

EL CONCEPTO DE REFUGIADO EN LA COVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE 1951: TRATAMIENTO NORMATIVO Y REALIDAD

Patricio Rubio Correa*

El desplazamiento forzoso, entendido como el movimiento de personas obligadas a huir del lugar en el que habitan por existir situaciones extremas que ponen en riesgo su vida, ha acompañado al ser humano a través de la historia. Sin embargo, desde fines de la década de los ochenta y sobre todo en los noventa, las guerras civiles y los conflictos regionales han ocasionado que este problema alcance una magnitud y complejidad no imaginables y ello debido a las nuevas formas de conflictos bélicos que acarrearán la destrucción de la totalidad de los sistemas sociales, el empleo de las expulsiones en masa como arma de guerra y como medio para lograr una uniformidad étnica y cultural¹; baste mencionar Chechenia, Ruanda, Bosnia y recientemente Kosovo.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que los desplazamientos masivos se suceden con un menor espacio de tiempo, lo que se puede apreciar con la huida de más de un millón de kurdos iraquíes tras la Guerra del Golfo Pérsico, en el desplazamiento externo e interno de más de cuatro millones de personas de la antigua Yugoslavia, más de dos millones de desplazados en Liberia y recientemente alrededor de novecientos mil personas que escaparon a Albania, Macedonia y Montenegro tras el inicio de las acciones bélicas de la OTAN contra Yugoslavia y la represión de las tropas serbias en Kosovo.²

En la actualidad se calcula que el número de desplazados forzosos a nivel mundial es de aproximadamente 50 millones de personas. De éstas, 22 millones se encuentran bajo la responsabilidad del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, de las que tan solo el 50% son refugiados convencionales.³

Esto último hace surgir ciertas interrogantes como por ejemplo ¿qué se entiende por

* Abogado (Pontificia Universidad Católica del Perú). Asesor Jurídico de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores.

1 ACNUR. **La Situación de los Refugiados en el Mundo. Un Programa Humanitario.** Barcelona, 1997, pp. 11 y ss.

2 Diario **El Comercio**. Sección A, 27 de junio de 1999, p. 21.

3 ACNUR. **Ob. Cit.**, p. 2.

refugiado convencional?, ¿cuáles son los refugiados no convencionales y en que se diferencian de los primeros?

A partir de 1951, la figura del refugio adquiere un reconocimiento universal con la definición del concepto de refugiado establecida en la Convención sobre el Estatuto de los refugiados y que perdura hasta la actualidad. El refugio convencional es pues, aquel reconocido en esta Convención y que pretendemos analizar en estas líneas.

Pero antes de tratar sus características y su relación con los demás desplazamientos forzosos que se presentan hoy en día, debemos hacer, un recorrido por los acontecimientos que han resultado determinantes en la formación del concepto.

1. TRATAMIENTO DEL CONCEPTO DE REFUGIADO PREVIO A LA CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS

Las primeras normas escritas sobre refugiados surgieron luego de la Primera Guerra Mundial, momento en que se inicia la primera de las tres etapas que encuentra Fernando Mariño en la formación del concepto de refugiado y que se extiende hasta 1930⁴

Al respecto Frank Krenz escribe:

«Esta noción nació en Europa después de la Primera Guerra Mundial, cuando miles de personas cruzaron sus fronteras en busca de un refugio duradero. Se necesitaba entonces un status, un conjunto de derechos para poder mantenerse permanentemente en los países del asilo. Esto no estaba previsto en el derecho nacional e internacional por que hasta esa época los Estados otorgaron el asilo pero nadie se preocupó del bienestar de los Asilados»⁵

A partir de la Primera Guerra Mundial, se hicieron patentes los grandes desplazamientos de personas que huían de los lugares de conflicto, efecto que se repitió con la Revolución Rusa, apareciendo en la Europa de postguerra un panorama de desarraigo de miles de personas de sus lugares de origen. Estos acontecimientos, que rompieron el esquema establecido para la figura del asilo territorial de inspiración netamente individualista, tuvieron un rápido reflejo en el ámbito internacional con la creación, por la liga de Naciones, de la primera Oficina del Alto Comisionado para Refugiados en 1921, cuya dirección se encargó a Fridjof Nansen, bajo el cargo de Alto Comisionado de la Sociedad de las Naciones para los Refugiados.

La primera y más destacada intervención de este organismo fue la que realizó en el caso de los refugiados rusos y armenios, en la que se les otorgó los célebres pasaportes Nansen, que fueron reconocidos por 23 países.

4 MARIÑO MENENDEZ, Fernando. «El Concepto de Refugiado en un Contexto de Derecho Internacional General», en: **Revista Española de Derecho Internacional**. Madrid: Vol. XXXV, N° 2, 1983, p.339.

5 KRENZ, Frank. «La Definición del Refugiado», en: **Asilo Político y Situación del Refugiado**. (Seminario Realizado en la Paz Bolivia 19-22 de abril de 1983). La Paz: Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto - ACNUR, 1983, p.36.

Los acuerdos del 5 de julio de 1922 y 31 de mayo de 1924, que estuvieron encaminados a atender a un millón y medio de estos refugiados, fueron importantes en cuanto significaron el inicio de la normatividad internacional en esta clase de situaciones masivas.

Sin embargo, el acuerdo firmado el 12 de mayo de 1926, tuvo una trascendencia mayor, ya que en él se dio la primera definición jurídica de refugiado. Los elementos sobre los cuales estuvo constituida esta definición fueron: en primer lugar, la indicación del origen nacional o étnico de los refugiados (rusos y armenios); y en segundo lugar, la falta de protección del país de origen, con la condición de que los protegidos no hubiesen adquirido otra nacionalidad.

Le siguieron otras definiciones similares, como las adoptadas en el acuerdo del 30 de junio de 1928 para brindar protección a refugiados asirios, asirio-caldeos, sirios, kurdos y turcos; en la Convención relativa a la Condición de refugiados de 1933, en relación a los refugiados rusos y armenios; y en el acuerdo provisional de 1936, en atención a los refugiados judíos provenientes de la Alemania nazi.

No habrían nuevos aportes a este concepto hasta el 10 de febrero de 1938 fecha en que se firma un convenio para la atención de refugiados provenientes de Alemania.

En él se incorporó una cláusula de exclusión por la que no quedaban comprendidas en la definición del convenio, aquellas personas que dejaran Alemania por razones de conveniencia personal.

La importancia de ésta cláusula radica en que hasta ese momento, a diferencia de lo ocurrido en Latinoamérica con el asilo territorial, los acuerdos internacionales sobre refugio no habían establecido aún, una relación entre esta situación y las causas generadoras de la misma. En tal sentido, si bien la mencionada cláusula no estableció tal vinculación, dejó indirectamente establecido que la figura del refugio obedecía a una necesidad de orden diferente y superior a la pura conveniencia personal.

En ese mismo año se estableció el Comité Intergubernamental para los Refugiados y que tuvo como uno de sus objetivos principales, facilitar la emigración involuntaria de Alemania, incluyendo también a Austria. Se estableció la ayuda para aquellos hubieran emigrado debido a opiniones políticas, creencias religiosas, u origen racial, así como aquellos que han huido por estas razones y no se han establecido en otro lugar. Una revisión de éstas actividades en la Conferencia de Bermuda en abril de 1943, expandió el mandato a toda personas que como resultado de los eventos en Europa, han tenido o podrías tener que dejar su país de residencia debido al peligro de su vida o libertad en relación a su raza religión o creencia política.⁶

El concepto de refugiado plasmado en la normatividad internacional, empiezan a incluir las causas que motivaron tal situación, sin embargo, continúan manteniendo un alcance limitado a los casos para los que fueron emitidos, con la inclusión en sus definiciones de elementos propios del momento tales como nacionalidad o procedencia geográfica. Un último ejemplo de ello es la definición de refugiado que se dio en la Constitución de la Or-

6 GOODWIN-GILL, Guy. **The Refugee in International Law**. Great Britain, 1996, p. 5.

ganización Internacional de Refugiados en 1946, en la que se incluyen a las víctimas del nazismo, fascismo entre otros regímenes.⁷

«... el término «refugiado» se aplica a toda persona que haya abandonado el país cuya nacionalidad posea, o en el que tuviera su residencia habitual, o que se encuentre fuera de su país y, habiendo conservado o no su nacionalidad, pertenezca a una de las categorías siguientes:

- a) Víctimas de los regímenes nazis y fascistas o de regímenes que (hubieran) tomado parte junto a los anteriores en la segunda guerra mundial, o bien (víctimas) de regímenes gislings o análogos que hayan ayudado a tales regímenes en su lucha contra las Naciones Unidas, gozaran o no esas personas de un estatuto internacional de refugiados.
- b) Republicanos españoles y otras víctimas del régimen falangista de España, gozaran o no de un estatuto internacional de refugiado.
- c) Personas consideradas como «refugiados» antes del comienzo de la Segunda Guerra Mundial, por razones de raza, religión, nacionalidad o de opinión política».

La última de las tres etapas se presenta con el concepto de refugiado plasmado en el Estatuto del ACNUR en 1950.

En él se establecen por primera vez y en forma precisa los elementos constitutivos necesarios para obtener la calidad de refugiado consistentes en la existencia de un temor fundado a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política, así como el encontrarse fuera del país de nacionalidad y el no poder o no querer regresar por dicho temor o razón, o no querer acogerse a la protección de dicho país. También se contempla el caso del apátrida.

Por otro lado, se señala como motivo de exclusión, el haber cometido delitos susceptibles de extradición y contrarios a los fines y principios de las Naciones Unidas.

En ella, lo característico será abarcar un ámbito de aplicación generalizado al lograr la abstracción de los requisitos fundamentales para la presencia de la figura.

2. EL CONCEPTO DE REFUGIADO EN LA CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE 1951 Y EL PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS

2.1 El concepto

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951⁸, en su Artículo 1, A prácticamente repite la definición del Estatuto del ACNUR:

7 MARIÑO MENENDEZ, Fernando. *Ob. Cit.*, p. 340.

8 Adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950. En vigor el 22 de abril de 1954.

A. «A los efectos de la presente Convención, el término refugiado se aplicará a toda persona:

- 1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones de 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo de 14 de setiembre 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 regresar a él (...).»

Por otra parte, en cuanto a las exclusiones, se estableció que no son susceptibles de ser considerados como refugiados, aquellos que han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o contra la humanidad, un delito grave común fuera del país de refugio, así como los que han realizado actos contrarios a las finalidades y principios de las Naciones Unidas.

Esta Convención tuvo dos limitaciones: la primera consistió en que se aplicaría a acontecimientos anteriores al 01 de enero de 1951 y la segunda, un ámbito de aplicación restringido al europeo.

Ambas limitaciones fueron corregidas con el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967⁹:

«Artículo 1.- Disposiciones generales

(...)

- 3) A los efectos del presente Protocolo y salvo en lo que respecta a la aplicación del párrafo 3 de este artículo¹⁰, 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

9 Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2198 (XXI) del 16 de diciembre de 1966. En vigor el 04 de octubre de 1967.

10 El párrafo tercero del Artículo 1 establece: «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 la 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». A su vez, el inciso a) del párrafo 1 B del artículo 1 se refería a los acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 en Europa.

y ...> y las palabras <...a consecuencia de tales acontecimientos>, que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1.

(...».

Este Protocolo tuvo la finalidad de perfeccionar la Convención de 1951, mediante la eliminación de las limitaciones de tiempo y espacio que esta última tenía en cuanto a su aplicación.

2.2 Elementos constitutivos del concepto de refugiado.

Conforme a la definición antes transcrita, se pueden identificar tres elementos constitutivos de la figura del refugiado para la Convención de 1951, los que a continuación se desarrollan:

a) Presencia de un temor fundado de sufrir persecución

Según Fernando Mariño¹¹, al hablar de «fundados temores» estamos tratando de dos aspectos: uno subjetivo, que consiste en la existencia del miedo y el objetivo, que no es otra cosa que la fundamentación del mencionado temor.

En el aspecto subjetivo, lo determinante al momento de llevar a cabo el proceso de elegibilidad es la credibilidad de que pueda gozar la persona.

En cuanto al aspecto objetivo, cabría preguntarse si el fundamento del temor puede sustentarse en las razones que el individuo pueda dar o es necesaria la presentación de pruebas. La diferencia entre las razones y las pruebas radica en que al hablar de las primeras, nos estamos refiriendo a situaciones en las que no hay necesariamente persecución contra el individuo sino condiciones en las que se corre este peligro; mientras que las pruebas nos llevan a hechos más concretos, en otras palabras, a la presencia de una persecución real. Este punto está relacionado directamente a la discusión sobre si cabe el refugio por una persecución probable o si debe darse únicamente en caso de una persecución real.

Al respecto, la práctica internacional no presenta una posición definida¹². A favor de la primera, existe jurisprudencia de la República Federal Alemana y de los Estados Unidos, mientras a favor de la segunda, se tiene como ejemplo la jurisprudencia del Tribunal de Distrito de la Haya¹². Por su parte, el ACNUR concede menor relevancia al temor de persecución y mayor a las condiciones objetivas de violencia y agitación en el país de origen.¹³

Sobre esto, la redacción del artículo 1 de la Convención de 1951 es clara. Allí se habla de «fundados temores», lo que no significa encontrarse bajo persecución sino temer estarlo. Si se prevé el caso de una posible persecución, con más razón en de una persecución en ejecución.

11 MARIÑO MENENDEZ, Fernando, **Ob. Cit.**, p. 352.

12 **Ibid.**, p. 354.

13 ACNUR. **Ob. Cit.** p. 56.

b) Presencia del elemento discriminatorio en la persecución

El artículo 1 de la Convención de 1951 establece que para que una persona reciba la calidad de refugiada debe tener fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por opiniones políticas.

La persecución, por cualquiera de los motivos enunciados y que debe ser llevada a cabo por las autoridades del Estado o por grupos fuera del control de las anteriores, constituye una violación de los derechos humanos que tiene el mismo significado en todos ellos: la presencia de una discriminación, entendiéndose en ésta como separar, distinguir, diferenciar unas personas de otras.

Para dicha Convención existe, en tal sentido, una relación entre la persecución y la existencia de una acción discriminatoria. Pero para aclarar los términos en que se ha establecido esta relación, es necesario tener presente lo señalado en el artículo 33 de la misma:

«Ningún Estado Contratante podrá por exclusión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.»

De acuerdo a ello, se establece una equivalencia entre persecución y toda amenaza contra la vida y la libertad de una persona por causa de discriminación bajo cualquiera de las formas antes mencionadas.

Las formas como se manifiesta esta discriminación es variada, siendo considerados como actos de persecución en el ámbito internacional: la tortura, los malos tratos físicos y los tratos degradantes en sentido moral¹⁴

Pautas esclarecedoras al respecto se encuentran en el Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la condición de refugiados, cuyas interpretaciones de la Convención de 1951, a decir de Fernando Mariño, implican una influencia legitimante en las decisiones de los Estados.¹⁵

Allí, la persecución es entendida como un perjuicio injustificable para la vida de las personas o para su integridad física o mental cuando se llega al extremo de hacerse insostenible, convirtiéndose la huida en la única salida.

Son considerados como perseguidos los individuos que han sido arrestados, registrados, maltratados o procesados por razones vinculadas a sus actividades o convicciones políticas, que tienen motivos para temer un trato similar futuro. También se consideran como refugiados a los parientes cercanos de personas que hayan ocupado posiciones importantes en gobiernos anteriores, en agrupaciones políticas luego disueltas y sometidas al tratamiento ya mencionado.

14 MARIÑO MENENDEZ, Fernando, *Ob. Cit.*, p. 354.

15 *Ob. Cit.*, p. 359.

Existe pues una coincidencia en cuanto a considerar bajo el concepto de «perseguir», no solo a la persecución física sino también el daño moral, que puede ser causado independientemente de la presencia de aquella; pero en ambos casos debe entenderse que es necesaria una situación tal que haga imposible a un individuo, grupo humano especial o a una parte determinada de la población, el desenvolvimiento de una vida normal.

c) Encontrarse fuera del país de nacionalidad o residencia

Al momento de solicitar el refugio, el individuo no puede encontrarse dentro del territorio de su nacionalidad o residencia, ya que de otro modo no podrían evitar someterse a la jurisdicción del Estado del que buscan huir. El individuo además debe encontrarse impedido de volver o de someterse a su protección, o debe no desear hacerlo por temor.

Este elemento es tan importante que, aún existiendo pruebas evidentes de una persecución con riesgo para la vida o salud de una o más personas por alguna de las causas ya mencionadas en el punto anterior, éstas no podrán ser consideradas como refugiadas bajo la Convención, sino hasta que crucen la frontera del país donde se están produciendo tales hechos.

3. EL CONCEPTO DE REFUGIADO DE LA CONVENCION DE 1951 Y EL PROTOCOLO DE 1967 FRENTE A LAS EXIGENCIAS DE UN MUNDO CAMBIANTE

El complejo desarrollo de las sociedades evidenciado en el curso de las últimas décadas, ha determinado que la definición de la Convención de 1951, a pesar de su indiscutible e importante vigencia, quede detenida en el tiempo, básicamente en los años cincuenta.

La necesidad de una ampliación de sus alcances no se hizo esperar mucho tiempo. Así, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 eliminó las limitaciones geográficas de su aplicación.

Asimismo, es interesante tener presente que en el mismo año 1967, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial, incluyó a las personas que sufren persecución por luchar contra el colonialismo como susceptibles de recibir protección.¹⁶

16 Respecto a la relación entre el refugio y el asilo territorial, es necesario tener presente que el ACNUR, en su informe sobre la situación de los refugiados citado en este artículo, señala que: «Con el término 'solicitante de asilo' se designa a toda persona que solicita el estatuto de refugiado en otro país, basándose por lo general en un miedo fundado a la persecución en el país de origen o en que su vida y libertad están amenazadas a causa de un conflicto armado o de violencia reinante. Asimismo señala: «La categoría de solicitante de asilo es también ambigua por cuanto las personas que pueden ser consideradas automáticamente refugiados si se trasladan a un país vecino, son catalogadas como solicitantes de asilo si viajan más lejos y solicitan la admisión en un país donde el asilo se tramita individualmente. Así, a los 750,000 liberianos que cruzaron la frontera hacia Costa de Marfil y Guinea, se les concedió el estatuto de refugiado atendiendo al criterio *prima facie*. En cambio, de los 20,347 liberianos que solicitaron asilo en 15 países de Europa occidental entre 1991 y 1995, sólo 214 lo obtuvieron. En algunos casos, los cambios en la política oficial sobre admisiones pueden convertir en un movimiento de solicitantes de asilo lo que inicialmente se consideraba un flujo de refugiados.

Sin embargo, sería con la Convención de la Organización de la Unidad Africana (Convención de la OUA.) suscrita en Addis Abeba el 10 de setiembre de 1969, que se daría a la definición de refugiado, el aporte más importante desde 1951.

La Convención de la Organización de la Unidad Africana además de repetir el concepto de la Convención de 1951 sostiene:

«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.»¹⁷

Las limitaciones en el concepto de refugiado contenidas en la Convención de 1951 se hicieron clamorosas para regiones en que diversas problemáticas dieron paso también a la presencia de refugiados. El caso más patente fue el del continente africano, en el que las guerras civiles han generado un movimiento de grandes masas humanas.

Una situación similar se presentó en Centro América, lo que generó que en la Declaración de Cartagena, resultado del Coloquio de Cartagena organizado por el ACNUR en noviembre de 1994 se sostuviera lo siguiente:

«Reiterar 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 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) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de con-

Durante la primera mitad de los ochenta, por ejemplo, los países del Sudeste asiático concedieron el estatuto de refugiado de manera automática a los boat people vietnamitas que llegaban a su territorio. Sin embargo, en la segunda mitad de la década esos mismos países comenzaron a poner impedimentos, requiriendo a los vietnamitas que demostrasen tener un temor fundado de persecución en su país.» **Ob. Cit.**, p. 199.-200.

El asilo territorial, cuya existencia se remonta al surgimiento de los Estados en Europa, en un principio estuvo pensado para dar solución a casos de personas individuales que habían cometido delitos políticos, cuyo número no era muy significativo, a diferencia de lo ocurrido en el caso del refugio, figura propia de nuestro tiempo, que desde su origen fue orientada hacia los movimientos masivos de personas, ya que su finalidad fue, desde un principio, dar solución a casos de discriminación que por su naturaleza implican un gran número de individuos. Ambos términos se han venido utilizando indistintamente para designar un fenómeno similar, esto es, la protección brindada a una o más personas, e incluso en determinados casos, a poblaciones enteras que se hallan fuera del territorio del Estado al cual pertenecen y al que no pueden volver por un fundado temor. La finalidad es poner a salvo sus vidas o su libertad, las cuales peligran fundamentalmente por motivos políticos.

17 ACNUR. **Recopilación de Instrumentos Internacionales Relativos al Asilo y a los Refugiados**. Ginebra , División de Protección y Propaganda, 1984, p. 128.

tener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.»

Esta conclusión reconoce y hace manifiesta la necesidad de ampliar el concepto de refugiado en el caso centroamericano, para lo cual propone tener presente la definición contenida en la Convención de la OUA. y las particularidades de la situación existente en esta zona del continente, arribando así a un concepto de refugiado que va más allá de la definición lograda en el documento africano al incluir por primera vez la situación de la violación masiva de los derechos humanos.

Hasta aquí hemos visto el tratamiento brindado en diversos documentos internacionales a un conjunto de situaciones presentadas luego de la Primera Guerra Mundial. Sin embargo, como ya se indicó al comenzar este artículo, de los aproximadamente 50 millones de desplazados forzosos, tan solo el 22% se entrarían bajo la definición de refugiado contenida en la Convención de 1951.

Exceptuando a los más de 2 millones de refugiados palestinos asistidos por el Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los refugiados de Palestina en el Cercano Oriente, las cifras anteriores implican la existencia de alrededor de 37 millones de personas que buscan protección bajo situaciones tan indefinidas como innumerables.

Es así como surgen del ámbito académico y de las organizaciones humanitarias, numerosos e imprecisos conceptos como: flujo de asilo, expulsión en masa, limpieza étnica, desplazamiento a causa de desastres naturales, refugiados económicos, migración forzosa, desplazados internos, traslado de poblaciones, repatriación involuntaria, retorno forzoso, entre otros¹⁸.

De la diversidad existente, resulta de especial interés para el presente trabajo, tratar brevemente algunos fenómenos de desplazamiento forzoso particularmente cercanos al concepto de refugio de la Convención de 1951.

El Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la condición de refugiado de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ha contemplado la figura de los refugiados «sur place», dentro de la cual se comprende a aquel que habiendo salido de su país, no necesariamente de manera ilegal ni por la presencia de fundados temores, decide solicitar el reconocimiento de su condición de refugiado luego de haber transcurrido algún tiempo en el extranjero, adquiriendo la calidad de tal sin haberlo sido al momento de dejar su país. Las situaciones o hechos generadores de tal condición surgen en el país de origen en ausencia de la persona, pudiendo proceder también de las actividades del mismo sujeto, como en el caso de la expresión pública de sus opiniones políticas en el país de residencia.

18 ACNUR. **La Situación de los Refugiados en el Mundo. Un Programa Humanitario.** Ob. Cit. p. 3.

Por otro lado, tenemos la figura de las personas desplazadas en situación similar a refugiados¹⁹, que se hiciera notoria con el fin de la Guerra de Vietnam y la aparición de los llamados «boat people». Esta, a diferencia de la definición convencional de refugiado, señala como motivos de huida las luchas o grandes cambios políticos o sociales que hacen insostenible su permanencia en el Estado de nacionalidad o residencia. Esto nos hace pensar inmediatamente en la Convención de la Organización Africana de 1969, según la cual, se tratarían de auténticos refugiados.

Asimismo, la denominación de «refugiados de facto» implica una diversidad de situaciones -similares al supuesto *sur place* protegido por el ACNUR- en las que el común denominador consiste en la presencia de personas que se hallan en un estado diferente al de su nacionalidad o residencia y que por diferentes motivos, al ser su situación irregular (no necesariamente desde un principio), deberían regresar a su país, no queriendo o no pudiendo hacerlo por motivos justificados, a la vez que no les corresponde la calidad de refugiados.

Al respecto, P. Weiss señala como refugiados de facto a:

«aquellos que se hubieran sometido a un procedimiento de elegibilidad en su país de residencia y cuyas demandas hubieran sido rechazadas, pero que no pueden o no quieren retornar a su país de origen por razones válidas. Los apátridas no reconocidos como refugiados, están en idéntica situación que los anteriores. (...) Aquellos cuyo pasaporte haya expirado y no les es renovado, salvo que retornen a sus países de origen, lo que no quieren hacer. Prófugos y desertores por razones válidas según el convenio, y que no pueden ser considerados refugiados en sentido propio.»²⁰

Esta es una protección de carácter individual, que busca atender situaciones que no obedece a una causal específica sino que se brinda en función del hecho objetivo de tener un motivo razonable para no volver a su país de origen. Estaríamos hablando de una protección pasiva en cuanto se aprovecha que la persona está bajo una jurisdicción que brinda protección a sus derechos, no regresándola o no expulsándola del propio territorio, no obstante haberse sometido infructuosamente a un proceso de calificación.

4. REFLEXIONES FINALES

Figuras como los refugiados «*sur place*», los desplazados en situación similar a refugiados, así como los «refugiados de facto», anteriormente descritas, nos permiten realizar algunas reflexiones finales en torno al concepto de refugiado contenido en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, frente a la realidad a la que deben aplicarse.

Luego de más de cuatro décadas desde la vigencia de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, puede afirmarse que, si bien resulta indiscutible que la definición de refugiado en ésta Convención ha sido totalmente rebasada por la realidad, sólo en cuanto

19 Consagrada en la Resolución 3454 (XXX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptada en 1975.

20 MARIÑO MENENDEZ, Fernando. *Ob. Cit.*, p.345.

los desplazamientos forzados cumplan las condiciones establecidas en dicho instrumento, podrán beneficiarse de los derechos consagrados en sus normas.²¹

En otras palabras, las situaciones de refugio no se agotan en la definición consagrada en el Derecho Internacional a través de la Convención de 1951, la que debe tomarse como un concepto orientador y fundamentalmente como parámetro indispensable para la identificación de aquellos casos a los que es aplicable dicho instrumento internacional.

Sin embargo, este carácter no implica el desconocimiento de la necesidad de protección de millones de personas que sometidas a situaciones distintas a las contempladas en la Convención de 1951, sufren los mismos riesgos e indefensión. Así lo han entendido Tanto la Asamblea General de las Naciones Unidas como diversos organismos de ayuda humanitaria entre ellos el ACNUR.

21 El juez Baltasar Garzón Real, en el Auto de procesamiento contra Augusto Pinochet Ugarte, afirma que los actos de exterminio dirigidos a un grupo ideológicamente identificable de la población se encuentran incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la que identifica el genocidio con la comisión de ciertos actos -tales como matanzas o lesiones graves- perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal. Al no contemplarse la motivación política para comisión de genocidio, el magistrado señala: «Esta exclusión ha sido reiteradamente contestada por la doctrina científica más autorizada, sobre todo porque como dice el profesor José Manuel Gómez Benítez (Genocidio e Inmunidad de los Jefes de Estado), «... la realidad, sobre todo, ha ido imponiendo una forma distinta de interpretar la convención. Los exterminios de grupos de personas por razones políticas han sido tan evidentes y atroces que cada vez ha sido más injustificable mantener que no caven en la definición jurídica del genocidio porque no coinciden con ninguno de los grupos aludidos en el texto de la Convención».

«Pues bien, tampoco debe dudarse en otorgar tal calificación cuando se da el supuesto contrario. Es decir, cuando la acción ataca a los propios componentes del grupo nacional (concepto esencialmente político), y lo hace por motivaciones esencialmente políticas a las que pueden ir unidas aquellas otras de índole racial o religiosa, o ideológicas, que se plasman en acciones concretas, como una mayor agresividad, sadismo, violencia, intensidad en la tortura o vejación cuando la víctima concreta es un indígena, un judío, un católico discrepante o meramente un intelectual contrario al pensamiento oficial del grupo agresor, un no teísta, al que se asimila «el comunista o el marxista».

No aceptar esta interpretación es desconocer la naturaleza viva del concepto de genocidio que no puede permanecer conforme a una interpretación estática y contraria a la propia naturaleza de las cosas, e inalterada por su anclaje en unas posiciones doctrinales, determinadas por el precedente inmediato de la segunda guerra mundial pero que hoy día han evolucionado, conforme las agresiones contra la humanidad se han ido refinando, seleccionando y «acondicionando» a las nuevas situaciones diferentes a aquellas que impulsaron la Convención de 9 de diciembre de 1948.» Auto de Procesamiento del 10 de diciembre de 1998

De esto, puede concluirse que en el caso del genocidio, al igual que en el refugio, la norma internacional ha sido superada por la realidad; sin embargo, la posición del juez Garzón difiere del tratamiento que se ha dado a dicha situación en el caso del refugio. En todo caso queda abierto el tema a una rica discusión.