor Epinau 3 años, Paola Epinau 8 meses, Ana Isabel Epinau 11 años, Añas Epinau 90 años, Picaría Epinau 47 años, Yorena Epinau 24 años, Lola Epinau 17 años, Angela Epinau 18 años, Violeta Epinau 8 años, Jorge Epinau 12 años, Juan Epinau 8 años, Clara Epinau 2 años, Cecilia Epinau 2 meses, Guontay Epinau 97 años, Remedio Epinau 46 años, Abuelo Epinau 28 años, Sindry Epinau 7 años, Diolinda Epinau 6 años, Alba Epinau 8 meses, Nerita Girnu 80 años, Maura Girnu 70 años, Cecilia Girnu 16 años, Melva González 70 años, Mario González 75 años, Marbelis González 11 años, Saldito González 9 años, Nelson González 7 años, Agustín González 6 años, Alfredo González 2 años, Lilia González 35 años, Josefa González 12 años, Mercedes González 70 años, Quintina Epinau 36 años, Yojana Gutiérrez 11 años, Milcar Gutiérrez 9 años, Ender Gutiérrez 5 años, Mario Epinau 76 años, Basilicia Epinau 20 años, Solina Uriana 32 años, Yonira Uriana 16 años, Miladys Uriana 27 años, Héctor Uriana 6 años, Soumel Uriana 2 años, Danilo Uriana 1 año, Ricardo Uriana 3 años, Susana Uriana 40 años, Eugenita González 65 años, Teresa González 42 años, Alí González 45 años, Ovidio González 6 años, Jhon Jairo González 13 años, Hermelinda González 36 años, Ángela González 36 años, Narciso González 21 años, Mireya



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
COMISIÓN NACIONAL PARA LOS REFUGIADOS



González 20 años, Reinando González 22 años, María González 16 años, Laura Epinayu 45 años, Carlos Pana 42 años, Celinda González 27 años, Roland Fince 47 años, Sol María Pérez 43 años, Arnol Fince 14 años, Roland Fince 12 años, Mariana Epinayu 46 años, Simaris Castillo 9 años, Anthony Castillo 12 años, Simón Castillo 40 años, Ricardo Uriana 60 años, Angela Pushaina 48 años, Ana Rosa Uriana 24 años, Ana Julia Uriana 22 años, Romelia Fernández 60 años, Salvador Fernández 40 años, Erasmo Fernández 37 años. Firman en representación de los antes mencionados los ciudadanos :

Jennifer González

C.I. 15.560.274

Marcos González

C.I. 18.495.701

Representantes de la etnia Wayuu

Grace Guerrero

C.I. 4.765.681

Por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas

ACNUR



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
COMISIÓN NACIONAL PARA LOS REFUGIADOS

Dra.- Tursis Simancas

C.I. 5.005.437

Por la Fiscalía del Ministerio Público



Dra. María Gabriela Viloria

C.I. 9.736.842

Lic. Robinson Arévalo

C.I. 5.111.617

Por la Defensoría del Pueblo

Cnel. Antonio Rivero

C.I. 6.355.302

Por Protección Civil del Ministerio del Interior y Justicia

Dr. Carlos F. Montiel García

Por La Cruz Roja Venezolana Seccional Zulia

Dr. Ricardo Rincón Gautier

C.I. 3.184.257

Cnel. José Uriana Pocaterra

C.I. 4.521.692

Por la Comisión Nacional para los Refugiados

En el Estado Zulia, a los dos (2) días del mes de julio de dos mil cuatro (2004).



**V. CRITERIOS PARA OTORGAR ASISTENCIA A SOLICITANTES DE ASILO Y REFUGIADOS DE ORIGEN URBANO**



- 
- 
- - ACNUR
    - Unidad de Programa
    - Caracas, Venezuela
- CRITERIOS PARA OTORGAR ASISTENCIA, SERVICIOS Y BENEFICIOS  
BAJO PROYECTOS FINANCIADOS POR ACNUR PARA SOLICITANTES DE  
ASILO/REFUGIADOS DE ORIGEN URBANO

## 1) PRINCIPIOS GENERALES

1. La asistencia material no constituye un derecho inherente a la condición de refugiado y por lo tanto su otorgamiento no es imperativo para el ACNUR. En cada caso se efectuará una evaluación de la situación socio-económica del solicitante por parte del personal de la Agencia Implementadora para determinar si se otorga o no la asistencia.

2. La asistencia material tiene por objetivo solventar una situación de emergencia y/o proveer ayuda mientras el refugiado procura su propio sustento. Esta ayuda tiene por lo tanto un carácter temporal y/o limitado a un corto período. La ayuda está destinada a cubrir las necesidades básicas de los refugiados, tomando como parámetro el nivel de los nacionales de escasos recursos.

3. Pueden ser beneficiarios del Programa de Refugiados:

a). Aquellas personas que poseen el estatus de refugiado reconocido por los respectivos organismos nacionales de elegibilidad en cada país.

b). Las personas solicitantes de refugio a las cuales se les haya efectuado una pre-determinación de estatus por el encargado legal de la agencia respectiva o el ACNUR y que hayan sido remitidos con su recomendación al organismo nacional de elegibilidad correspondiente;

4. Como criterios de prioridad en el otorgamiento de la asistencia se consideran los:

- Grupos con necesidades especiales:

.ancianos sin apoyo familiar

.menores no acompañados

.personas con una situación de salud que lo/la incapacita para trabajar temporal o permanente

- Los de reciente ingreso que no cuenten con apoyo de otras fuentes

- Las familias monoparentales con niños dependientes que impiden el trabajo del jefe de familia

- Refugiados en situación de emergencia, donde sea evidente que han sido mas afectados que la población nacional.

**AYUDA BÁSICA OTORGADA A SOLICITANTES DE ASILO Y  
A REFUGIADOS**

|  | <b>Descripción</b>  | <b>Monto Familiar (max 6 personas)*</b>  |          |
|--|---|--|----------|
| <b>Asistencia legal</b>                    |   |  |          |
|  | Asesoría y/o apoyo económico para cubrir los costos de los trámites legales | Puntual, según necesidad, para compra/renovación de pasaporte/documentos/visa y trámites legales   |          |
| <b>Apoyo emergencial de subsistencia</b>   |   |  |          |
| Gastos de alimentación y artículos básicos |   | 1 persona: 1 salario mínimo<br>2 personas: 1 salario mínimo + 75 %<br>3 personas: 1 salario mínimo + 75 % + 25 %<br>4 personas: 1 salario mínimo + 75 % + 25 % + 25 %<br>5 personas: 1 salario mínimo + 75 % + 25 % + 25 % + 25 %<br>6 personas: 1 salario mínimo + 75 % + 25 % + 25 % + 25 % + 25 % | 3 meses* |
| <b>Salud</b>                               |   |  |          |
|  | Ayuda puntual para cubrir situaciones de emergencia medica                  |  |          |

\*Solamente para los grupos especiales se podrá extender la duración del periodo de asistencia básica, en el entendido de que su incorporación social/laboral sea más compleja. La duración de la asistencia será determinada caso por caso por la dirección de la Agencia Implementadora y orientada hacia una solución permanente.

**AYUDA COMPLEMENTARIA ÚNICAMENTE PARA REFUGIADOS  
RECONOCIDOS**

|                  | Descripción   | Monto  | Duración  | Condición   |
|------------------|---|--|---|---|
| <b>Educación</b> |   |  |   |   |
| 1ra.             | Apoyo para la compra de uniformes, útiles escolares, pago de matrícula como ayuda única | de acuerdo al subsidio otorgado por el estado para estudiantes nacionales o el costo básico para compra de material y uniforme lo presupuestado                              |   | solicitud de asistencia por lo menos 2 meses antes del inicio de clases   |
| 2da.             | Apoyo para la compra de uniformes, útiles escolares, pago de matrícula como ayuda única | de acuerdo a lo presupuestado  |   | solicitud de asistencia por lo menos 2 meses antes del inicio de clases   |
| Otras            | Apoyo dentro de los campos de estudios que permiten la rápida inserción laboral         | dentro de los costos reales nacionales   | Máx. 6 meses                                      | solicitud de asistencia por lo menos 2 meses antes del inicio de clases   |
| Idiomas          | Aprendizaje del idioma español  | dentro de los costos reales nacionales   | Máx. 80 horas                                     | solo para solicitantes que hayan efectuado pre-determinación de elegibilidad positiva y que vengan de países de habla no española |
| <b>Salud</b>     |   |  |   |   |
| Emerg.           |   | 100% del costo en instituciones publicas/<br>Cuando el servicio no esta disponible en institución publica una parte proporcional del costo del servicio sujeto a evaluación. | Durante el primer año de llegada y para urgencias | Se requiere certificado de institución publica manifestando que el servicio no existe en ningún hospital público.                 |

|                        |  |  |   |  |
|------------------------|--|--|---|--|
| Compra de medicamentos |  | Compra de medicamentos por prescripción médica   | Durante el primer año de llegada y para urgencias | Solo para medicamentos genéricos básicos según parámetros de la organización Mundial de la Salud (OMS) |
| Compras de aparatos    | Compra de dispositivo que sea absolutamente necesario para la integración social y laboral previa orden médica |  | Durante el primer año de llegada y para urgencias | Ver parámetros de la organización Mundial de la Salud (OMS)  |
| Crédito                |  |  |   |  |
|                        | Según reglamento de Crédito  |  |   |  |
| Instalación de hogar   |  |  |   |  |
|                        | Apoyo único para instalación al hogar para familias refugiadas   | 2 personas: hasta un 175 % de un salario mínimo<br>3 personas: hasta un 200 % de un salario mínimo<br>4 personas hasta un 225 % de un salario mínimo<br>5 personas o más: hasta un 250% de un salario mínimo | 1 vez   | Evaluación social efectuada y documentada  |

## 2) PRINCIPIOS BASICOS QUE RIGEN LA ASISTENCIA LEGAL

Los refugiados y solicitantes de refugio tendrán acceso a los servicios de asesoramiento de tipo legal por parte de la Agencia Implementadora.

En materia de acuerdos de documentación, los refugiados renovarán su documentación en el tiempo establecido por el Departamento de Migración respectivo, asumiendo estos por lo menos un tercio del costo de la documentación total, dependiendo de sus posibilidades.

Los refugiados menores de 12 años en Panamá, 9 años en Venezuela, y 11 años en Perú no serán documentados individualmente, pues los mismos serán amparados por los documentos de identidad de sus padres o tutores. En Ecuador, toda persona será documentada individualmente.

Los refugiados tendrán derecho a optar por un permiso de trabajo, tal y como lo establece la legislación correspondiente. El refugiado con orientación de la Agencia Implementadora gestionará la solicitud a la instancia correspondiente.

La Agencia ayudará a los refugiados que deseen optar por un cambio de fórmula migratoria para obtener residencia temporal o permanente, ya sea a través de asesoramiento, orientación o con el apoyo económico. Para cada caso se hará un estudio socio-económico para determinar la proporción del costo que deberá asumir el refugiado y la cantidad que aportará el proyecto, sujeto a la disponibilidad de fondos.

En relación a la autenticación de documentos u otro trámite legal, la Agencia Implementadora asumirá los costos - sujeto a la disponibilidad de fondos-, ya sean totales o parciales, cuando se compruebe que el refugiado no está en capacidad de asumirlos.

### **3) PRINCIPIOS BASICOS QUE RIGEN LA SALUD**

Las ayudas complementarias en el área de salud podrán ser de tres tipos:

a) Emergencia médica: Casos de refugiados con urgencia de atención medica y solicitantes considerados para esta ayuda por razones humanitarias, deben ser referidos a instituciones públicas. Se cubrirá un 100% del costo en las instituciones públicas, para su debida atención. Si por recomendación médica autorizada se requiere un examen especial de urgencia que solo se ofrece en institución privada se cubrirá hasta el 50% del costo total del mismo, previa presentación de un certificado de una institución nacional de salud pública que confirme que el servicio requerido es inexistente en los hospitales públicos.

b) Compra de medicamentos: Compra de medicamentos por prescripción médica solamente durante el primer año de llegada y para urgencias. Los medicamentos tienen que ser medicamentos genéricos básicos según los parámetros de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

c) Compra de dispositivos: Compra de lentes, aparatos ortopédicos, afines y cualquier otro dispositivo que sea absolutamente necesario para la integración social y laboral del refugiado, previa orden médica y solamente durante el primer año de llegada y para urgencias. Sólo la población refugiada puede ser beneficiaria no los solicitantes de asilo.

Se consideraran minusválidos a aquellos que clasifiquen como tal dentro de los parámetros de la Organización Mundial de la Salud (OMS), siempre y cuando la incapacidad impida su inserción laboral.

Se considerará como impedimento cualquier pérdida o anormalidad psicológica, fisiológica o anatómica en su forma estructural o funcional, tales como defecto grave o pérdida de un órgano, amputación de un miembro, parálisis pulmonar disminuida, hipertensión aguda, deficiencia cardiovascular, pérdida total o parcial de la visión, trastornos en el proceso mental, los cuales pueden ser permanentes o transitorios. Se considerará como incapacidad cualquier funcionamiento limitado, la disminución en la habilidad para caminar, hablar, oír, levantar pesos, aprender y ser incapaz de interesarse e integrarse al medio ambiente de manera permanente, o transitoria. La incapacidad debe ser certificada por un médico.

### **4) PRINCIPIOS BASICOS QUE RIGEN LA EDUCACION**

Se otorgará ayuda educacional en tres campos:

a) Educación básica: Comprende un apoyo para la compra de uniformes, útiles escolares, pago de matricula como ayuda única, que normalmente se brinda al principio del año escolar. Cada año se hará un estudio para determinar el monto de la asistencia.

b) Educación vocacional técnica dentro de los campos que permiten la rápida inserción laboral, para aquellos refugiados que todavía no han podido integrarse a la sociedad. La ayuda será selectiva y dentro de los costos reales nacionales. La persona responsable de la evaluación de la situación socio-económica para la selección del beneficiado seleccionará aquellos cursos que sirvan realmente para que el refugiado pueda encontrar posteriormente empleo ya sea por cuenta propia o como asalariado. El cheque correspondiente al pago del curso se emitirá a nombre de la institución educativa. Los cursos no deberán tener una duración menor de tres meses ni mayor de seis.

c) Aprendizaje del idioma español, para aquellos solicitantes a quienes se les haya efectuado pre-determinación de elegibilidad positiva y que vengan de países de habla no española. Estos cursos deben tener una duración máxima de tres meses o el equivalente de 80 horas de lecciones. Los pagos se efectuarán directamente a la institución educativa y no a los propios refugiados.

La ayuda se otorgará de acuerdo al alcance del presupuesto. Los beneficiarios deberán realizar estudios en instituciones educativas estatales, siempre que sea posible, y cuyo certificado sea reconocido por el Ministerio de Educación. Si excepcionalmente, el curso lo impartiera una institución privada, ésta deberá contar con la respectiva autorización del Ministerio de Educación del país respectivo. Para tener acceso a este tipo de asistencia, el solicitante deberá llenar su solicitud por lo menos 2 meses antes del inicio de clases; el beneficiario será evaluado por la persona encargada en la agencia y una vez aprobada la solicitud, se recomendará el tipo de ayuda que recibirá. El interesado deberá mantener buenas calificaciones y cumplir con sus deberes y derechos como estudiante.

El beneficiario de ayuda en educación o capacitación será notificado por la Agencia por escrito, de sus deberes y derechos.

Los beneficiarios tendrán las siguientes obligaciones:

- Cumplir en su totalidad con los cursos académicos, técnicos o de capacitación.
- Realizar el estudio de capacitación en la rama e institución para la cual se otorgó la ayuda.
- Entregar trimestralmente a la agencia constancias de su rendimiento, de acuerdo con los cursos establecidos para cada campo de enseñanza o aprendizaje

La ayuda puede ser suspendida por:

- Incumplimiento de este reglamento.
- Informe insatisfactorio del aprovechamiento y aprobación de cursos o notas.
- Falsear o adulterar datos de informaciones presentadas.

La decisión de suspender una ayuda será tomada por la Agencia y a ella le corresponderá comunicárselo por escrito al beneficiario.

## **5) PRINCIPIOS BASICOS QUE RIGEN GASTOS DE INSTALACION**

Los gastos de instalación de hogar se otorgarán a los refugiados recientemente reconocidos previa determinación de la elegibilidad y evaluación socio-económica. La ayuda se dará una única vez por familia, con la cual las familias deberán comprar sus artículos básicos para el hogar.

## **6) PRINCIPIOS BASICOS QUE RIGEN LAS CAUSALES DE PERDIDA DE LA ASISTENCIA**

Cesará en recibir asistencia aquel refugiado que haya recibido apoyo mediante el financiamiento de proyectos de auto-subsistencia y no la haya aprovechado debidamente por irresponsabilidad comprobada.

No obstante el refugiado podrá presentar revisión de su caso ante la Agencia para que la misma dictamine lo conducente de acuerdo con los elementos de juicio y argumentaciones que el interesado aduzca.

Es responsabilidad de la Agencia:

- evaluar objetivamente el informe respecto al refugiado que solicita revisión de su caso para el apoyo de algún tipo de asistencia económica.
- conocer el fundamento de la solicitud del recurrente

- brindarle una respuesta fundamentada.

La Agencia tiene la facultad discrecional para interpretar este reglamento en los casos o situaciones especiales o excepcionales que no se contemplen en el mismo y tomar las decisiones mas justas cuando surjan dudas en la interpretación del espíritu de alguna norma. El ACNUR podrá designar su representante cuando lo estime necesario.