

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

OPINIÓN CONSULTIVA REMITIDA POR EL GOBIERNO DE ECUADOR

SOBRE

***“LA INSTITUCIÓN DEL ASILO EN SUS DIVERSAS FORMAS Y LA LEGALIDAD DE SU RECONOCIMIENTO
COMO DERECHO HUMANO DE TODAS LAS PERSONAS CONFORME AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO
DISCRIMINACIÓN”***

**Aportación realizada por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos
Humanos A.C**

México, Ciudad de México a 4 de mayo de 2017

Corte Interamericana de Derechos Humanos

**Avenida 10, Calles 45 y 47. Los Yoses, San Pedro San José,
Costa Rica**

Comparecemos ante esta Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos con el fin de allegar la presente opinión a la consulta formulada por el gobierno de Ecuador respecto de “la institución del asilo en sus diversas formas y la legalidad de su reconocimiento como derecho humano de todas las personas conforme al principio de igualdad y no discriminación”.

Por parte de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (*en adelante* CMDPDH), suscribe su Director Ejecutivo **José Antonio Guevara Bermúdez**, la Directora del área de Defensa, **Nancy Jocelyn López Pérez**, y las abogadas de casos de solicitantes de asilo **Nayomi Aoyama González** y **Daniela Gutiérrez Escobedo**.

[Redacted signature area]

Se anexan al presente escrito los documentos que acreditan la representación y existencia legal de la CMDPDH.



Contenido

I. Justificación y objeto	4
II. Cláusulas de exclusión	5
<i>II. 1. Consideraciones generales</i>	5
<i>II. 2. Elementos de la definición de refugiado con relación a una posible aplicación de alguna de las cláusulas de exclusión</i>	8
<i>II. 3. Elementos a considerar en la aplicación de las cláusulas de exclusión</i>	10
a) El factor <i>común</i> del delito cometido	11
b) La <i>gravedad</i> del delito	12
c) La <i>pena</i> al delito cometido	12
d) La <i>responsabilidad individual</i>	13
<i>II. 4. Cancelación del estatuto de refugiado</i>	13
<i>II. 5. Garantías de debido proceso en los procedimientos para el otorgamiento de la condición de refugiado y en el procedimiento de cancelación de la misma.</i>	14
<i>II. 6. Cláusulas de exclusión en casos que involucran a niños, niñas y adolescentes</i>	16
III. 7. Conclusiones.....	20
IV. Petitorio	21

I. Justificación y objeto

El 18 de agosto de 2016 el Estado de Ecuador presentó en la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*en adelante* Corte IDH) una solicitud de opinión consultiva sobre “la Institución del asilo en sus diversas formas y la legalidad de su reconocimiento como derecho humano de todas las personas conforme al principio de igualdad y no discriminación”. Derivado de lo anterior y de conformidad con el artículo 73.3 del Reglamento de la Corte Interamericana, mediante resolución del Presidente del Tribunal, se incitó a otros Estados y las organizaciones de la sociedad civil que así lo desearan, a presentar opiniones escritas sobre los puntos sometidos a consulta.

Al respecto, es importante mencionar que la CMDPDH otorga representación, orientación y asesoría legal a personas migrantes en México con relación al procedimiento para el otorgamiento de la condición de refugiado. El trabajo de representación legal consiste en dar acompañamiento legal a las personas que solicitan protección internacional en todas las etapas del procedimiento para el otorgamiento de la misma, así como para detectar violaciones a derechos humanos y específicamente al debido proceso durante los procedimientos desahogados ante las instancias gubernamentales competentes en materia de asilo en México.

Con el fin de proporcionar información apegada a la experiencia del trabajo cotidiano con solicitantes de protección internacional que hemos obtenido desde la CMDPDH, es que esta organización se avocará únicamente al análisis de las siguientes dos consultas:

PREGUNTA E) ¿Cabe que un Estado deniegue asilo a una persona que solicita dicha protección en una de sus sedes diplomáticas aduciendo que otorgarlo sería dar mal uso a los locales que ocupa la Embajada, o que concederlo de esta forma sería extender indebidamente las inmunidades diplomáticas a una persona sin estatus diplomático, y cuáles deberían ser las consecuencias de orden jurídico de dichos argumentos sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona afectada, teniendo en cuenta que podría tratarse de una víctima de persecución política o de actos de discriminación?

PREGUNTA F) ¿Cabe que el Estado asilante deniegue una solicitud de asilo o refugio, o revoque el estatuto concedido como consecuencia de la formulación de denuncias o del inicio de un proceso legal contra dicha persona, habiendo indicios claros de que dichas denuncias tienen un móvil político y que su entrega podría dar lugar a una cadena de sucesos que terminaría causando graves daños al sujeto, es decir, la pena capital, cadena perpetua, tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, a la persona reclamada?

El objeto será exponer a la Corte IDH un aspecto diverso sobre los alcances de la solicitud de opinión consultiva presentada por el gobierno de Ecuador, respecto a dos temas específicos: cláusulas de exclusión y asilo extraterritorial.

Respecto al primero, se desarrollarán los criterios que los estados deben utilizar en la aplicación de las cláusulas de exclusión, introduciendo a su vez, cuando dicha aplicación se verifica en casos de niños, niñas y adolescentes que formaron parte de algún grupo del crimen organizado.

Lo anterior, ya que si bien existen pronunciamientos al respecto por parte de organismos internacionales, debido a los crecientes índices de violencia en América Latina y particularmente en los países de Centroamérica, se hace necesario que este Tribunal interprete las normas de exclusión en casos de niñas, niños y adolescentes (*en adelante* NNA) a la luz del principio de interés superior del menor.

Por otro lado, esta opinión se abocará al estudio de los alcances territoriales de las diversas formas de asilo contenidas en el derecho internacional de los refugiados, así como al análisis de la naturaleza extraterritorial del principio de *no devolución*. El objeto de estas aproximaciones jurídicas es que, a partir el pronunciamiento de este Tribunal, los Estados reconozcan en su legislación interna la obligación de proveer de un *salvoconducto* a aquellas personas que encontrándose dentro de una misión diplomática no puedan ser devueltas al país territorial.

II. Cláusulas de exclusión

II. 1. Consideraciones generales

Las secciones D, E y F del artículo 1 de la Convención de 1951 contienen disposiciones en virtud de las cuales se excluye del estatuto de refugiado a una persona. Por la pregunta F)¹ formulada a esta Corte IDH por el gobierno de Ecuador, únicamente nos referiremos a la sección F de dicho numeral², que establece que:

¹ PREGUNTA F) ¿Cabe que el Estado asilante deniegue una solicitud de asilo o refugio, o revoque el estatuto concedido como consecuencia de la formulación de denuncias o del inicio de un proceso legal contra dicha persona, habiendo indicios claros de que dichas denuncias tienen un móvil político y que su entrega podría dar lugar a una cadena de sucesos que terminaría causando graves daños al sujeto, es decir, la pena capital, cadena perpetua, tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, a la persona reclamada?

² La sección D se refiere a personas que ya reciben protección o asistencia por parte de las Naciones Unidas, y la sección E a aquellas que no se considera necesitadas de la protección internacional.

1F.

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.

La lógica de las cláusulas de exclusión contenidas en el inciso F antes transcrito, se fundamentan en que determinados crímenes son tan graves que vuelven a sus autores indignos de recibir protección internacional como refugiados, a pesar de que cumplan con los elementos de la definición de refugiado contenidos en el artículo 1(A) de la Convención de 1951.³ Su propósito es privar a los culpables de atrocidades y delitos graves de la protección internacional que les es reconocida a los refugiados, impidiendo con ello que tales personas abusen de la institución del asilo para evadir la justicia y sumir a las víctimas de éstos delitos en la impunidad.

A diferencia de los incisos a) y c) del artículo antes citado, el ámbito de temporalidad de la cláusula de exclusión contenida en el inciso b) es limitada. Es decir, es necesario que el delito de que se trate haya sido cometido antes de la admisión a ese país como refugiado.

La competencia para determinar si es aplicable alguna de estas cláusulas corresponde al Estado que concederá o no la condición de refugiado, quien únicamente deberá contar con motivos fundados para considerar que la persona ha cometido alguno de los actos descritos en dicho artículo.⁴ Sin embargo, a pesar de la presunción de la existencia de dichos motivos, las cláusulas de exclusión deben aplicarse de manera restrictiva pues los efectos que podría acarrear para la persona solicitante o refugiada podrían resultar graves para alguno o varios de sus derechos fundamentales.

³ Directrices sobre Protección Internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: el artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados. Página 2. Disponible en la web: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2554.pdf>

⁴ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Manual y Directrices Sobre 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 Refugiados*. Párr.149.



Al respecto, el ACNUR estableció que las cláusulas de exclusión no sólo deben requerir de un procedimiento riguroso sino que, dado su carácter negativo, su enunciación debe ser exhaustiva, por lo que en su aplicación no puede aducirse por analogía otras causas que justifiquen la privación del estatuto de refugiado.⁵ Asimismo, dadas las graves consecuencias que podría acarrear la utilización de alguna cláusula de exclusión en un procedimiento de asilo, esa decisión deberá darse dentro de “un procedimiento regular de determinación de la condición de refugiado y no como parte de procedimientos acelerados o de admisibilidad.”⁶ Es decir, el reconocimiento de la condición de refugiado deberá analizarse previamente a la aplicación de alguna cláusula de exclusión.

Ahora, si bien la aplicación de dichas cláusulas se realiza generalmente al desahogar un procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, existen casos en que dichas cláusulas son aplicadas a casos de personas que ya tienen el carácter de refugiadas, en cuyo caso el efecto jurídico será la cancelación de dicho estatuto y, por lo tanto, de la protección internacional brindada. Es decir “invalidar el reconocimiento de un estatuto de refugiado que no debería haberse otorgado jamás”.⁷

El marco legal establecido por el derecho internacional de los refugiados y los principios generales del derecho restringen las condiciones bajo las cuales es legal invalidar el reconocimiento de la condición de refugiado, al mismo tiempo en que se garantiza la protección contra la cancelación arbitraria o discriminatoria del estatuto, de aquéllas personas que señalan tener un temor fundado de persecución.⁸

Dado que la revisión de una decisión de esta naturaleza es una excepción a la regla de la revisión de decisiones que se constituyen como *cosa juzgada*⁹, el principio de *proporcionalidad* exige tomar en consideración los efectos que podría provocar la invalidación de una decisión viciada sobre la persona involucrada. Por lo que la invalidación del estatuto de refugiado sólo será legal cuando: exista evidencia adecuada que funde los motivos para la cancelación (i), las consecuencias de la

⁵ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Manual y Directrices Sobre 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 Refugiados*. Párr. 116

⁶ No obstante, la exclusión podrá considerarse previamente al análisis del otorgamiento de la condición de refugiado cuando: (i) un tribunal penal internacional haya presentado cargos; y/o (ii) existan pruebas aparentes y fácilmente disponibles que indiquen fuertemente la participación del solicitante en delitos particularmente graves. Particularmente cuando el acto cometido se encuentra en alguno de los supuestos de los incisos a) y c) del artículo 1F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951; a saber: cuando ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, o bien, cuando se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas. Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Directrices sobre Protección Internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: el artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Párr. 31, Pág. 10.

⁷ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Nota sobre la cancelación del Estatuto de refugiado*. Párr. 1, pág. 2. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7092.pdf>

⁸ *Ibidem*, párr. 6., pág. 4.

⁹ Este principio general del derecho establece que un asunto que ha sido objeto de una decisión judicial no puede ser sometido a revisión.



invalidación no sean desproporcionados y no acarreen efectos seriamente perjudiciales para la persona (ii), y si la decisión de cancelar el estatuto es tomada de acuerdo a las garantías de debido proceso (iii).¹⁰

Es muy importante establecer que, con base en las normas de exclusión contenidas en la Convención de 1951, tanto la determinación de no reconocer la condición de refugiado como la de cancelar la protección internacional brindada, son totalmente independientes de la determinación del Estado de expulsar o extraditar a la persona solicitante o refugiada, según sea el caso. Asimismo, es importante hacer énfasis en que, tanto la determinación por parte del Estado asilante de no reconocer la protección internacional solicitada o de cancelarla, así como aquélla que determine la extradición o expulsión de la persona, deben sujetarse a las garantías mínimas de debido proceso reconocidas a nivel internacional en diversos tratados de derechos humanos, dentro de los que destaca la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8.

II. 2. Elementos de la definición de refugiado con relación a una posible aplicación de alguna de las cláusulas de exclusión

De acuerdo a la Convención de 1951, una persona refugiada será aquélla que se encuentre fuera de su país de origen y tenga *temores fundados*¹¹ de ser perseguido por motivos de raza, nacionalidad, sexo, preferencia sexual, opiniones políticas, o pertenencia a determinado grupo social, y que no pueda o, a causa de dichos temores no quiera acogerse a la protección de su país.¹²

Si bien no existe una definición universalmente aceptada acerca del concepto de “persecución”, del artículo 33 de la Convención de 1951¹³ se desprende que toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona, u otras violaciones graves a sus derechos humanos constituirá persecución.

Tratándose de personas que enfrentan un proceso penal o en contra de quien se ha presentado una denuncia, el análisis de este elemento es muy relevante, toda vez que la solicitud de reconocimiento

¹⁰ *Ídem*, párrr. 8-9, pág. 4.

¹¹ Este elemento implica la existencia de dos clases de temores: subjetivo y objetivo. El primero se refiere al estado de ánimo del solicitante con relación a la persecución que alega, mientras que el segundo es el análisis de la credibilidad de la declaración del solicitante con base en el contexto del país del que es originario, así como de la coherencia, contradicciones y credibilidad de sus manifestaciones.

¹² Este análisis no es exhaustivo, sino únicamente pretende establecer los elementos a satisfacer por parte del solicitante para ser reconocido como refugiado. Para mayor información, especialmente acerca de las formas en que otros actos pueden constituir persecución y el estándar para determinarlos, ver el *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*., disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf> Párr. 51-53

¹³ **Artículo 33. -- Prohibición de expulsión y de devolución** ("refoulement") 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. 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.



de la condición de refugiado puede estar basada en el enjuiciamiento del que el solicitante está siendo parte. En este supuesto, es importante mencionar que “un refugiado es una víctima o posible víctima de la injusticia y no un prófugo de la justicia”.¹⁴

Lo anterior, no significa que a toda persona que está siendo juzgada por un delito se le deba negar el reconocimiento de la condición de refugiado *per se*, pues la persecución podría estar acreditada a través de una investigación objetiva que culmine en la conclusión de que la o el solicitante se enfrenta ante un caso de uso indebido del derecho penal¹⁵.

Otro supuesto que tendría que ser analizado es, cuando la o el solicitante que enfrenta un proceso penal se enfrenta a una pena que pudiera resultar excesiva al delito cometido, procedimiento que resultaría contrario a sus derechos humanos.

Por otro lado, en caso de que una persona, además de temer el enjuiciamiento o castigo por la comisión de algún delito, –o independientemente de ello– alegue temores de ser perseguido, la persona será refugiada. No obstante, será necesario realizar posteriormente el análisis en el que se determine si se aplicará o no una cláusula de exclusión.

Ahora bien, como se desprende de la definición antes mencionada, para ser considerado como refugiado, es necesario que el solicitante tenga temores fundados de ser perseguido por motivos discriminatorios. En el particular caso de que la persecución se deba a las opiniones políticas manifestadas por el solicitante¹⁶ es necesario establecer un nexo causal entre la opinión manifestada y las consecuencias que éste teme.

Esas consecuencias generalmente se presentan en forma de sanciones por presuntos actos delictivos cometidos contra el poder establecido, por lo que será necesario determinar las opiniones políticas del solicitante que son “la causa fundamental de su comportamiento y si han dado lugar o pueden dar lugar a la persecución que, según sus alegaciones, teme ser víctima.”¹⁷

¹⁴ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, párr. 56, pág. 16

¹⁵ La criminalización de las defensoras y defensores a través del uso indebido del derecho penal consiste en la manipulación del poder punitivo del Estado por parte de actores estatales y no estatales con el objetivo de controlar, castigar o impedir el ejercicio del derecho a defender los derechos humanos. Esta puede tomar lugar, por ejemplo, mediante la presentación de denuncias infundadas o basadas en tipos penales no conformes con el principio de legalidad, o en tipos penales que no cumplen con los estándares interamericanos atendiendo a las conductas que castigan. También puede darse a través de la sujeción a procesos penales prolongados y mediante la aplicación de medidas cautelares con fines no procesales. La manipulación del derecho penal en perjuicio de las defensoras y los defensores se ha convertido en un obstáculo que amerita la atención prioritaria por parte de los Estados, pues tiene por efecto amedrentar la labor de defensa y protección de los derechos humanos, y paralizar el trabajo de las defensoras y defensores, dado que su tiempo, recursos (financieros y demás) y energías deben dedicarse a su propia defensa

¹⁶ Para mayor información acerca de la persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad o pertenencia a determinado grupo social, ver *Directrices sobre Protección Internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: el artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Párr. 66-93.

¹⁷ *Ibidem*, párr. 81, pág. 19.



En el supuesto de que una persona está siendo juzgada a causa de un delito político, resultará necesaria la distinción entre si dicho juicio es en consecuencia de la manifestación de sus opiniones políticas o por actos con una motivación política. Tratándose de este último supuesto, si el castigo previsto es conforme con la legislación del país de que se trate, el temor de tal enjuiciamiento no constituirá *per se* al solicitante como un refugiado; no obstante, si existieran motivos para considerar que el probable responsable quedará expuesto a un castigo que resultaría arbitrario o excesivo por el presunto delito, dicho castigo será equiparable a la persecución.

En la determinación de lo anterior, el Estado receptor deberá considerar los siguientes elementos: la personalidad del solicitante, sus opiniones políticas, la motivación del acto presuntamente delictivo, la naturaleza del enjuiciamiento, sus motivos, y la naturaleza de la ley en la que se basa el castigo.¹⁸

Una vez realizado el análisis anterior, y dependiendo de la acreditación de todos y cada uno de los elementos antes desarrollados, el Estado receptor deberá determinar si el solicitante es o no refugiado. En caso de que no sea así, no será necesario el análisis de alguna de las cláusulas de exclusión, sino únicamente negará el reconocimiento de la protección internacional solicitada, aunque dicha determinación no excluirá el análisis del otorgamiento de otro tipo de protección, cuando existan motivos para considerar que el solicitante podrá ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes en su país de origen.¹⁹

En caso de que la persona cumpla con todos los elementos para ser reconocido como refugiado, dicha determinación deberá constar en la resolución de que se trate, y posteriormente se realizará el análisis de la aplicación de alguna de las cláusulas de exclusión.

II. 3. Elementos a considerar en la aplicación de las cláusulas de exclusión

Como se ha mencionado anteriormente, cuando una persona solicite a un Estado le sea reconocida la condición de refugiado, éste deberá analizar exhaustivamente si la persona cumple con todos y cada uno de los elementos de la definición de refugiado.²⁰ Lo anterior, independientemente de que

¹⁸ *Ibidem*, párr. 86, pág. 20.

¹⁹ En algunos países, especialmente en Latinoamérica, dicha protección se conoce como *protección complementaria* también denominada *protección subsidiaria*, la cual hace relación a los mecanismos legales destinados a proteger y otorgar dicho estatuto a las personas en necesidad de protección internacional que no cumplen con los requisitos establecidos para ser concedido el estatuto de refugiado. Las medidas de protección complementaria permiten regularizar la permanencia de personas que no son reconocidas como refugiadas pero cuyo retorno sería contrario a obligaciones generales sobre la no devolución, contenidas en diferentes instrumentos de derechos humanos, especialmente en el artículo 33 de la Convención de 1951 y la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 22.8. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*; página 70. Párraf. 133. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>

²⁰ Artículo 1. -- Definición del término "refugiado"

A.

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



se hubieren formulado denuncias o iniciado un proceso legal en su contra y por lo tanto, hubieren indicios de la posible aplicación de alguna de las cláusulas de exclusión.²¹

En caso de que la persona sea refugiada, una Unidad Especializada en Exclusión –que deberá encontrarse dentro de la institución responsable de determinar la condición de refugiado para resolver casos de exclusión y garantizar que se los trate de manera expedita–²², procederá al análisis de aplicación de alguna de las cláusulas de exclusión, en donde deberá ponderar los siguientes elementos:

a) El factor *común* del delito cometido

Un delito será considerado *común* cuando la característica predominante del acto cometido es personal o de lucro; cuando no existen vínculos claros entre el delito y su presunto objetivo político; o bien, cuando el acto en cuestión es desproporcionado en relación con el presunto objetivo político. Para valorar lo anterior, es importante conocer el motivo por el cual se cometió determinado acto, el contexto en el que sucedió, los métodos para su consecución y la proporcionalidad del acto respecto a los objetivos perseguidos.²³ Al respecto, el ACNUR ha establecido que:

“Actos atroces de violencia, como aquéllos actos comúnmente considerados de índole terrorista, casi ciertamente fallarán la prueba de la predominancia, ya que son enteramente desproporcionados con respecto a cualquier objetivo político. Además, para que un delito se considere

1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 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.º 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. En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión "del país de su nacionalidad" se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea.

²¹ “La índole excepcional del artículo 1F sugiere que la inclusión debería generalmente considerarse antes que la exclusión” Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Directrices sobre Protección Internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: el artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Párr. 31, Pág. 10

²² Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Directrices sobre Protección Internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: el artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Párrs. 31-36. Págs.10 y 11

²³ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados *Directrices sobre Protección Internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados*, párr. 15. Pág. 6.

político, los objetivos políticos deben ser consistentes con los principios de derechos humanos²⁴ (subrayado nuestro)

b) La *gravedad* del delito

Este elemento debe analizarse únicamente cuando el supuesto de hecho encaje en el inciso b) del artículo 1F de la Convención de 1951, en donde se entenderá por delito *grave* aquélla infracción que sea castigada con la pena de muerte o con penas muy graves, es decir, aquella que ponga en riesgo la vida o la libertad de la persona. Excepcionalmente, la gravedad de la pena será irremediable cuando el delito cometido sea muy grave.²⁵

Sin embargo, siempre será necesario hacer una ponderación entre la naturaleza del delito que se presume ha cometido el solicitante y el grado de persecución que teme. Si una persona tiene fundados temores de persecución y ésta pone en riesgo su vida o libertad, la naturaleza del delito tiene que ser muy grave para que se le excluya; si la persecución que teme es menos grave habrá que considerar la naturaleza del delito que se la imputan, para determinar si el interesado no es en realidad un prófugo de la justicia o si su carácter de probable responsable no predomina sobre su carácter de refugiado de buena fe.

Según las directrices de exclusión del ACNUR, al definir si determinado delito es lo suficientemente “grave”, los siguientes factores deberán tomarse en cuenta: la índole del acto, el daño efectivo provocado, el procedimiento empleado para procesar o enjuiciar el delito, la naturaleza de la pena y si la mayoría de las jurisdicciones lo consideraran como grave.²⁶ El asesinato, la violación, el robo armado, la tortura y actos de secuestro calificarían sin duda como delitos graves.²⁷ Asimismo, deben considerarse todos y cada uno de los factores que pudieren resultar pertinentes, entre ellos: las circunstancias atenuantes del delito, la existencia o no de antecedentes penales y el cumplimiento de una condena, entre otros.

c) La *pena* al delito cometido

Una persona culpable de un delito de derecho común puede estar expuesta a un castigo excesivo de modo que éste sea equiparable a la persecución. Para lo cual será necesario remitirse a la legislación

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Manual y Directrices Sobre 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 Refugiados*, párr. 156., pág. 34.

²⁶ *Id.* a 14, 27.

²⁷ *Id.* a 14.

del país de que se trate, pues cabe la posibilidad de que una ley no esté en consonancia con los principios reconocidos en materia de derechos humanos y, en su contenido o en su aplicación, subyazca discriminación.

En algunos casos, como lo señala el ACNUR, podrían existir dificultades para evaluar las leyes de otros países, por lo que muchas veces se hace necesario acudir a la propia legislación y a los principios enunciados en los diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos.

d) *La responsabilidad individual*

La responsabilidad individual se desprende del hecho de que la persona haya cometido o contribuido sustancialmente a la comisión del acto delictivo, con el conocimiento de que su acción u omisión facilitaría la conducta criminal. Dicho conocimiento es conocido doctrinalmente como *mens rea*, es decir, la intención de cometer determinado acto bajo el conocimiento de los efectos que produciría.

En este sentido, cuando el individuo al momento de cometer el acto delictivo de que se trate no tenía pleno conocimiento o intención de cometerlo (por ejemplo, en casos de discapacidad mental, intoxicación y, en el caso de menores de edad, inmadurez), dicha característica deberá constituirse como una excluyente de la responsabilidad individual. Asimismo, deberá valorarse si dicho acto delictivo fue cometido bajo coacción, de modo que la persona no hubiere podido actuar de distinta forma debido a la amenaza de muerte inminente o al daño corporal grave que se le hubiere infligido –a él o a otra persona–.²⁸

En caso de que el solicitante haya pertenecido a algún grupo cuyas actividades son condenadas no sólo por el inciso b) sino por cualquiera de los tres contenidos en el artículo 1F, es necesario atender a los siguientes factores: actividades actuales del grupo, su estructura organizada, la posición del individuo dentro del grupo y su capacidad para influir significativamente en sus actividades. Dichas presunciones, en el contexto de un procedimiento de asilo, deben ser refutables por el solicitante.²⁹

II. 4. Cancelación del estatuto de refugiado

Las condiciones bajo las cuales se puede invalidar la decisión de otorgar a una persona el estatuto de refugiado dependen de las circunstancias que llevaron a la autoridad encargada de la

²⁸ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados *Directrices sobre Protección Internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados*, párr. 22, pág. 8.

²⁹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados *Directrices sobre Protección Internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados*, párr. 19. Pág. 7.

determinación a adoptar la decisión viciada. Dicho vicio debe ser necesariamente alguno de los siguientes:

1. No se cumplieron los criterios de inclusión contenidos en el artículo 1A de la Convención de 1951³⁰
2. Se debió de haber aplicado alguna de las cláusulas de exclusión, cuando no se considera a la persona merecedora de protección internacional porque existen motivos fundados para considerar que la persona refugiada cometió actos que quedan comprendidos dentro del artículo 1F.

Para la cancelación del estatuto de refugiado es necesario que todos los elementos de la cláusula de exclusión se encontraran presentes al momento de la determinación inicial y que los actos atribuidos a la persona solicitante se consideran incluidos dentro de la definición de los actos que ameritan la exclusión. Asimismo, debe existir información creíble y confiable que demuestra la responsabilidad individual de la persona refugiada en la comisión de tales actos.

En este sentido, en caso de que se formulen denuncias o se inicie un proceso legal en contra de una persona refugiada, para la cancelación del estatuto de refugiado es necesario que el o los actos que le están siendo imputados se hayan cometido previo al reconocimiento, y que exista información creíble que demuestre la responsabilidad de la persona, así como que se haga la valoración de los mismos elementos en la aplicación de la cláusula de exclusión (*naturaleza común y grave del delito*, grave, proporcionalidad de la pena y la responsabilidad individual).

El ACNUR reconoce que existen legítimas preocupaciones de seguridad de los Estados, y que la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 incluyen salvaguardas específicas en esta materia (i.e. medidas provisionales, expulsión, principio de no devolución). En consecuencia, es necesario hacer un debido balance entre los legítimos intereses de los Estados y las necesidades humanitarias de quienes requieren y merecen protección internacional. Para ello, se requiere el respeto irrestricto al derecho de asilo y al principio de no devolución, y la aplicación coherente y consistente de las cláusulas de inclusión y exclusión de la definición de refugiado.

II. 5. Garantías de debido proceso en los procedimientos para el otorgamiento de la condición de refugiado y en el procedimiento de cancelación de la misma.

³⁰ Es decir, un temor fundado de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera de su país de nacionalidad, y no pueda, o a causa de dichos temores no pueda acogerse a la protección de su país.

Esta CoIDH ha indicado que el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 8 de la CADH se refiere al “conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado (...) que pueda afectarlos”.³¹ Lo anterior, independientemente de su situación migratoria.

Asimismo, ha establecido que en los casos en que las autoridades migratorias toman decisiones que afectan derechos fundamentales, como la libertad personal, y en procedimientos que deriven en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos judiciales o administrativos sancionatorios sin respetar las garantías mínimas de debido proceso. Estas garantías mínimas comprenden: condiciones mínimas de detención durante el procedimiento, presentar razones en contra de la expulsión, asistencia consular, representación legal, traductor o intérprete, notificación de la resolución y derecho a recurrirla.³²

Dado que la aplicación de las cláusulas de exclusión pueden producir efectos graves en la esfera jurídica de las personas solicitantes de la condición de refugiado, es muy importante que además de las garantías mínimas de debido proceso antes señaladas se considere lo siguiente:³³

1. Carga de la prueba respecto a la exclusión.- Dado que en todos los procedimientos de asilo el solicitante cuenta con el *beneficio de la duda*³⁴, la carga de la prueba descansa en el Estado. No obstante, si el solicitante ha sido acusado por un tribunal penal internacional, la carga de la prueba se invierte.
2. La exclusión no debe basarse en *pruebas confidenciales irrefutables* por el individuo en cuestión, sino únicamente cuando resulte imprescindible proteger la seguridad de testigos, y siempre y cuando se garantice al solicitante de asilo su capacidad efectiva de refutar las pruebas.

Tratándose de casos en que la persona de que se trate ya ha sido reconocida como refugiada y se inicie un procedimiento de cancelación del estatuto concedido, además de las garantías mínimas de

³¹ Cfr. Caso de Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2011, párr. 69.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Pág 44.

³³ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Directrices sobre Protección Internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: el artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Párrs. 31-36. Págs.10 y 11.

³⁴ Dicho principio reconoce que es difícil para las personas refugiadas aportar todas las pruebas necesarias para validar o comprobar sus afirmaciones. Por lo que si el relato del solicitante parece verídico, deberá concedérsele, a menos que existan razones de peso para no hacerlo, el beneficio de la duda.

debido proceso y de las consideraciones especiales anteriormente señaladas, es importante el cumplimiento de los siguientes requisitos procedimentales:³⁵

1. Se debe informar a la persona refugiada cuyo estatuto puede ser cancelado, de la naturaleza de los procedimientos y de las pruebas que apoyan la cancelación.
2. Siempre debe existir una audiencia, misma que deberá serle notificada a la persona con suficiente antelación para permitir a la persona una adecuada preparación para la misma.
3. El derecho a recurrir las decisiones mediante la cual se cancela el estatuto de refugiado es fundamental, la cual debe ser resuelta por una autoridad independiente e imparcial a la que haya determinado la cancelación. Este recurso de apelación debe tener efectos suspensivos para que la persona no sea devuelta a su país de origen.

Finalmente, es importante mencionar que, independientemente de que el Estado de que se trate determine la cancelación del estatuto de refugiado, no significa que no puedan autorizar a la persona para permanecer en el territorio por razones que justifican la aplicación de formas complementarias de protección o por motivos humanitarios.³⁶

Lo anterior, pues en el marco de la Convención Americana el principio de no devolución establecido en el artículo 22.8 ofrece una protección complementaria para extranjeros que no son solicitantes de asilo o refugiados en casos en que su derecho a la vida o libertad se encuentre amenazado por los motivos enlistados.

II. 6. Cláusulas de exclusión en casos que involucran a niños, niñas y adolescentes

A pesar de que el artículo 1F de la Convención de 1951 no distingue entre adultos y niñas, niños y adolescentes, las cláusulas de exclusión contenidas en dicho artículo pueden ser aplicadas a niños, niñas o adolescentes (*en adelante* “NNA”) cuando solicitan la condición de refugiado.

Los NNA por su especial situación de vulnerabilidad, están expuestos a diferentes tipos de violencia. Con frecuencia estos tipos de violencia provienen de actores no estatales como grupos militarizados, crimen organizado o cárteles que los reclutan de manera forzada. En caso de negarse el NNA, el grupo criminal suele recurrir a diversas formas de intimidación y coacción que ponen en riesgo su vida e integridad, o la de su familia.

³⁵ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Nota sobre la cancelación del Estatuto de refugiado*. Párr. 42-43. Pág. 13

³⁶ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Nota sobre la cancelación del Estatuto de refugiado*. Párr. 45. Pág. 14

En este sentido, muchos de éstos NNA -especialmente aquéllos que provienen de países con altos índices de violencia - son obligados a formar parte de grupos del crimen organizado o realizar tareas ordenadas por ellos. Si los NNA logran escapar del alcance del grupo criminal que los ha reclutado, su vida e integridad corre grave riesgo, razón por la cual se ven en la necesidad de huir de su país de origen y de esa forma solicitar la protección internacional. Sin embargo, en el desahogo de los procedimientos de asilo y particularmente en las entrevistas de elegibilidad, en experiencia de la CMDPDH en la representación legal de solicitantes de la condición de refugiado en México, los NNA son criminalizados y, en las resoluciones, les son aplicadas las cláusulas de exclusión contenidas en el inciso b) del artículo 1F de la Convención de 1951.

Al respecto, el ACNUR ha establecido que “en el caso de niños y niñas, las cláusulas de exclusión pueden no aplicar en absoluto. Si éstos son acusados de haber cometido un delito mientras sus propios derechos estaban siendo violados es importante tener en cuenta que ellos pudieron ser víctimas de violaciones a normas de derecho internacional y no sólo perpetradores”.³⁷

Si bien, la consulta formulada a esta Corte por el Estado de Ecuador se enfoca en el caso de personas adultas con procesos legales o denuncias en su contra en determinado Estado, resulta especialmente relevante que esta Corte amplíe su pronunciamiento a la situación de NNA que han sido apartados de la protección internacional a través de la aplicación de una cláusula de exclusión.

Resulta fundamental que cualquier análisis realizado por esta H. Corte IDH, parta de una interpretación de las cláusulas de exclusión a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –artículo 19³⁸–, así como su conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, particularmente en cuanto a los principios de no discriminación, interés superior, vida, supervivencia y desarrollo.³⁹

Lo anterior pues, como lo ha establecido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (*en lo sucesivo*, CIDH) para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores, además

³⁷ Traducido por el autor. “In the case of young children, the exclusion clauses may not apply at all. Where children are alleged to have committed crimes while their own rights were being violated (for instance while being associated with armed forces or armed groups), it is important to bear in mind that they may be victims of offences against international law and not just perpetrators.” *Idem*, párrafo 59, página 22.

³⁸ Respecto del cual esta Corte Interamericana ha establecido que de dicho artículo se desprende que “las medidas pertinentes de protección en favor de las niñas o niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos” En: Corte Interamericana De Derechos Humanos; Opinión Consultiva Oc-21/14 De 19 de agosto de 2014 Derechos y Garantías De Niñas y Niños en el contexto de la movilidad humana. Párrafo 66. Disponible en la web: <http://www.iin.oea.org/pdf-inn/Opinion-Consultiva-19-agosto2014.pdf>

³⁹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *GUIDELINES ON INTERNATIONAL PROTECTION: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Página 22. Disponible en la web: <http://www.refworld.org/docid/4b2f4f6d2.html>

de las disposiciones de la Convención Americana es importante acudir a otros instrumentos internacionales cuyas normas son más específicas con respecto a la protección de la niñez.⁴⁰

Ahora bien, el artículo 19 de la CADH reconoce que los niños cuentan con una esfera especial de protección a sus derechos humanos, misma que genera obligaciones para el Estado, la sociedad y la familia. La razón de dicha protección especial versa en que se considera que los menores de 18 años se encuentran en una situación de vulnerabilidad mayor que requiere de atención y cuidados particulares a diferencia de los que requieren los adultos.

Para dotar de contenido a dicho numeral, esta Corte ha establecido que es necesario acudir al amplio *corpus iuris* de derecho internacional de protección de derechos humanos de los niños, donde el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño guarda un particular interés. Dicho artículo establece que “(...) en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.⁴¹

El principio del interés superior del NNA implica que el desarrollo de éste y el pleno ejercicio de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del NNA.⁴² Lo anterior incluye cualquier decisión que involucre la devolución a un país donde sus derechos humanos puedan estar en riesgo, donde es importante tener en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad.

Asimismo, y retomando lo establecido por el Comité de los Derechos de Niño en la *Observación General número 6*, en cualquier determinación del Estado que involucre el otorgamiento de una protección internacional, es importante atender a otros aspectos dentro de los que se encuentra la seguridad pública y personal que encontrará el menor de edad a su regreso, incluidas las condiciones socioeconómicas; la existencia de mecanismos para la atención individual del niño; sus opiniones; y la conveniencia de que haya continuidad en su educación; entre otros.⁴³

Dicho Comité también estableció respecto a los niños ex soldados que, ante todo, se les considerará víctimas de un conflicto armado, por lo que los estados deberán prestarles todos los servicios de

⁴⁰ CIDH, Informe n° 41/99, caso 11.491, Menores detenidos en Honduras, el 10 de marzo de 1999, párr. 72.

⁴¹ Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño

⁴² Corte IDH, Serie A No. 17. Opinión Consultiva OC. 17/02 *op.cit.* Conclusión 2. Párr. 60.

⁴³ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, *supra*, párrs. 26 y 27



apoyo necesarios una vez que haya cesado el conflicto o tras su desertión; en especial el asesoramiento psicosocial necesario, con objeto de que se reintegren a la vida normal.⁴⁴ El Comité estableció que

Deberán realizarse esfuerzos especiales para apoyar a los niños que han formado parte de las fuerzas militares, como combatientes o en cualquier otro carácter, y facilitar su reintegración. Si en determinadas circunstancias, fuera inevitable y acorde con el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos decretar a título excepcional el internamiento de un niño soldado mayor de 15 años, por ejemplo, porque representa una grave amenaza para la seguridad, las condiciones del internamiento se ajustarán a las normas internacionales, en especial el artículo 37 de la Convención, y a los principios de la responsabilidad penal de menores, pero sin renunciar a la localización de la familia y sin perjuicio de su participación prioritaria en programas de reinserción social.⁴⁵

Dado que el reclutamiento y la participación de NNA en las hostilidades conlleva un grave riesgo de violaciones irreparables de sus derechos humanos, las obligaciones que impone a los Estados el artículo 38 de la Convención⁴⁶ tiene alcances extraterritoriales; por lo que los Estados se abstendrán de trasladar al NNA a las fronteras de un Estado donde exista un peligro verdadero de reclutamiento o de participación directa o indirecta de éstos en operaciones militares.⁴⁷

Si bien, el procedimiento para la aplicación de alguna de las cláusulas de exclusión no difiere en cuanto a las etapas procedimentales que deben satisfacerse para el caso de los adultos, es muy importante que se tomen en cuenta otros factores. Al respecto, el Comité sobre los Derechos del Niño estableció que, “al examinar las solicitudes de asilo de los menores no acompañados o

⁴⁴ Comité de los Derechos Del Niño, 39º período de sesiones; OBSERVACIÓN GENERAL Nº 6 (2005) *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. Página 16; párr. 56.

⁴⁵ Comité de los Derechos Del Niño, 39º período de sesiones; OBSERVACIÓN GENERAL Nº 6 (2005) *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. Página 16; párr. 57

⁴⁶ **Artículo 38**

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

⁴⁷ Comité de los Derechos Del Niño, 39º período de sesiones; OBSERVACIÓN GENERAL Nº 6 (2005) *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. Página 16; párr. 58.

separados, los Estados tendrán en cuenta la evolución y la interrelación entre las normas internacionales en materia de derechos humanos y el derecho de los refugiados, con inclusión de las normas elaboradas por el ACNUR. En particular, la definición de refugiado que figura en la misma debe interpretarse teniendo presentes la edad y el género y a la luz de los motivos concretos, las formas y manifestaciones de la persecución sufrida por los menores.”

Respecto a NNA que cometieron un delito grave en su país de origen, el ACNUR ha establecido que, en el análisis de la responsabilidad individual, es importante determinar si al momento de la comisión del delito, el niño, niña o adolescente actuó con conocimiento de las consecuencias que produciría su acto, para lo cual es importante que el Estado evalúe la madurez del NNA para comprender la naturaleza de las consecuencias y, por lo tanto, para cometer o participar en la comisión del delito.⁴⁸

Es fundamental evaluar la edad en la que se involucró en dicho grupo, el tiempo que permaneció en el mismo, **las consecuencias en caso de rehusarse a ser reclutado**, el uso de drogas o alcohol para el reclutamiento, y el nivel de educación para comprender los hechos en cuestión.⁴⁹

Por su parte, resultará fundamental la distinción entre niñas y niños, a los cuales les pueden aplicar causales de inimputabilidad y, en el caso de adolescentes, será necesario valorar la edad en la que fue reclutado forzosamente, así como las condiciones y el contexto en el que se cometieron dichos delitos. También resulta necesario que el Estado valore si se actualizan los requisitos de intención y conocimiento al momento de la comisión del delito.

Como se señaló anteriormente, muchos niños fueron reclutados por la fuerza y obligados a actuar bajo amenazas de muerte y / o tortura, ya sea contra ellos o contra un ser querido. En este sentido, es necesario examinar si las circunstancias en las que un niño cometió un delito en el ámbito de aplicación del artículo 1F constituían una coacción.

III. 7. Conclusiones

Cuando los estados consideren la aplicación de alguna cláusula de exclusión a causa del inicio de un proceso penal o una denuncia en contra de una persona solicitante o refugiada es importante que atiendan a un criterio de excepcionalidad que requerirá un análisis profundo y exhaustivo de

⁴⁸ *Ídem*, párrafo 27, página 12.

⁴⁹ *Ídem*, párrafo 63, página 23.

diversos elementos, los cuales son la naturaleza *común y grave del delito*, la proporcionalidad de la pena y la responsabilidad individual de la persona en la comisión del ilícito.

Todos estos elementos deben ser analizados de acuerdo al caso concreto, ponderando la persecución sobre la que la persona tiene un temor fundado y los derechos fundamentales violados en caso de que sea devuelta a su país de origen.

Asimismo, será fundamental que durante este procedimiento exista un derecho de audiencia en el que se respete las garantías de debido proceso, permitiéndole argumentar y presentar todo tipo de pruebas para combatir la acusación de la que es objeto. Durante dicho proceso será fundamental el dictado de medidas de protección a favor de la persona, tendientes a evitar que sea devuelta en tanto no exista una resolución definitiva sobre la que no proceda recurso legal alguno. En caso de que se considere la exclusión de la protección internacional solicitada, los estados deberán hacer un análisis sobre el otorgamiento de protecciones complementarias en caso de que existan razones fundadas para considerar que la persona pueda sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes, Ahora bien, en el particular caso de NNA, el análisis anterior deberá hacerse a la luz del principio del interés superior del NNA, y con particular énfasis en el estudio de la responsabilidad individual.

IV. Petitorio

Con base en todo lo expuesto, a la Ilustre Corte Interamericana de Derechos Humanos respetuosamente solicitamos que:

Primero. Tenga por recibido el presente escrito en calidad de opinión escrita.

Segundo. Considere los razonamientos antes expuestos a fin de establecer los alcances de los temas expuestos en el presente documento.

Sin otro particular,

Atentamente,



José Antonio Guevara Bermúdez
Director Ejecutivo