



**El Colegio
de la Frontera
Norte**

Balanceando protección internacional y seguridad nacional.
La interpretación del principio de no devolución en casos de
personas con antecedentes de criminalidad organizada en
América Central

Tesis presentada por

Alessio Mirra

para obtener el grado de

**MAESTRO EN ESTUDIOS DE MIGRACIÓN
INTERNACIONAL**

Tijuana, B. C., México
2022

CONSTANCIA DE APROBACIÓN

Directora de Tesis: Dra. Irene Spigno

Aprobada por el Jurado Examinador:

1. Dr. Emiliano Ignacio Díaz Carnero, lector
2. Dr. Eduardo Elías Gutiérrez, lector

A mi familia, por acompañarme en este proceso.

A HIAS, por respaldarme y creer en el proyecto, antes aún que fuera tal.

A Irene Spigno, por seguirme, aconsejarme, y guiarme en el proceso de investigación.

A todos los demás que estuvieron y que estarán.

Gracias.

Resumen

El objetivo de la presente investigación consiste en analizar el alcance del principio de no devolución con referencia a las solicitudes de la condición de refugiado en México para personas con antecedentes pandilleriles en América Central. La investigación se ha desarrollado por medio de una metodología jurídico doctrinal y de un enfoque teórico dogmático y pudo resaltar el carácter perentorio del principio de no devolución por un núcleo específico de derechos, incluyendo la prohibición de la tortura, la protección ante privación arbitraria de la libertad, entre otros.

Después de analizar diferentes alternativas ofrecidas por el derecho internacional, se puede afirmar que formas complementarias o subsidiarias de protección deberían de representar la solución jurídica para aquellas personas que, si bien no pueden ser reconocidas como refugiadas por entrar en los supuestos del artículo 1(F) de la Convención de 1951, no pueden ser devueltas a su país de origen porque algún derecho protegido por el núcleo perentorio amparado por el principio de no devolución, se encuentra en riesgo.

Por lo contrario, en el contexto mexicano, se reconoce la necesidad de una reforma del párrafo segundo del artículo 28 de la Ley Sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político: el sistema jurídico vigente a la fecha en la que se escribe este texto, no ofrece opciones de protección viables para la población mencionada, representando un riesgo concreto de violaciones graves e irreparables a sus derechos, a su vida y a su integridad.

Palabras clave:

No devolución; Cláusulas de exclusión; Pandillas; Protección complementaria; México

Synopsis

With the aim of analyzing the purpose of the principle of non refoulement for former Central America gang members seeking asylum in Mexico, through a doctrinal-legal methodology and benefitting of a theoretical-dogmatic approach, the research primarily highlighted the peremptory character of the principle of non refoulement, related with a specific core of rights.

From an international perspective and following an in depth analysis of the different alternatives offered by international law, we were able to affirm that complementary or subsidiary form of protection should represent the juridical solution for those people who, despite not being able to be recognised as statutory refugees for configuring any of the presumptions prescribed in article 1(F) of the 1951 Convention, they cannot be refouled back to their country of origin because any of the rights protected by the peremptory core of the principle of non refoulement, is in danger.

Por lo contrario, en el contexto mexicano, se reconoce la necesidad de una reforma del párrafo segundo del artículo 28 de la Ley Sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político: el sistema jurídico vigente a la fecha en la que se escribe este texto, no ofrece opciones de protección viables para la población mencionada, representando un riesgo concreto de violaciones graves e irreparables a sus derechos, a su vida y a su integridad.

Keywords:

Non-refoulement; Exclusion clauses; Gangs; Subsidiary protection; Mexico

Tabla de contenidos

Capítulo 1 Introducción e información general	1
1.1 Justificación	3
1.2 Metodología	7
Capítulo 2 El alcance del principio de no devolución en América Latina	11
2.1 Introducción al principio de no devolución	11
2.2 Contextualizar la aplicación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados en América Latina	16
2.3 No devolución: ¿Jus cogens?	22
Capítulo 3 El contexto criminal en América Central: el significado de tener antecedentes de criminalidad organizada	30
3.1 La peculiaridad de las “maras” en el contexto centroamericano	31
3.2 Las maras hoy. Actores en evolución	35
Capítulo 4 Análisis del principio de no devolución a la luz de las cláusulas de exclusión de la Convención de 1951 (art. 1-F)	39
4.1 El análisis de las cláusulas de exclusión en casos de criminalidad organizada	42
4.2 Herramientas de derecho internacional al debate: extradición, garantías diplomáticas y jurisdicción universal	50
4.3 ¿Qué opciones para las protecciones complementarias?	60
4.3.1. La interpretación del concepto de protección complementaria en el derecho mexicano, relacionado con las cláusulas de exclusión	66
Capítulo 5 Conclusiones	72
Referencias	79

Índice de Tablas

Tabla 1. Número de presentaciones ante, y devoluciones a país de origen por el Instituto Nacional de Migración, desde 2012 a 2021, y comparación de porcentaje de devoluciones, considerando el número de presentaciones. Fuente: Secretaría de Gobernación (SEGOB) - Unidad de Política Migratoria (UPM) Dirección de Estadística. 2012-2021

6

Tabla 2. Porcentaje de presentaciones ante la autoridad migratoria mexicanas de personas que proceden de los países del Norte de Centroamérica (en relación al total de presentaciones). Comparación de porcentaje absoluto de devoluciones (¿Cuántas devoluciones de personas del norte de América central, en comparación con el total de devoluciones?) y su comparación relativa (¿Cuántas devoluciones de personas del norte de América central, en comparación con el total de presentaciones de personas que proceden del norte de América Central?). Fuente: Secretaría de Gobernación (SEGOB) - Unidad de Política Migratoria (UPM) Dirección de Estadística. 2012-2021

6

Tabla 3. Número de solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado y número de personas reconocidas en México, 2012-2021. Fuente 2012-2015: ACNUR. Fuente 2018-2021: COMAR.

7

Capítulo 1

INTRODUCCIÓN E INFORMACIÓN GENERAL

¿Si una persona con antecedentes de criminalidad organizada huye de una posible persecución (así como se define por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951), se le debería de reconocer la condición de refugiada?

La complejidad de la situación deriva de que, por un lado, existe el derecho de la persona a la protección frente a posibles riesgos a su vida e integridad al regresar al país de origen; por otro lado, el hecho que en primera persona ese individuo perjudicó la integridad de otros, violando principios básicos de derecho y normas que pueden ser tanto de derecho interno, como de derecho internacional.

Esta dualidad plantea la duda si estas personas realmente *merecen* ser protegidas.

La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados es clara, estableciendo de manera perentoria algunas categorías de personas que no se consideran merecedoras de protección internacional: para ellas, los mecanismos de salvaguarda previstos por el mismo texto normativo no aplican, generando de inmediato la expulsión, extradición o alejamiento de las mismas del territorio nacional (Larseaus, 2003: 8).

No obstante, dentro de los debates relacionados con el tema, la exclusión de la protección internacional ha generado discusiones acerca de aquellos individuos que, derivado de un fundado temor de persecución, manifiestan correr riesgos hacia su vida al ser devueltos a su país de origen – aunque, analizando a detalle su testimonio en los procesos de RSD¹, se encuentran como responsables de hechos que no las hacen merecedoras de protección internacional.

La relación entre la salvaguarda de la seguridad interna, de un lado, y la obligación de cumplir con estándares y compromisos en materia de derechos humanos, del otro, representa una dualidad todavía poco clara en el marco del escenario internacional, y que no ha sido interpretada de manera uniforme.

¹ Término de jergón jurídico, que se relaciona con el acrónimo inglés de Refugee Status Determination, en español: Reconocimiento de la Condición de Refugiado.

En los últimos años, sobre todo a raíz de los ataques del 11 de septiembre de 2001, se ha desarrollado una retórica securitaria (Mármora, 2010) que, aunque refleja tendencias anteriores (Castles, 2006) se ha externado y justificado bajo la mirada de supuestos ataques terroristas favorecidos por la migración internacional, y con el sistema de asilo que sirve de puerta de entrada para estos individuos.

Nuevamente, es importante reiterar que una persona que encaja en alguna de las cláusulas de exclusión previstas por la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, no pueden *ex lege*² invocar la protección del tratado. En consecuencia, una persona que solicitara la condición de refugiada y se encontrara en uno de los supuestos excluyentes, no sólo podría verse denegada el reconocimiento de la protección internacional, sino también negada la permanencia en el país de destino, y hasta ser expulsada hacia su país de origen (Li, 2017: 56).

Ahora bien, la afirmación mencionada en el párrafo anterior, se convierte en la pregunta alrededor de la cual se desenvuelve esta investigación: a una persona que solicitara la condición de refugiada y se encontrara en uno de los supuestos excluyentes, ¿podría negársele el reconocimiento de la protección internacional, negársele la permanencia en el país de destino, y hasta expulsarla hacia su país de origen?

La respuesta a esta pregunta no puede ser absoluta. No solo los perfiles que pueden recaer en los supuestos definidos por las cláusulas de exclusión de la Convención de 1951 son muy variados, sino también los contextos de procedencia implican un análisis forzosamente puntual y ponderado, que en la gran mayoría de los casos requerirá de un acercamiento casuístico que no puede basarse en preconceptos generales.

Para los fines de esta investigación, se analizarán propuestas de interpretación relacionadas con las cláusulas de exclusión a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados en personas solicitantes de protección internacional, con antecedentes en grupos de la criminalidad organizada (maras o pandillas) en los países del norte de Centroamérica (Honduras, El Salvador y Guatemala, principalmente).

² De acuerdo a la ley.

En específico, se dedicará atención especial al entendimiento del alcance de las mismas en comparación con el régimen de protección internacional de los derechos humanos *vis-a-vis* las necesidades relacionadas con cuestiones de seguridad nacional.

El objetivo final será no solo proponer una mirada crítica a la interpretación de las cláusulas de exclusión, sino también ofrecer opciones jurídicamente aceptables de resolución del controvertido balance entre derechos humanos y seguridad nacional, en el caso específico objeto de estudio.

1.1 Justificación

El contexto de los países del Norte de Centroamérica ha sido definido en el pasado como el espacio “mayormente mortal en el mundo fuera de contextos de conflicto armado abierto” (Mulrine, 2011). La violencia está mayormente concentrada en 3 países: Honduras (65.1 homicidios/100,000 habitantes) (UNODC, 2014), El Salvador (56.4 homicidios/100,000 habitantes) y Guatemala (41.5 homicidios/100,000 habitantes).

La mayoría de estos indicadores está relacionada con las actividades violentas de maras y pandillas, en su mayoría vinculadas a la venta de narcóticos, a la extorsión y al control territorial mediante una difusión territorial capilar.

Las condiciones de crisis humanitaria que desde hace varios años afectan la región (ACNUR, 2016a; ACNUR, 2016b; ACNUR, 2018) y las dinámicas de poder que han establecidos grupos criminales denominados “maras” o pandillas (las más famosas, la MS-13 o Mara Salvatrucha, y el Barrio 18) hacen que para la población local sea extremadamente complejo evitar relaciones con estos grupos de poder paraestatal (entre otros: Bruneau *et al.*, 2011; ICG, 2016).

De acuerdo con Amnistía Internacional (2016: 26):

“La falta de reconocimiento del desplazamiento interno no es para nada sorprendente si se analiza en conjunto con la postura de varios de esos gobiernos en minimizar la importancia de la violencia como un factor de expulsión para las migraciones. Por lo contrario, la narrativa gubernamental sigue permaneciendo relacionada con la búsqueda de mejores oportunidades de vida o de intentos de reunificación familiar”.

Es importante mencionar que, debido tanto a las características geográficas de los países de origen (por ejemplo, para poder dar una dimensión más concreta, el tamaño de El Salvador es parecido al tamaño del estado de Hidalgo, México) como a la capacidad de control territorial tan capilar de grupos criminales, una consistente parte de la población local ha tenido alguna forma de contacto con el crimen organizado, sea eso como víctima o como integrante. El número de personas activas en las pandillas se ha estimado en decenas de millares, aunque, dependiendo de las fuentes, se varía entre 44,000 miembros en los tres países mencionados hasta 400,000 tan solo en El Salvador (Aguilar Umaña *et al.*, 2014).

Como menciona Gros Espiell *et al.* (1990), la cuestión relacionada con el desplazamiento desde los países mencionados está inextricablemente conectada tanto con la historia como con la situación actual de la región. Evidentemente, el fenómeno responde a una dinámica con alcance regional: entender las afectaciones jurídicas de personas con necesidad de protección internacional que podrían ser víctimas de la violencia pandilleril, por haber sido integrantes de estos grupos, representa un argumento interesante sobre el que vale la pena investigar de manera profundizada.

Aunado a lo anterior, hay que reconocer que estas afectaciones podrían tener reflejos con alcance internacional, debido a que situaciones parecidas tuvieron aplicación con otros grupos en circunstancias similares, entendiendo sobre todo ex integrantes de grupos terroristas o de liberación nacional. Esta comparación tiene reflejos en la jurisprudencia internacional, por lo que el análisis de las cláusulas de exclusión podría reflejarse en otros entornos de manera más generalizada.

Habiendo mencionado esto, y aclarando por lo tanto la relevancia actual del fenómeno en un marco evolutivo que remonta a la *ratio*³ misma de las cláusulas de exclusión (es decir, que algunas personas pueden no ser merecedoras de protección internacional), se entiende la necesidad no solo de investigarlo y buscar alguna solución al mismo, sino también de entender sus mutaciones y sus peculiaridades de conformidad con variables espacio-temporales, y encontrar su dimensión para el contexto mexicano contemporáneo.

La importancia de abrir el debate sobre una relectura de interpretación de las cláusulas

³ Léxico de jergón jurídico que identifica la lógica que subyace la formación de normas jurídicas, “el porqué” que justifica tanto la misma norma, como su forma y ruta de interpretación.

de exclusión y de su relación con la protección de los derechos de las personas insta, hoy en día, en el desarrollo independiente del principio de *non refoulement* a lo largo de los años (entre otros, CAT. *Tapia Páez c. Suecia*; TEDH, *Ahmed c. Austria*; ACNUR 2007: 9).

Vale la pena mencionar, para mejor entender las razones por las que se eligió esta zona geográfica, que los flujos migratorios mixtos en la región no han disminuido en volumen durante los últimos años. Considerando no solo las situaciones complejas de los países del norte de Centroamérica, así como el potencial atractivo de los Estados Unidos de América, es de relevancia analizar las tendencias de los flujos migratorios en México, sobre todo relacionados a las personas con necesidad de protección internacional. Cabe resaltar, de acuerdo a información proporcionada por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM, 2022), el corredor México-Estados Unidos sigue siendo el de mayor incidencia en 2020: 96% de la migración guatemalteca pasa por ese espacio, 94% de la migración salvadoreña y 87% de la migración hondureña.

Asimismo, de acuerdo a datos del Banco Mundial (2021), Estados Unidos permanece el país con más alto porcentaje de remesas (68%), y los tres países del norte de Centroamérica se encuentran en el top 20 de países receptores de remesas, registrando un incremento entre 2019 y 2020 (OIM, 2022: 41-42).

Los datos relacionados con el volumen de los flujos migratorios en la región pueden identificarse también por medio de un análisis de los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Migración en México (la autoridad federal que regula y gestiona los flujos migratorios en el país). Es interesante en este aspecto, para entender el tamaño y las gestiones hacia los flujos migratorios, evidenciar la progresión de las detenciones y deportaciones de personas migrantes a lo largo de los años.

Tipo de evento	2012	2015	2018	2019	2020	2021
Presentaciones	88,506	198,141	131,445	182,940	82,379	187,231
Devoluciones	79,643	181,163	115,686	148,812	60,315	114,366
Ratio	89.98%	91.43%	88.01%	81.34%	73.21%	61.08%

Tabla 1. Número de presentaciones ante, y devoluciones a país de origen por el Instituto Nacional de Migración, desde 2012 a 2021, y comparación de porcentaje de devoluciones, considerando el número de presentaciones.

Fuente: Secretaría de Gobernación (SEGOB) - Unidad de Política Migratoria (UPM) Dirección de Estadística. 2012-2021

	2012	2015	2018	2019	2020	2021
% Presentaciones de NCA	92%	90%	87%	83%	75%	83%
% Abs. Devoluciones de NCA	97%	97%	96%	94%	96%	96%
% Rel. Devoluciones de NCA	95%	98%	96%	95%	94%	71%

Tabla 2. Porcentaje de presentaciones ante la autoridad migratoria mexicanas de personas que proceden de los países del Norte de Centroamérica (en relación al total de presentaciones). Comparación de porcentaje absoluto de devoluciones (¿Cuántas devoluciones de personas del norte de América central, en comparación con el total de devoluciones?) y su comparación relativa (¿Cuántas devoluciones de personas del norte de América central, en comparación con el total de presentaciones de personas que proceden del norte de América Central?). Fuente: Secretaría de Gobernación (SEGOB) - Unidad de Política Migratoria (UPM) Dirección de Estadística. 2012-2021

Si bien el porcentaje relacionado con la presencia de personas del norte de Centroamérica en los centros de detención migratoria mexicanos ha ido disminuyendo a lo largo de los años (consecuente a la diversificación de los flujos migratorios), de antemano este sigue representando la principal población que participa al fenómeno migratorio en el corredor mesoamericano.

Momento en RSD	2012	2015	2018	2019	2020	2021
Solicitudes	803	3,401	29,606	70,351	40,996	131,448
Reconocimientos	228	914	5,629	14,609	15,893	27,201

Tabla 3. Número de solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado y número de personas reconocidas en México, 2012-2021. Fuente 2012-2015: ACNUR. Fuente 2018-2021: COMAR.

Además de notar el incremento en término de flujo total de personas a lo largo de los años, se evidencia de manera clara que, a este aumento general, corresponde un incremento en el número de personas que han decidido establecerse en México por razones de protección internacional. Asimismo, el incremento de capacidad del gobierno mexicano para atender los flujos migratorios mixtos que caracterizan la región, ha garantizado un mayor y mejor

reconocimiento de las necesidades de protección internacional en México.

No obstante, es cabal afirmar, con base a los datos presentados, que la situación de necesidad de atención para personas con necesidad de protección internacional en México se ha ido incrementando a lo largo de los años, y se encuentra hoy en día en su máximo histórico.

El tamaño de la población centroamericana con necesidad de protección internacional justifica el caso estudio de esta investigación en México, pues la relación peculiar entre grupos criminales y persecución tiene una validez clara para solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado de personas que proceden del norte de Centroamérica.

Por lo tanto, no solo debatir acerca de la relación entre reconocimiento de la condición de refugiado y seguridad nacional tiene relevancia en el escenario internacional (se identifica una gran literatura interpretativa sobre este tema en caso de solicitantes involucrados en actividades terroristas o pertenecientes a grupos dedicados a estos), sino también, en el contexto mexicano, se pueden evidenciar dos aspectos peculiares que favorecen una lectura innovadora:

1. Desde un punto de vista jurídico, el alcance de la aplicación del principio *pro-persona* en México permite un análisis heterogéneo, con la posibilidad de desarrollar interpretaciones amplias.
2. Desde un punto de vista social, la peculiaridad de la penetración tan aguda en la sociedad de los grupos pandilleros, representando *de facto* una realidad paralela que posibilita llevar a cabo un análisis único, con diferencias fundamentales, respecto a personas que pertenecen a grupos terroristas o, en su caso, a personas que pertenecen a grupos de liberación nacional.

1.2 Metodología

La metodología empleada será de carácter jurídico doctrinal a través de un enfoque teórico dogmático, complementado de esta forma elementos teóricos y prácticos dirigidos a repensar el sistema de principios y valores de la norma jurídica cuestionada. Parte de las características que se consideran cruciales en la definición metodológica de la estrategia de intervención se puede derivar de la definición de Taylor y Bogdan (1986), cuando mencionan

que el contexto y las personas de interés deben de entenderse con una perspectiva holística, es decir, con la necesidad de ir más allá de una reducción en variables, enfatizando el componente humano del proceso de análisis.

Un componente adicional, que identifican los mismos autores mencionados en el párrafo anterior, hace hincapié en la búsqueda constante de validez en esta metodología de investigación, sobre todo relacionada con la confiabilidad y reproducibilidad de la investigación. Este esfuerzo requiere de métodos sistemáticos y rigurosos, con la ponderación razonada de los vértices de análisis.

En específico, el afán de brindar un enfoque cualitativo desde una perspectiva holística pretende lograr un alcance sistémico, amplio e integrado del objeto de estudio (González Alonso, 2007).

El uso de estas herramientas, en el marco específicos de las técnicas cualitativas mencionadas en el siguiente párrafo, permitirá que las conclusiones puedan beneficiarse de suficiente rigurosidad y sustentarse sobre bases bibliográficas sólidas.

La intervención jurídico doctrinal se sustenta primariamente en el análisis de la doctrina, de la normatividad y de la jurisprudencia sobre el tema.

En el modelo interactivo elaborado por Maxwell (1996), los métodos al interior de la estrategia investigativa requieren de una estrecha correlación entre las preguntas de investigación y la validez de la misma, por lo que es necesario retomar estos aspectos anteriormente presentados para poder establecer el desarrollo de actividades coherentes con las expectativas.

En específico, es importante resaltar que todas las preguntas de investigación tienden a privilegiar un análisis bibliográfico sistémico, sin requerir interacción con la población objeto de estudio.

Con respecto a las fuentes, se privilegiarán aquellas de naturaleza normativa, jurisprudencial y académica.

Con respecto a la primera tipología, esta parte de manera primordial de la observación comparada de las prácticas normativas nacionales e internacionales, con el afán de entender

si (y en su caso, cómo) la interpretación del objeto de investigación ha tenido tropicalizaciones tanto *ratione loci*⁴, como *ratione temporis*⁵.

En lo referente a las fuentes jurisprudenciales hay que considerar que, sobre todo en los sistemas de *common law*⁶ así como en el ámbito de la protección de los derechos humanos, estas representan una herramienta crucial para entender el real alcance de las diferentes palabras que conforman un precepto normativo.

En este aspecto, es importante considerar también decisiones no vinculantes que, en el ámbito internacional, forman parte del gran espacio del *soft law*⁷ y que, aunque representan recomendaciones interpretativas, pueden propiciar la plena contextualización del concepto analizado.

Por último, sobre las fuentes académicas, aunque en la jerarquía de las fuentes que caracteriza la interpretación normativa *stricto sensu*⁸ las fuentes académicas no representan la base principal del sustento discursivo, en el ámbito de implementación éstas adquieren una nueva relevancia, en el entendimiento que la interpretación de los temas claves de investigación ha sido tema de debate desde el nacimiento del derecho de los refugiados.

El aprovechamiento de las fuentes académicas permite ampliar el alcance del proyecto de investigación, añadiendo una componente multitemática que ha sido resaltada en la sección de “Conceptos”, y que encuentra una correspondencia en el único concepto *per se* que pudo identificarse, es decir, las multiplicidades del concepto de *security relativism* evidenciadas por Chinedu Okafor y Lekwuwa Okoronko (2003). La elección de las fuentes se hará con base en su relevancia con el argumento eje de la investigación, aplicando una discriminación temporal solo en caso de que esas resulten demasiado vetustas o desactualizadas.

⁴ Que se relaciona con el marco espacial y geográfico de la investigación.

⁵ Que se relaciona con el marco temporal de la investigación.

⁶ El *Common Law* es el sistema jurídico vigente en Inglaterra y en la mayoría de los países de tradición anglosajona, pero también da nombre a toda una tradición jurídica o familia del Derecho. En un sentido más amplio se habla de *Common Law* para referirse a aquel sistema legal basado, primordialmente, en las decisiones adoptadas por los tribunales, en contraste con los sistemas de Derecho Civil (o tradición romano-germánica), como el nuestro, donde la principal fuente de Derecho es la Ley. Fuente: traduccionjuridica.es.

⁷ Actos jurídicos que sin tener fuerza vinculante obligatoria contienen las pautas inspiradoras de una futura regulación de una materia, abriendo paso a un posterior proceso de formación normativa. Fuente: RAE.

⁸ En sentido estricto.

El análisis de los datos se llevará a cabo mediante una metodología de selección secuencial (Goetz y LeCompte, 1988), mediante la cual se plantea un proceso abierto “en el que la recogida y análisis de los datos se efectúan a la vez y se influyen mutuamente” (Quecedo y Castaño, 2002: 25). Esta estrategia debería beneficiar el proceso de construcción del trabajo final e impactar de manera positiva en el reducido marco temporal puesto a disposición.

En este sentido, se usará de manera complementaria la estrategia de la comparación constante, esto con el afán (ya en una fase final del proceso de investigación) de favorecer la generalización de las teorías encontradas, de manera que se pueda buscar su aplicabilidad en el escenario internacional.

De manera preliminar, se considera usar un método de análisis de los datos cualitativos según el principio de la covariación, implicando así una vinculación entre los elementos de análisis relacionada con la variación de los conceptos analizados, derivando así en una clasificación adecuada de los contenidos.

Las conclusiones se beneficiarán de una metodología de síntesis de los resultados, mediante la cual se busca integrar, a través de procesos de análisis y síntesis, las diferentes teorías encontradas, así como los datos y las conclusiones de otras investigaciones con las cuales se confrontarán los resultados, intentando así garantizar un nivel adecuado de generalización y abstracción (Quecedo y Castaño, 2002: 32). Las conclusiones serán verificadas tanto mediante criterios de valor de verdad, como criterios de aplicabilidad a otros contextos (Quecedo y Castaño, 2002: 33).

Capítulo 2

EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN EN AMÉRICA LATINA

2.1 Introducción al principio de no devolución

El principio de no devolución, o *non-refoulement* en jerga jurídica, es la piedra angular del sistema de protección internacional para personas que huyen de su país de origen (Riasgos Valencia, 2020). El principio establece que ninguna persona solicitante de la condición de refugiado o refugiada, puede ser devuelta a su país de origen, o hacia algún país en donde corre riesgo de ser perseguida por alguna razón protegida⁹ por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Según Garretón (1995), el principio empezó a tener aplicación a mediados del siglo XIX. Fue mencionado por primera vez en los documentos de la sociedad de juristas internacionales en las *Règles Internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers* (1892), en donde se planteó que ninguna persona refugiada puede ser devuelta hacia su país sin que las condiciones en materia de extradición hayan sido observadas (art. 16) (Molnar, 2016: 52).

En el periodo entre la primera y la segunda guerra mundial, varios acuerdos prohibieron la expulsión de refugiados alemanes y rusos hacia Alemania. La Convención Relativa a la Condición Jurídica Internacional de los Refugiados (1933) y el Acuerdo de 1936 son un ejemplo de ello y, desde ese entonces, varias convenciones han establecido la incongruencia de trasladar a alguien hacia un Estado en el que su vida e integridad corrieran peligro (Garretón, 1995: 2; Riasgos Valencia, 2020: 12).

Después de la segunda guerra mundial, fue la labor de las Naciones Unidas la que garantizó que el principio se consolidara en el derecho internacional. De antemano, el principio

⁹ “A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona: [...] 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. (Art. 1(A)2 1951 GC).

fue formulado en el dominio del derecho humanitario internacional en la Convención de Ginebra de 1949 relativa a la protección de civiles en tiempos de guerra y luego, en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, que a la letra dice:

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.

En su implementación, el principio de no devolución ha sido relacionado al dominio del derecho internacional de las personas refugiadas, clasificándose de esta forma como *lex specialis*. En cuanto tal, su implementación en el contexto internacional fue complicada, con interpretaciones variadas dentro de la comunidad internacional, que se han logrado sistematizar sólo en años recientes (Tóth, 1994: 35, citado por Molnar, 2016: 52).

En años posteriores, el principio de no devolución se ha ido desarrollando progresivamente como un principio adoptado en el marco del sistema universal de protección a los derechos humanos, creciendo por lo tanto y afirmándose como un principio general de protección. De manera indirecta, el principio puede encontrarse en el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (International Covenant on Civil and Political Rights, o ICCPR por sus siglas en inglés), y se ha ido definiendo de manera progresiva a través de las labores del Comité de Derechos Humanos (específicamente la Observación General no. 20 (1992) y no. 31 (2004)).

En específico, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha definido que de ninguna manera un Estado parte del Pacto puede

“extraditar, deportar, expulsar o hacer salir de algún modo de su territorio a una persona cuando haya razones de peso para creer que existe un riesgo real de daño irreparable, tal como el daño previsto en los artículos 6 y 7 del Pacto, en el país hacia el que se va a efectuar esa salida forzada o en cualquier país al que la persona sea expulsada posteriormente” (OG no. 31, 2004).

En este contexto de protección, el Comité ha ampliado progresivamente los derechos protegidos por el principio de no devolución, incluyendo en este sentido el riesgo de privación arbitraria de la libertad, particularmente refiriéndose a la imposición de pena capital sin garantías adecuadas de debido proceso (Droege, 2008)¹⁰.

El Comité inclusive llegó a proteger el derecho a una vida familiar (art. 17) en *Winata c. Australia* (2000), argumentando que decidir que una persona abandone el país puede involucrar una interferencia en su vida privada y familiar. En este sentido, el criterio relevante en este aspecto debe de balancear tanto las razones del país para remover a estos individuos, como el nivel de conexión del núcleo familiar (Phuong, 2007: 110-111, refiriéndose a *Madafferi c. Australia*, 2004)¹¹.

En 1984, la Convención contra la Tortura fue el primer instrumento que estableció de manera explícita el principio de no devolución como una obligación en el contexto universal: el artículo 3 de la Convención prohíbe de manera *absoluta* la sumisión de una persona extranjera a alguna jurisdicción en la cual existiesen riesgos de que pudiera ser sometida a tortura.

Cabe resaltar, en este aspecto, que el principio de no devolución, así como se ha establecido en el ICCPR, tiene un alcance de aplicación más amplio con respecto a lo que establece la Convención contra la Tortura. Progresivamente, el principio ha ido emergiendo en áreas complementarias del derecho internacional, incorporándose asimismo en diferentes instrumentos de carácter regional. En el continente africano, el artículo II(3) de la Convención de Addis-Abeba (1969) ofreció por primera vez una definición innovadora con respecto a aquellas presentadas en el marco internacional.

Artículo II. Asilo.

[...]

3. Ninguna persona será sometida por un Estado miembro a medidas tales como la negativa de admisión en la frontera, la devolución o la expulsión que la obligarían a regresar o a permanecer en un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas por las razones enumeradas en los párrafos 1 y 2 del artículo 1.

¹⁰ La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos ha sido constante en su interpretación: *ex multis*, *Chitat Ng c. Canadá* (1994: 14.1), *Joseph Kindler c. Canadá* (1993: 6.2), *A.R.J. c. Australia* (1997), *C. c. Australia* (2002). En este aspecto, también la OC/21 de la CIDH (par. 230).

¹¹ *Cfr. Winata c. Australia*, 2001; *Bakhtiyari c. Australia*, 2002; *Byahuranga c. Dinamarca*, 2003.

[...]

En el mismo año, pero con diferente alcance, la Convención Americana sobre Derechos Humanos definió, en su artículo 22(8), el principio de no devolución como una obligación puramente de derechos humanos, protegiendo de esta manera a toda persona extranjera independientemente si se encuentra vinculada a un proceso de reconocimiento de la condición de refugiado, aunque, en las palabras de la Convención, se puede identificar de manera bastante evidente una referencia a la Convención de 1951.

Artículo 22. Derecho de Circulación y Residencia.

[...]

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión condición social o de su opinión política.

Algunos años más tarde, la Declaración de Cartagena de 1984 reiteró la importancia del principio de no devolución, dándole énfasis como un principio fundante de la protección de las personas refugiadas: por primera vez, se hace referencia al principio de no devolución como una norma imperativa en el marco del derecho internacional (*jus cogens*).

III. [...]

Quinta. Reiterar la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de *jus cogens*.

La prohibición de *refoulement* también se refleja de manera implícita en el art. 3 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos (1950), debido a la naturaleza absoluta de la prohibición de la tortura y gracias, asimismo, a una jurisprudencia constante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En específico, la Corte de Estrasburgo en los casos *Soering* (1989)¹² y *Chahal* (1996)¹³ (entre otros) afirmó que tanto la extradición como la expulsión son

¹² “91. En resumen, en este caso la resolución de extradición puede suscitar un problema en relación con el artículo 3 y comprometer, por tanto, la responsabilidad de un Estado contratante en virtud del Convenio, cuando hay motivos serios y comprobados para creer que el interesado, si se le entrega al Estado requirente, correrá un peligro real de que se le torture o se le someta a penas y tratos inhumanos o degradantes” (Soering, 1989: 91)

¹³ 74. However, it is well established in the case-law of the Court that expulsion by a Contracting State may give rise to an issue under Article 3 (art. 3), and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if expelled, would face a real

protegidas por el artículo 3 de la Convención si hay motivos razonables para creer que alguien esté en riesgo de ser víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En este último caso, la Corte fue perentoria: “por mucho que pueda considerarse indeseable, ningún individuo puede ser retornado hacia algún país en donde se enfrentaría a tortura” (Chalal, 1996: párr. 80).

Los principios establecidos en el artículo 3 ofrecen un marco de protección más amplio que aquel propuesto en el artículo 33 de la Convención de 1951. Aunque el estándar de vulnerabilidad requerido para la aplicación del artículo 3 es bastante alto, ese se define porque el estándar *ratione personae*¹⁴ es menos vinculante respecto a lo requerido por el derecho de los refugiados, puesto que no se requiere alguna conexión entre los hechos y alguna razón específica para que estos ocurran, contrariamente a lo que define el art. 2 de la Convención de 1951, que especifica que la persecución tiene que concretarse por razones de raza/etnia, religión, opinión política, nacionalidad o pertenencia a un grupo social determinado.

El marco de protección establecido en el art. 3 de la CEDH se define por lo tanto como una protección de derechos humanos *tout court*, es decir, de amplio alcance no limitado a un determinado contexto temporal, espacial o subjetivo.

En tiempos más recientes, el Tribunal también consideró el derecho a la vida familiar en decisiones relacionadas con personas que iban a enfrentar una deportación. En específico, en *Bensaid c. Reino Unido*, el Tribunal consideró que, si bien la persona no hubiera enfrentado un riesgo que alcanzara la severidad del artículo 3, puede no obstante representar una violación del art. 8 si llegase a afectar de manera relevante su integridad física y moral (párr. 46).

risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 (art. 3) in the receiving country. In these circumstances, Article 3 (art. 3) implies the obligation not to expel the person in question to that country” (Chalal, 1996: 74).

¹⁴ Es decir, relacionado con la dimensión de los individuos, de los sujetos de análisis.

2.2 Contextualizar la aplicación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados en América Latina

Para entender el marco regional de protección a las personas refugiadas en América Latina hay que mencionar de antemano, que existe un fuerte dualismo histórico entre el asilo territorial y el asilo diplomático, en comparación con el sistema universal de protección establecido por la Convención de 1951 (San Juan & Manly, 2004). Así como expresa Gómez-Robledo Verduzco (2003: 617), el asilo externo o territorial es aquel concedido por el Estado dentro de su propio territorio, mientras que el asilo interno (o asilo diplomático) se define como una facultad jurídica soberana que ejercen los Estados al conceder reparo a individuos perseguidos de manera discrecional. En otras palabras, si el asilo diplomático se caracteriza por ser una prerrogativa discrecional de los Estados, el asilo territorial es un derecho humano al alcance de todo individuo y, así como reconoció la Corte Internacional de Justicia en el caso de *Haya de la Torre* (1951), en América Latina este representa una tradición consuetudinaria y un principio general de derecho (p. 71).

Después de un primer intento en 1867 durante la Conferencia de Lima, el reconocimiento formal de la institución del asilo en la región se dio cuando en 1889 el Tratado de Montevideo de Derecho Penal Internacional dedicó un capítulo entero al tema, describiendo el asilo como un derecho inviolable para aquellas personas perseguidas por sus creencias políticas¹⁵.

Este tratado fue seguido por una serie de instrumentos regionales que trataron de asilo diplomático: la Convención de la Habana sobre Asilo (1928), la Convención de Montevideo sobre Asilo Político (1933) y la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático (1954) (Arboleda, 1995).

A pesar de su notable número, estos tratados no crearon una obligación uniforme por las divergencias importantes en el estatus de ratificación y en la aplicación de diferentes cláusulas de derogación, además del hecho que la regla establecida en la Convención de Viena sobre la

¹⁵ El tratado fue revisado en 1939 durante el Segundo Congreso Latinoamericano de Derecho Internacional Privado, cuando fue aprobado el Tratado sobre Asilo y Refugio Político, que por primera vez marcó una diferencia entre la figura del “asilo” (entendida como asilo diplomático) y “refugio” (entendido como asilo territorial) (San Juan & Manly, 2004).

Interpretación de los Tratados *lex posterior derogat priori* nunca ha sido aplicada por los Estados.

Aunado a lo anterior, todos los instrumentos crearon una dicotomía problemática en la interpretación entre asilo territorial y diplomático, primariamente causada por los fuertes antecedentes históricos, y por el hecho que los textos mencionados usaban ambos términos sin alguna distinción (San Juan & Manly, 2004: 36).

En el transcurso de los años, la práctica en la aplicación del asilo diplomático ha ido disminuyendo por un declive general de la institución en sí, y por el crecimiento en importancia del más amplio y mayormente vinculante marco jurídico establecido por la Convención de 1951 (Harley, 2014).

El artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 1948 menciona:

“Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”.

Siendo un “curioso híbrido, que refleja la codificación del asilo en las convenciones latinoamericanas y el emergente reconocimiento de los derechos humanos” (Manly, 2004: 142), la innovación principal del contenido de la definición del derecho de asilo en la Declaración de 1948 insta en el reconocimiento del mismo como un derecho humano, en lugar de una prerrogativa de los Estados.

Veinte años después, el Pacto de San José reconoció el mismo derecho en el párrafo 7 del artículo 22. Para interpretar de manera adecuada los principios establecidos en ese párrafo, es necesario leer el artículo 22 en su conjunto, sobre todo considerando los párrafos 6, 8 y 9. En el párrafo 6 se pueden identificar garantías básicas de protección en contra de deportaciones arbitrarias, en los párrafos 8 y 9 el principio de no devolución es claramente mencionado en conjunto con la prohibición de expulsiones colectivas, ampliando el lenguaje a todo extranjero, no solo a las personas refugiadas.

El problema interpretativo principal en la lectura del artículo 22 se centra en la expresión “buscar y recibir asilo”¹⁶, debido a que no hay consenso en la doctrina acerca de la naturaleza substancial del derecho a obtener asilo, con opiniones divergentes acerca de si considerar las dos expresiones como independientes, o como parte de una única obligación (Colautti, 1989; De Maekelt, 1982).

Además de excluir crímenes comunes, la definición de asilo encontrada en la Declaración también está limitada por el término “de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”. El caso de la interdicción de los haitianos (1997) fue el primero en el que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvo la posibilidad de aclarar parte de esta expresión. Al párrafo 155 de su Informe no. 51/96, la Comisión expresó que con el término “convenios internacionales” una correcta interpretación debería de hacer referencia solo a la Convención de 1951 y a su Protocolo adicional de 1966, afirmando indirectamente que el término “asilo” debe de interpretarse a la luz del derecho de los refugiados.

En ese sentido, la duda anteriormente mencionada acerca de la expresión “buscar y recibir asilo”, debería de leerse como “si alguien cumple con la definición de refugiado contenida en la definición de 1951, el Estado tiene la obligación de reconocer a la persona solicitante como refugiada”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también dio alguna pauta acerca de la interpretación de esas expresiones. Además del hecho de que en varias ocasiones la Corte ha mencionado que el contenido de la norma es directamente conectado con normas internacionalmente establecidas¹⁷, en su Opinión Consultiva 7/86 la Corte afirmó que el sistema creado por la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades para las personas, no para dar a los Estados la opción de hacerlo (párr. 24). Aunado a esto, la Corte concluyó que las palabras “de acuerdo con la legislación de cada Estado”, leída en conjunto con el art. 1.1 y 2 de

¹⁶ Se hace un llamado evidente al art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando en su párrafo primero se menciona “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”. Sin embargo, una diferencia importante resulta evidente en la divergencia entre las palabras “recibir” y “disfrutar”, que reflejan el hecho de que muchos países, y en específico el Reino Unido, se opusieron firmemente a la inclusión de cualquier provisión que implicara una obligación para el país de destino (Manly, 2004).

¹⁷ Se trata de la denominada tendencia integracionista, analizada por la Corte en su primera Opinión Consultiva OC-1/82 (1981).

la Convención Americana, establecen que cada país tiene que adoptar medidas positivas para regular el derecho de solicitar y recibir asilo (párr. 30).

Si en el caso de los haitianos, la Comisión (interpretando el art. XXVII de la Declaración Americana) expresó que la “legislación de cada país” y los “tratados internacionales” tienen una naturaleza acumulativa, así que para que se concrete alguna obligación, un Estado debe de haber ratificado los instrumentos internacionales relevantes y haber promulgado una normativa interna relacionada (par. 158). No obstante, la interpretación de la Corte en la OC 25/18 sobre el artículo 22.7 de la Convención Americana revirtió la interpretación de la Comisión, removiendo la interpretación acumulativa y reconociendo la naturaleza subsecuente de las dos expresiones como una obligación explícita de los Estados.

Ahora bien, frente a la crisis de los refugiados en América Latina a partir de los años sesenta, la comunidad de los Estados se dio cuenta que el sistema vigente en ese entonces era inadecuado para hacer frente a las nuevas necesidades de protección internacional, puesto que consideraba la misma como dirigida solo a personas perseguidas por razones políticas, encontrándose así sin herramientas para enfrentar la realidad de los desplazamientos masivos que involucraban personas de las zonas rurales y étnicamente mixtas, quienes huían de los conflictos en el cono sur por razones distintas a aquellas políticas (Gros Espiell, 1982; Arboleda, 1995).

La percepción de inadecuación, probada por un general reconocimiento *de facto* de la condición de refugiado sin alguna obligación legal¹⁸, obligó a los Estados de la región a ratificar la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional: siendo 28 los Estados que ratificaron la Convención y 29 su Protocolo, los dos instrumentos se encuentran hoy en día a la base del sistema de protección interamericano¹⁹.

El cambio tiene más relevancia aún si se considera que solo algunos años antes, los países de América Latina apenas participaron en la conferencia de plenipotenciarios en

¹⁸ Desde el pasaporte de Nansen a la Constitución de IRO, pasando por las Convenciones de 1933 y 1938, ningún documento antecedente a la Convención de Ginebra de 1951 fue capaz de establecer un marco universal para la protección de las personas refugiadas (McAdam, 2014).

¹⁹ Los Estados Unidos de América y Venezuela solo ratificaron el Protocolo de 1967, mientras que Saint Kitts y Nevis solo ratificó la Convención de 1951. Hasta la fecha, solo Cuba, Barbados, Granada, Guyana y Santa Lucía no han ratificado alguno de los dos instrumentos.

Ginebra²⁰, y que solo cuatro Estados ratificaron la Convención en su primera década de entrada en vigor²¹. La escasa participación de los países latinoamericanos en el marco jurídico internacional de protección a las personas refugiadas, se debe tanto a la idea que los mecanismos regionales previamente existentes eran más que suficientes para enfrentar la cuestión de las personas refugiadas en la región²², y debido a la falta de voluntad de control internacional de los Estados de América Latina (Reed-Hurtado, 2013).

Después de un intento poco exitoso en 1966 por parte del Comité Jurídico Interamericano de adoptar una Convención Interamericana de Refugiados, en 1981 un coloquio tenido en Tlatelolco (México) como consecuencia de un estallido de violencia en América Central, fue el prelude al encuentro de Cartagena en 1984, cuando fue finalmente adoptado un documento no vinculante, la *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*.

Con la Declaración de Cartagena se reafirma la naturaleza humanitaria de la institución del refugio, pues se mencionó que el principio de no devolución tiene una naturaleza perentoria. Por primera vez, un instrumento internacional elevó el principio de no devolución a norma de *jus cogens*.

La Declaración de Cartagena constituyó un esfuerzo innovador y creativo a nivel regional en un momento caracterizado por una falta de uniformidad en los estándares legales aplicables a la protección de personas refugiadas. Claramente inspiradas por la Convención de la OAU, su característica peculiar puede encontrarse en su Conclusión no. 3, donde se incluyen en la definición de persona refugiada cuestiones relacionadas a violencia generalizada, agresión extranjera, conflicto interno, violación masiva de derechos humanos y otras circunstancias que perturban el orden público.

Además de las cuestiones recién mencionadas, es necesario resaltar que la Declaración incluye una vasta gama de temas, desde el ingreso en un país extranjero hasta la recepción de personas solicitantes, pasando por el trato humanitario y la planeación de soluciones duraderas (ACNUR, 2005: 25-26). Como ha mencionado el juez Cançado Trindade (1995), la Declaración

²⁰ Solo Brasil, Colombia, Cuba y Venezuela estuvieron presentes en el encuentro. Su actitud durante los *travaux préparatoires* está bien explicada por Esponda Fernández (2004).

²¹ Ecuador (1955), Brasil (1960), Colombia (1961) y Argentina (1961).

²² Este punto fue específicamente expuesto por la representación colombiana en la Conferencia de Plenipotenciarios (Franco & Santisteven de Noriega, 2005: 91).

de Cartagena promovió el acercamiento entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados, con la finalidad de llenar los vacíos existentes y establecer estándares mínimos en situaciones de flujos masivos de personas refugiadas, viéndose probablemente inspiradas por la Conclusión no. 22 (XXIII) del Comité Ejecutivo del ACNUR (1981).

Debido a que muchos de los nuevos conceptos que se presentaron en la Declaración de Cartagena llevaron a una confusión interpretativa, las Naciones Unidas promovieron en 1989 la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA). El documento que derivó de la Conferencia, un compromiso entre la generosa interpretación de los expertos en 1988 y la insistencia de los Estados en que lineamientos jurídicos claros representarían una espada de doble filo, es hoy en día uno de los instrumentos principales en la interpretación de la Declaración.

De antemano, los redactores vincularon la aplicación de la definición ampliada a personas que demostraran una conexión individual a la situación generalizada en el contexto de huida. En este aspecto, es importante resaltar que un análisis del ACNUR (2013) compara la palabra “amenazado” con la Convención de 1951 y con la definición propuesta por la Convención de la Unión Africana. De acuerdo a este análisis, es inaceptable reducir a amenazas generalizadas el fundado temor de persecución y, aún más, a una persecución individualizada en el contexto latinoamericano. Lo que es necesario entonces, es la razonable posibilidad que la vida, la libertad o la seguridad de la persona solicitante estén en riesgo.

En específico, el texto señala: “la proximidad –temporal y/o espacial/geográfica– o la inminencia de la amenaza serían suficientes para justificar la necesidad de protección internacional en virtud de la definición de refugiado de Cartagena” (ACNUR, 2013: par. 28), especificando que “en situaciones de violencia generalizada, la amenaza puede ser evidente por sí misma y sólo debe establecerse la proximidad, en términos de tiempo y/o lugar, para que se cumpla el elemento de riesgo” (ACNUR, 2013: nota 29).

En esta misma nota interpretativa, se aclara que la simple “amenaza” requiere de un umbral de la prueba inferior a aquel del temor fundado, aclarando finalmente que “el foco de esta definición no está en las circunstancias personales del individuo que huye del daño/peligro,

sino en las circunstancias objetivas en el país de origen. Por lo tanto, las circunstancias personales del individuo no desempeñarán un papel determinante” (ACNUR, 2013: par. 29).

Aunque la Declaración se considera de naturaleza no-vinculante, a lo largo de los años adquirió una relevancia creciente en América Latina, hasta al punto de considerarse como una fuente de derecho internacional estableciendo criterios reconocidos a nivel regional. Gros Espiell (1995: 467) describe la Declaración de Cartagena como un ejemplo de “fuente espontánea y atípica de derecho internacional”, constituyendo una “salvaje” costumbre regional.

2.3 No devolución: ¿Jus cogens?

Si la formación tradicional de normas consuetudinarias requiere de la constante repetición de una práctica (*diuturnitas*) y luego, de la percepción que esta práctica representa una obligación jurídica entre las partes (*opinio juris ac necessitatis*), recientes desarrollos han reconocido que la *opinio juris* puede ser un punto de partida suficiente para la formación de una norma de esta naturaleza (Gros Espiell, 1996: 218). Este es el caso de la Declaración de Cartagena, siendo el resultado de la percepción generalizada de insuficiencia de las normas existentes, seguida por una concreta y generalizada aplicación de la comunidad regional: el poco periodo en el que esta costumbre se ha desarrollado, se configura como lo que Cheng (1965) y Petersen (2007) han definido como una “norma consuetudinaria instantánea”.

Como también han mencionado Franco y Santisteven de Noriega (2005: 112), la Declaración tiene que evaluarse como un proceso que se ha consolidado a nivel local y regional como un avance en el sistema de protección a personas refugiadas. Como parte de estos avances, durante el décimo aniversario de la Declaración de Cartagena en 1994, los Estados miembros aprobaron la Declaración de San José, tanto para enfatizar la naturaleza complementaria del sistema de protección y las convergencias entre derechos humanos, derecho humanitario y derecho internacional de los refugiados, así como especificar la necesidad de estándares comunes en la región capaces de enfrentar las nuevas características del desplazamiento (Cançado Trindade, 2005: 146).

A diferencia de otras ramas del derecho internacional, los ordenamientos regionales generalmente se consideran como una herramienta de fortalecimiento para el régimen de protección internacional: debido a que a menudo los flujos de personas refugiadas tienen

impactos regionales, los instrumentos con alcance geográfico limitado generalmente ofrecen herramientas que responden de manera más efectivas a las problemáticas específicas detectadas (Harley, 2014).

En América Latina, los programas regionales no solo han fortalecido la dimensión humanitaria de la protección a personas refugiadas, sino también han y siguen impulsando cambios en los marcos jurídicos nacionales, marcando la formalización en instrumentos de *hard law*²³ así como de numerosos principios de *soft law* (Arboleda, 1995: 98). Desde la Declaración de México de 2004 y su Plan de Acción, cuatro países en la región han incorporado el derecho a solicitar asilo en sus marcos constitucionales²⁴, y muchos otros han promovido nuevas reformas legislativas para que se pudiera incorporar la definición extendida propuesta por la Declaración de Cartagena²⁵. A lo anterior, se adicionan 13 países que han reconocido el género como una sexta causa para el reconocimiento de la condición de refugiado, y varios países (como México y Nicaragua) que han incluido alguna figura de protección complementaria²⁶.

Como consecuencia de estos desarrollos, casos de litigio empezaron a presentarse ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Entre ellos, destaca el caso de la *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia* (2012), cuando, por primera vez, violaciones a procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado y el principio de no devolución fueron considerados²⁷.

En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que cada país tiene la obligación de examinar la situación de cada persona refugiada, antes de tomar la decisión de alejarlas de su territorio, estableciendo asimismo algunas garantías mínimas:

²³ Aquellos instrumentos o prácticas generales con carácter obligatorio cuyo incumplimiento puede ser exigido por las vías institucionales de solución de conflictos y derivar en la responsabilidad internacional del Estado. Fuente: dicionarijuridico.mx

²⁴ Ecuador (2008), Bolivia (2009), República Dominicana (2010) y México (2011).

²⁵ Argentina (2006), Uruguay (2006), Ecuador (2009, 2012), Nicaragua (2008), Colombia (2009), Chile (2010), Costa Rica (2010), México (2011) y Bolivia (2012).

²⁶ El primer país en introducir alguna forma de protección complementaria en la región fue Panamá, con el Decreto Ejecutivo no. 23 del 10 de febrero de 1998.

²⁷ Anteriormente, a través de sus poderes consultivos, la Corte promovió estándares innovadores en su Opinión Consultiva no. 18, en donde se reconocieron estándares mínimos para toda población migrante, aclarando que la condición migratoria (o la ausencia de algún documento que otorgue regular estancia) no justifican la privación o el menoscabo de algún derecho humano.

- i) Derecho a ser informadas de los cargos en su contra, y de los motivos que generaron su deportación, incluyendo el derecho a defenderse y el derecho a tener asistencia legal.
- ii) Derecho a someter el caso a revisión, cuando la decisión haya sido desfavorable.
- iii) Que la decisión de expulsión sea fundada en derecho y debidamente notificada (p. 45).

Ahora bien, es necesario contextualizar estas reflexiones analizando el principio de no devolución, e intentando medir su alcance tanto en América Latina, como a nivel internacional.

Según algunos autores, es tácito que el principio de no devolución es una norma imperativa del derecho internacional. Riascos Valencia (2020: 14) lo afirma de manera absoluta, argumentando primero que es “un principio de amplia aceptación y práctica internacional, y por ende es de obligatorio cumplimiento tanto por los Estados que son parte como por los que no lo son [de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967]”. Pocos párrafos después, el mismo autor menciona que el principio es de carácter relativo, refiriéndose en ese contexto al art. 33(2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, es decir a que la persona sea un peligro para la seguridad del país de destino.

Esta afirmación contradice la definición de *jus cogens* en sí misma, puesto que una norma que alcanza ese rango no permite excepciones en ninguna circunstancia. La definición de norma imperativa se encuentra en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, y se distinguen de las así mencionadas *jus dispositivum* específicamente por su carácter de absoluta inderogabilidad: no fuerza mayor o alguna otra cláusula excepcional definida en el capítulo V del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados puede justificar alguna excepción al respecto.

En la conceptualización teórica de las normas imperativas, es importante notar que la noción no está limitada a la Convención de Viena, sino es de aplicación general. Allain (2001: 535) recuerda que “no se trata simplemente de una manera para los Estados de encontrar sus propias obligaciones convencionales invalidadas por estar en conflicto con una norma de alcance superior. Por lo contrario, cualquier acto pertenece al dominio del *jus cogens*, sea ello unilateral, bilateral o multilateral, siendo por lo tanto ilegal por definición”.

En definitiva, el régimen de responsabilidad de los Estados fomentado por la Comisión Internacional de Juristas está dando un impulso importante al crecimiento del *jus cogens*,

definiendo obligaciones para la comunidad internacional no solo hacia algún Estado con el que existe un vínculo contractual, sino hacia la comunidad internacional en general con base a normas generales que la vinculan de por sí.

Evidentemente, la afirmación de Riascos Valencia (2020) no puede ser tan lineal: hay que considerar diferentes factores argumentativos antes de poder afirmar con certidumbre que el principio de no devolución sea en efecto una norma de carácter imperativo.

El primer factor argumentativo principal consiste en el progresivo desarrollo de ser un principio de *lex specialis* a ser un principio de derechos humanos, tanto con alcance regional como internacional. Por esta razón, es tácito que el principio ha alcanzado nivel consuetudinario, teniendo aplicación amplia hacia toda persona extranjera (Hathaway, 2005), con alcance extraterritorial (los casos *Amur* e *Hirsi* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han marcado un hito al respecto).

Varios autores, por cierto, avalan la hipótesis de que el principio de no devolución puede ser considerado norma imperativa (Allain, 2001; Farmer, 2008). Sin embargo, hay otros autores que debaten esta afirmación, con base en diferentes aspectos peculiares que definen el principio. Goodwin-Gill (1996) por ejemplo, argumentó que la categorización del principio de no devolución como principio imperativo no sería una opción viable, mientras que Goodwin-Gill y McAdam (2007), argumentaron que el alcance *ratione personae* del principio según la Convención de 1951 hace referencia solo a las personas refugiadas definidas *ex art. 2* de la Convención, así que el principio (en su alcance como *lex specialis*) sería aplicable solo para ellas. La interpretación de los dos autores había sido en parte desmentida, ya en 1977 por el Comité Ejecutivo del ACNUR, a la hora de estar ampliando el alcance de ese principio a las personas solicitantes de protección internacional, además de a las personas refugiadas.

Cabe resaltar en este aspecto que, de conformidad con lo sugerido por las Conclusiones sobre la Fragmentación del Derecho Internacional (ILC, 2006), la interpretación de los términos tiene que operarse, en la medida de lo posible, respetando los objetivos y la finalidad de la Convención (párr. 12.f). Por lo tanto, la naturaleza humanitaria de la Convención tiene que permear en todo momento la mirada interpretativa (*Chen Shi Hai c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, 2000), en la consideración que el mismo texto debe verse como un instrumento complementario del derecho internacional de los derechos humanos.

En las palabras de la Corte Suprema de Australia en “*Applicant A*” & *Anor c. Minister for Immigration & Ethnic Affairs* (1997), “el preámbulo de la Convención la sitúa entre aquellos instrumentos internacionales que tienen el objetivo de proteger el goce igualitario de los derechos humanos y las libertades fundamentales” (p. 3).

Sin embargo, el obstáculo más importante acerca de la consagración definitiva del principio de no devolución en su aplicación hacia personas refugiadas como una norma de derecho imperativo se refleja en que la misma Convención de 1951 no crea una protección absoluta hacia el *refoulement*.

Ahora bien, en este aspecto, la Convención de 1969 de Addis-Abeba ya marcó un avance interesante en el tema, estableciendo ninguna excepción interpretativa en la aplicación de este principio. En este aspecto, es importante resaltar el carácter evolutivo del derecho internacional, su crecimiento constante en la interpretación y, para ello, la lectura de los principios interpretativos establecidos por la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados.

Asimismo, y como ya se mencionó anteriormente, la Declaración de Cartagena fue aún más explícita, definiendo el principio de no devolución como una norma imperativa: sin embargo (y queriendo ignorar su carácter no vinculante en favor de una amplia aceptación de la comunidad internacional en las américas), la dualidad interpretativa relacionada con el riesgo que una persona refugiada puede representar para el país de destino permanece en las diferentes normativas nacionales. Las palabras de Byrne y Shacknove (1996) resultan más recientes que nunca, aunque de hace casi veinte años: “las personas refugiadas siguen siendo los hijos no deseados de los Estados”.

El desarrollo normativo, y en específico la ampliación *ratione materiae*²⁸ del alcance del principio de no devolución hacia un principio de derecho internacional de los derechos humanos, hicieron que la expresión “en modo alguno” definida por el art. 33 de la Convención fuera constantemente más efectiva. El hecho de que las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR se aprueben por unanimidad puede ayudar a definir la existencia de *diuturnitas* y *opinio juris*, siguiendo en este sentido la rama interpretativa iniciada por la Corte Internacional de Justicia (*cfr. North Sea Continental Shelf*, 1969).

²⁸ Es decir, relacionado con el tema y el objeto en análisis

En ambos casos, el principio de no devolución se ha ido progresivamente asentando como un principio de *jus cogens*, incluyendo en el contexto latinoamericano afirmaciones manifiestas en foros internacionales (Fitzpatrick, 2000), así como la importante Opinión Consultiva 21 (2014) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional.

Es indudable que la comunidad internacional acepta el carácter consuetudinario del principio de no devolución, y que eso representa una obligación *erga omnes*: además del Comité Ejecutivo del ACNUR, la Asamblea General, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, diferentes instrumentos regionales y fuentes jurisprudenciales han contribuido a la definición del principio de no devolución como un principio consuetudinario.

Duffy (2008: 387) mencionó que:

“si un Estado actúa de una manera *prima facie* incompatible con una norma reconocida, pero defiende su conducta apelando a excepciones o justificaciones reconocidas por la misma norma, sea su conducta justificable o menos, esa fortalece en lugar de debilitar la norma en sí”.

Si bien autores como Allain (2001) y Hannkainen (1988) insisten sobre una categorización perentoria de la no devolución como principio de *jus cogens*, el estudio de Weis (1995) sobre los *travaux préparatoires*²⁹ de la Convención de 1951 reporta las palabras del delegado del Reino Unido durante la Conferencia de Plenipotenciarios, que menciona la necesidad de un balance entre protección internacional y seguridad nacional. Este balance, en la práctica de la comunidad internacional y en la progresión legislativa, sigue vigente y actual: esto quiere decir que los Estados están obligados a respetar el principio de no devolución como una obligación consuetudinaria y *erga omnes* (Declaración de Sanremo, 2001)³⁰, sin importar que se haya ratificado algún instrumento convencional relacionado con la protección de devolución

²⁹ Se trata de la transcripción oficial de una negociación. A veces publicados, se consideran parte del entorno de interpretación de un texto normativo, sirviendo como una herramienta para entender los pasos que se siguieron para llegar a la forma final del texto de análisis.

³⁰ Los expertos que participaron en el conversatorio de Sanremo tomaron en cuenta el caso de las actividades paramilitares en Nicaragua para explicar que, a la hora en que se está desarrollando una norma consuetudinaria, no se necesita de un cumplimiento perfecto por parte de la comunidad internacional para que se siga generando *diuturnitas*.

(es decir, un tratado o algún otro instrumento internacional que contenga alguna cláusula vinculante en la materia). .

Ahora bien, lo que sí se puede afirmar es que el principio de no devolución tiene un *núcleo* inderogable, que se relaciona a su aplicación en caso en que exista riesgo de ser víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes (*Questions relating to the obligation to prosecute or extradite*, 2012: párr. 99), así como privación arbitraria de la libertad y violaciones a los principios fundamentales de debido proceso (McKeever, 2015).

En esos casos, es evidente la intención de los Estados y la praxis jurisprudencial internacional de prohibición absoluta e inderogable de someter a alguna persona al riesgo de ser torturada (*ex multis* de Lauterpacht & Betlehem, 2003; Wet, 2004; Duffy, 2008; Brunnée, 2010). En América Latina, la ya mencionada OC/21 (2014) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solo reafirma la perentoriedad de la prohibición de la tortura (par. 224), sino vinculándose a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Soering* (1989) y afirmando que “siendo una obligación derivada de la prohibición de tortura, el principio de no devolución en este ámbito es absoluto, y adquiere también el carácter de norma imperativa de derecho internacional consuetudinario, es decir, de *jus cogens*” (par. 225).

En este sentido, no se trata de encontrar alguna persistente violación al derecho internacional de parte de la comunidad de Estados, sino prácticas persistentes que no avalan el carácter imperativo del principio de no devolución. Es decir, su absoluta no inderogabilidad (*Jurisdictional Immunities of the State*, 2012; Costello & Foster, 2016: 281). Si bien de Wet (2004) correctamente menciona que la no derogabilidad no es un requisito indispensable para definir una norma de derecho imperativo, ese es un punto de partida básico para su identificación (Costello & Foster, 2016: 280).

Asimismo, vale la pena mencionar que la jurisprudencia sobre el tema no es uniforme: si bien en tema de prohibición de la tortura los tribunales y organismos para-judiciales fueron constantes en los años, en la interpretación del derecho de los refugiados no hay uniformidad jurisprudencial³¹.

³¹ Cfr. *Ex multis*: *Caso Tapia Páez c. Suecia* (1996), *Ahmed c. Austria* (1996), ACNUR (2007).

Estas prácticas se relacionan, en los marcos normativos nacionales, a la relevancia que la implementación del segundo párrafo del artículo 33 de la Convención de 1951 está teniendo en la interpretación del principio de no devolución. Aunque varios autores han intentado analizar y detallar el alcance de esas interpretaciones (*ex multis* Hathaway & Harvey, 2001), el marco de protección sigue vinculado al “pero” de la seguridad nacional, generando inconsistencias interpretativas que no permiten definir el principio de no devolución como una norma imperativa *ipso facto*.

Menciona Pirjola:

“El derecho de un Estado de decidir si dejar a una persona extranjera permanecer en su territorio o expulsarlo, es uno de los principios más defendidos del derecho internacional. El problema entonces se refleja entre la tensión entre ese derecho de los Estados y el derecho de los extranjeros a solicitar protección internacional. Lo anterior deja a solicitantes de asilo permanecer entre estos dos principios opuestos. En práctica, derechos que se profesan “absolutos” parecen no ser exentos de interpretación” (2008: 643).

Por esta razón, será necesario dedicar un capítulo de esta investigación para un análisis detallado.

Capítulo 3

EL CONTEXTO CRIMINAL EN AMÉRICA CENTRAL: EL SIGNIFICADO DE TENER ANTECEDENTES DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA

El éxodo que caracteriza la migración forzada centroamericana es causado principalmente por el grave impacto que las pandillas, las maras y otros grupos criminales tienen en la sociedad: las actividades ilícitas, en su mayoría relacionadas con el tráfico de drogas, a menudo se caracterizan por un uso indiscriminado de la violencia con la condescendencia de las autoridades locales.

En parte, el actual contexto violento se debe también al hecho de que los Estados decidieron enfrentar el crimen organizado usando estrategias de persecución extremadamente violentas, caracterizadas por ejecuciones extrajudiciales (Brenneman, 2012: 9), tortura, desapariciones forzadas, detenciones arbitrarias, y un contexto generalizado de irrespeto de los derechos humanos basado en el abuso de autoridad y abuso del uso de la fuerza.

Por lo general, y de acuerdo al ACNUR (2016: 14), las dinámicas violentas involucran tanto pequeños grupos criminales, como narcotraficantes y fuerzas paramilitares, atestiguando infiltraciones del crimen organizado en las altas esferas públicas. En este aspecto, algunas estructuras criminales son mucho más organizadas y disciplinadas que los grupos pandilleriles callejeros, y por lo general prefieren recurrir a la corrupción en lugar del uso indiscriminado de la violencia, casi convirtiéndose en organizaciones de matriz mafiosa (Serna, 2016: 28).

La impunidad se puede definir como el cáncer prioritario de la sociedad centroamericana: además de contar con una cifra negra alarmante, la profunda penetración de los grupos criminales en los aparatos formales de procuración de justicia ha derivado en una nula confianza en el sistema, además de múltiples revictimizaciones en el acceso a la justicia para las víctimas y sus familiares. Aunado a lo anterior, poblaciones indígenas, afrodescendientes o campesinas son un blanco constante de intimidaciones, mientras que personas defensoras de los derechos humanos, periodistas y activistas a menudo son tachados como incitadores de la violencia y de provocar disturbios al orden público (Amnistía Internacional, 2016).

En este contexto, jóvenes de entre 12 y 17 años, que viven en un contexto de complejidad social en término de pobreza, falta de acceso a oportunidades de empleo, marginalización social, falta de acceso a servicios sociales, alta tasa de criminalidad, exposición a la violencia y falta de cuidado parental, pueden ver en las maras una vía de salida fácil. Adquirir “honor”, tener acceso ilimitado a mujeres, drogas y armas, y en general sentirse protegidas por el grupo en sustitución de una familia ausente, puede representar una alternativa a una vida ya condenada (Santacruz Giralt & Concha-Eastman, 2001).

Algunas de las violaciones de derechos humanos que caracterizan el contexto centroamericano implican quebrantamientos de normas y principios, tales como la privación arbitraria de la vida, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad y la general desviación de los principios más básicos de debido proceso tales como la presunción de inocencia, que, en el transcurso de los años y como pudimos ver en secciones anteriores, han sido reconocidas como normas imperativas³².

3.1 La peculiaridad de las “maras” en el contexto centroamericano

A pesar de que no existe una definición universal del término “pandilla”, este comúnmente designa un grupo de personas (principalmente jóvenes) que operan en las calles a través de un uso indiscriminado de la fuerza (ACNUR, 2010: 225-226). Esa expresión es a menudo utilizada como sinónimo de “mara” (una abreviación de “marabunta”, un tipo de hormiga), aunque, desde una perspectiva criminológica, operar generalizaciones sobre los dos términos representa una aproximación inadecuada, debido a que los dos términos se refieren a grupos organizativos distintos, tanto en el término organizacional como operativo.

Históricamente, en el transcurso de los años noventa del siglo pasado y del primer decenio de los años 2000, personas deportadas de los Estados Unidos crearon grupos pandilleriles híbridos basados en el violento modelo criminal californiano, absorbiendo o destruyendo grupos criminales preexistentes, expandiéndose rápidamente en El Salvador,

³² En el contexto interamericano, vale la pena resaltar la labor interpretativa de la Corte Interamericana, sobre todo en la persona del juez Cançado Trindade (2008), que fomentó la expansión del concepto de norma imperativa en el contexto regional. Entre otras, las dos sentencias de la *Masacre de Pueblo Bello c. Colombia* (2006) y *Goiburú et al. c. Paraguay* (2006) contribuyeron a que se asentara el acceso a la justicia como una norma imperativa del derecho internacional que genera obligaciones *erga omnes*.

Guatemala y Honduras, en su gran mayoría en los barrios más pobres de las principales ciudades (Argueta, 2016)³³.

Los dos grupos criminales principales en América Central son la “Mara Salvatrucha” (MS-13, Mara 13 o La 13) y el “Barrio 18” (Pandilla 18 o Mara 18), y se rodean de un número importante de otros pequeños grupos criminales satélites, normalmente vinculados en alianza a uno u otro bando y con un arraigo principalmente relacionado al control de la micro criminalidad en espacios limitados geográficamente, tales como “Los Sureños”, “Los Vatos Locos” o “Los Chirizos”. Como se mencionó en Cantor (2016), la peculiaridad de los grupos criminales más grandes es que muestran paralelismos importantes con el *modus operandi* de algunos grupos armados no estatales en contextos de conflictos no internacionales de baja intensidad, tales como el uso de armamento automático de alto calibre (Hazen, 2010).

Un componente importante relacionado con el entendimiento de la naturaleza de estos grupos criminales es aquel asociado con la pertenencia identitaria. Sentirse “parte del barrio” se relaciona a los albores de estos grupos criminales, en donde la relación entre territorio y pertenencia a un grupo pandilleril era clave en la identificación de pertenencia a un grupo cuyos valores éticos demonizaban aquellos del grupo opuesto.

Vale la pena resaltar la importancia del componente de pertenencia en la definición de los grupos criminales/pandilleriles/mareros en América Central. Por supuesto, hay que leer con cuidado las tesis culturalistas y evitar considerarlas como la única expresión del crimen organizado (Giannulli, 2019: 18): las organizaciones criminales con una estructura clara a menudo se sirven de los rituales o del substrato ideológico para generar sentido de pertenencia en sus afiliados. Es un ejemplo la Nueva Camorra Organizada y la ‘Ndrangheta en Italia, la Yakuza en Japón, o los grupos criminales transnacionales con fondo religioso (Giannulli, 2019). Es decir, el hecho de que se profesen altamente identitarios, o que su historia esté ligada a un simbolismo marcado, no significa que hoy en día su existencia esté vinculada a requisitos ideológicos (Rodríguez Bolaños & Sanabria León, 2007).

³³ Para mayores detalles relacionados al fenómeno migratorio centroamericano en la segunda mitad del siglo pasado y su relación con los fenómenos criminales híbridos, se recomienda una lectura del Informe 62 del International Crisis Group (2017) y Ortiz Vila, 2012.

La lealtad al grupo se compara con la lealtad a la familia, y el respeto juega un rol central en la jerarquía de mando. No cumplir con una orden directa o actuar de una manera que genera desaprobación por parte de uno de los miembros más ancianos puede considerarse como “una falta al respeto” y ser castigada de manera violenta, hasta representar una verdadera condena a muerte. Una característica peculiar es que, una vez que el castigo es establecido, ese es de por vida y no se diluye en el transcurso de los años (ACNUR, 2010: 226), reflejándose en muchas ocasiones en venganzas transversales para los miembros de la familia (p. 230).

La fuerza básica de estos grupos pandilleriles depende en gran medida del reclutamiento forzado de niñas, niños y adolescentes. El ingreso al grupo criminal incluye siempre un ritual de iniciación violento llamado “brinco”, una golpiza por parte de los miembros del grupo más ancianos que dura tradicionalmente 13 o 18 segundos, dependiendo a si se relaciona con la MS-13 o el Barrio 18. En algunos casos, se ha reportado también el abuso sexual en caso de mujeres iniciadas, o el encargo de algún homicidio para probar la lealtad al grupo (ACNUR, 2010: 227).

En términos generales, una vez que se ingresa al grupo criminal, no hay posibilidad de deslindarse de ello: cualquier deserción se considera como una ofensa grave, en la mayoría de los casos castigada con la muerte. En dos casos nada más se considera la posibilidad de alejarse de la pandilla: unirse a alguna iglesia o, en casos rarísimos, casarse para tener hijos (Brenneman, 2012). Sin embargo, hay que resaltar que los miembros a los que se les permite alejarse de la pandilla no la abandonan formalmente, sino se consideran como “calmados”: siguen involucrándose en actividades marginales, con la posibilidad de ser “reactivados” en caso de ser necesario.

La extorsión representa una de las principales fuentes de ingreso para las pandillas, y una de las causas principales del desplazamiento forzado en la región (ICG, 2017: 11). Alrededor del 80% de los transportes públicos y privados, así como los dueños de los negocios formales e informales y las personas deportadas, son víctimas de lo que comúnmente se llama “impuesto de guerra” o “piso” (ACNUR, 2016a; 2016b).

Aunado a lo anterior, la violencia intrafamiliar y la violencia basada en género representan dinámicas victimizantes peculiares, con nuevas modalidades relacionadas con prácticas pandilleriles. En lo específico, el ACNUR (2016a) ha mencionado que las niñas son

un blanco de venganza entre grupos rivales, además de víctimas potenciales de una vasta red de trata de blancas con dirección a México y los Estados Unidos (p. 12).

Informes recientes han demostrado una evolución importante en las dinámicas de los grupos pandilleros: sobre todo en relación a las actividades de la Mara Salvatrucha, las estrategias de control territorial están progresivamente evolucionando hacia la protección de la población local en contra de las “violencias de los otros grupos criminales” en cambio de una remuneración (Sullivan, 2006; Báez García, 2021). En un contexto de violencia generalizada, en donde las autoridades estatales carecen de la fuerza necesaria para garantizar el orden público, los “servicios” ofrecidos por los grupos criminales son a veces tolerados por la comunidad local (ICG, 2017: 15).

En las palabras de Santi Romano (2018)³⁴, *ubi societas ibi jus*: los grupos criminales no requieren de leyes escritas para establecer un marco normativo. La sociedad gobernada por ellos responde a secreciones espontáneas de derecho que se afirman en la representación consuetudinaria de patrones de conducta, siendo por lo tanto la respuesta a patrones culturales que aglutinan el entorno social.

En su oposición al aparato burocrático de las sociedades estatales constituidas, estas formas criminales se proponen como un estado alterno capaz de garantizar mejores condiciones que el Estado formal, disfrazando su naturaleza antagónica, criminal, ilegal y violenta, con una mayor eficiencia y (en algunas circunstancias) tanto mejor calidad de vida, como mayores posibilidades de escalada social.

Por supuesto, las estrategias de castigo de quienes se rehúsan en aceptar el control de los grupos criminales siguen siendo extremadamente violentas; sin embargo, es importante resaltar que los grupos han entrado en una dinámica de control territorial profunda, erigiéndose a paladinos de la “seguridad” en contra de un Estado percibido como corrupto y poco confiable.

Tomando como ejemplo el estado hondureño, en 2020 ocupaba el 157 lugar de 180 en el Ranking de Corrupción propuesto por la Organización para la Transparencia Internacional, con 24 puntos³⁵. Según el informe “Estudios de la situación de las Maras y Pandillas en

³⁴ El volumen fue publicado por primera vez en 1918. La edición mencionada y citada es aquella consultada.

³⁵ Asimismo, El Salvador ocupaba el lugar 104 con 36 puntos, Guatemala el lugar 149 con 25 puntos y Nicaragua el lugar 159 con 22 puntos Cfr. en: <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/nzl>.

Honduras 2019”, los actores que operan en la región actúan en un contexto de “violencia desorganizada por el control territorial, lo que hace más compleja la labor de inteligencia, control y supresión de las fuerzas del orden público” (ASJ, 2020a: 26)³⁶.

Como parte del proceso evolutivo de los grupos criminales, las maras están dotándose de jerarquías bien definidas: cada una tiene su propia estructura, aunque en todos los casos se aprecia una creciente característica verticalista, distinguida por “cúpulas” de gestión territorial.

Los miembros que ocupan los lugares de poder más altos coordinan las actividades (en la mayoría de los casos) desde las cárceles, símbolo de un sistema de procuración de justicia insuficiente, y que representan unas verdaderas “incubadoras criminales” (InSight Crime, 2017), organizando de esta forma las actividades criminales desde espacios seguros, y reclutando al mismo tiempo nuevos adeptos (Jütersonke *et al.*, 2009).

3.2 Las maras hoy. Actores en evolución

Es complicado entender la dimensión real de los grupos pandilleriles en América Central: según el International Crisis Group (2017), la Mara Salvatrucha entre todas, está evolucionando hacia un esquema criminal de “tercera generación”, alejándose definitivamente del sistema de arraigo territorial y generando su propia agenda política para el control territorial. Parte de esta teoría puede ser confirmada por “La Tregua” pactada en 2011 en El Salvador, cuando los líderes principales de los grupos criminales en el país negociaron directamente con las autoridades el acceso a privilegios en cambio de un cese de la violencia generalizada.

Asimismo, los grupos más grandes están incrementando su involucramiento en la criminalidad transnacional, sobre todo relacionada con el tráfico internacional de estupefacientes, de armas y de personas. Según algunos reportes, existen células de estos grupos criminales a lo largo de la ruta migratoria de América Central hacia Estados Unidos, con núcleos de poder que se conectan con los carteles de la droga mexicanos (Arnson & Olson, 2011: 45).

Parte de la sofisticación de los grupos criminales en la región se debe a la escasa efectividad de las recientes operaciones de mano dura en los países de origen. A raíz de estas, las maras y las pandillas, que han siempre sido estereotipadas como “enemigos internos de los

³⁶ Cfr. también: InSight Crime, 2016; Williams, 2018; WOLA, 2019.

Estados” (Adams, 2012), tuvieron que elaborar estrategias de cohesión y mimetización, caracterizándose siempre más por el abandono de los típicos tatuajes y grafitis, y por una tendencia creciente hacia la inversión en los mercados formales y el lavado de dinero (ACNUR, 2016b).

Definitivamente, las maras y las pandillas representan un actor de poder en la región. Tampoco cabe duda que detengan el control territorial *de facto* de algunas zonas del país. Sin embargo, es relevante recordar que, si bien los procesos de hibridación criminal son una constante internacional, el “modelo mafioso” se queda como una estructura primariamente italiana (Giannulli, 2019: 21). Desde la perspectiva criminológica, es complejo afirmar que esos grupos cuentan con una agenda política estable y con una coordinación firme y constante, aunque estudios precoces de Taylor (1990) y Sullivan (2006) han empezado a tratar el tema de la criminalidad organizada centroamericana ya no como un fenómeno local, sino tomando en cuenta una presunta “corporatización” de las principales organizaciones criminales (Rodgers & Baird, 2016).

Lo que se tiene que aclarar es que no todas las fuentes relacionadas con los grupos criminales centroamericanos pueden ser consideradas relevantes: la increíble mutabilidad de esas organizaciones hace que estudios anteriores al 2010, a menos que no tengan en su mira una perspectiva histórica, pueden ofrecer afirmaciones no tan relevantes hoy en día (p.e. Klein y Maxson, 2006). Por supuesto que, el término “pandilla callejera” ya no describe la realidad centroamericana: Mara Salvatrucha y Mara 18 son dos redes transnacionales poderosas en los países del norte de centroamericana (Barnes, 2007; Cruz, 2010), y se están convirtiendo en actores paraestatales con relevancia y peso específico que van más allá de la frontera del Río Suchiate (Sullivan, 2006).

En las palabras de Cruz (2007: 358):

“Las maras de origen centroamericano constituyen hoy en día una red transnacional que a lo largo de los últimos años ha experimentado un claro proceso de formalización e institucionalización que, en algunos lugares más que en otros, le permite constituirse en una especie de sistemas de crimen organizado que desafía a los estados de la región en distintas formas”.

Asimismo, evolucionando y transformándose a lo largo de los años, este proceso ha generado una constante independización de los flujos de personas deportadas de los Estados

Unidos. Si en un comienzo, como pudimos identificar, las bandas eran principalmente conformadas de individuos deportados, y el serlo de por sí definía un estatus quo elevado al interior del grupo, la localización de los fenómenos generó que la fuerza básica ya fuera reclutada *in situ*, siguiendo un poco la lógica de independización de la mafia americana desde la mafia siciliana en la primera década del siglo pasado (Giannulli, 2019).

El International Crisis Group (2018: 17) ha evidenciado como “la expansión de las pandillas hacia el sur de México parece ser principalmente una respuesta con ánimo de lucro por la oportunidad de aprovecharse de personas extraordinariamente vulnerables”. La desaparición del cártel de Sinaloa ha jugado un rol importante en el ecosistema criminal de la frontera sur: en las fronteras de Tapachula y Frontera Comalapa (entre otras), hay reportes de un creciente expansionismo de las mayores pandillas centroamericanas, con la presencia de grupos pandilleros que siguen formando parte de sus células centroamericanas, aunque no queda claro si se trate de un esfuerzo orquestado como actividad del grupo, o más bien una iniciativa de individuos aislados.

Según reportes de organismos de la sociedad civil, recopilados por el ICG (2018), las pandillas principales están incrementando su participación e injerencia en no solo en el negocio de la droga, sino también de explotación del tráfico y trata de personas, adentrándose hacia el control territorial de las plazas a través de la extorsión de actividades locales.

Reportes informales no comprobados, y derivado en su gran mayoría de conversaciones con personal de albergues y de organizaciones de la sociedad civil, han mencionado la posibilidad de que las organizaciones criminales pudieran estar detrás de una red de tráfico de personas extendidas hasta el norte de México, proveyendo servicios capaces de amortiguar los riesgos de las migraciones, y de ofrecer un pase seguro hacia la frontera norte.

En el marco entonces del entendimiento del rol y de la evolución de la criminalidad organizada en América Central, es menester reconocer que esos ya no representan bandas aisladas relacionadas con barrios o unidades territoriales delimitadas, sino redes criminales complejas, quizás no propiamente cupulares, pero con enlaces, relaciones, agendas e influencia en la economía formal.

Ahora bien, en vista del contexto mencionado en este capítulo, es de relevancia contextualizar la lectura con el propósito de este estudio. ¿Existe algún riesgo en retornar a sus países de origen a personas con antecedentes de pandilla o mara en América Central?

Con discreta certidumbre, se puede afirmar que el riesgo de que una persona con antecedentes pandilleriles pueda ser víctima de secuestro, tortura y ejecución extrajudicial u homicidio es alta.

Como se ha mencionado en párrafo anteriores, una vez que una persona ingresa a las pandillas no existe posibilidad real de que pueda deslindarse: las dimensiones geográficas reducidas de los países del norte de Centroamérica hacen que no exista una real opción de reubicación interna o de un espacio seguro para tener una vida digna (Mirra, 2019), y la extrema fragilidad del aparato burocrático no ofrece tampoco opciones viables de que la justicia tradicional pueda encontrar reparo por la persona afectada. Según lo que reporta el informe “Estudios en la situación de las Maras y Pandillas en Honduras 2019”, “la inestabilidad política y deterioro institucional [permitieron] que pandilleros y simpatizantes se infiltren en cuerpos policiales, militares, juzgados y en puestos de gobierno” (p. 24).

Aunado a lo anterior, hay cuestiones relacionadas con el contexto local que sirven de agravio para poder presumir que los países del norte de Centroamérica no son lugares seguros para la población. En 2018, por ejemplo, Honduras ocupaba la posición número 132 de 180 en el Ranking de Corrupción propuesto por la Organización para la Transparencia Internacional, con 29 puntos, siendo el séptimo país en América Latina.

En este país según el tercer Informe sobre la Impunidad (ASJ, 2020b), se marca un índice de impunidad para los homicidios de 86%. WOLA (2020: 7), mencionó que “el ministerio público cuenta con diversas instancias para investigar los posibles delitos de la violencia y del crimen organizado [...]. Sin embargo, estas entidades no son prioritarias en cuanto a los recursos humanos y presupuestos con los que cuenta la Fiscalía”.

Nuevamente, una respuesta definitiva a esta cuestión se intentará encontrar en el párrafo conclusivo, sin embargo, el contexto descrito ofrece alternativas muy precarias para las personas afectadas.

Capítulo 4

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN A LA LUZ DE LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIÓN DE LA CONVENCIÓN DE 1951 (ART. 1-F).

De acuerdo a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, en específico los párrafos (d), (e) y (f) del artículo primero, no todo el mundo es elegible para recibir protección internacional. Si bien la elaboración de estas cláusulas representa algo nuevo en la historia de la protección a personas refugiadas (puesto que en los instrumentos anteriores no se encuentra algo parecido), todavía afectados por los horrores de la Segunda Guerra Mundial, los Estados que participaron a la conferencia de plenipotenciarios decidieron que no debería de garantizarse protección internacional a personas que pudieron haber perpetrado actos de persecución, criminales, o generalmente contrarios a los principios rectores de las Naciones Unidas (ACNUR, 2011: 33).

El artículo 1(F) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados menciona a la letra:

F. 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.

En específico, la aplicación de estos apartados del artículo primero no significa que las personas no pueden sufrir persecución en su país de origen, sino que no reúnen todos los requisitos necesarios para que se les pueda reconocer protección internacional. Es decir, aunque pudiesen ser personas con necesidad de protección internacional, por las razones desglosadas en los párrafos mencionados, se consideran personas no merecedoras de la misma.

El derecho de los refugiados se percibe como la representación más alta de los valores de paz y humanidad, de manera que la lógica es que no sea corrupto por criminales, quienes en primera persona han contravenido a los principios de paz y humanidad propios de las Naciones

Unidas (Li, 2017: 51). En este sentido, el texto original de la Convención expresa de manera categórica que la misma, en su totalidad e incluyendo los derechos y beneficios que esa garantiza, no deben de garantizarse para personas que encajan en los supuestos de exclusión.

Los diferentes instrumentos regionales, así como el Estatuto del ACNUR incorporan también preceptos que excluyen individuos de recibir protección internacional. Hoy en día, en realidad cualquier instrumento relacionado con la protección internacional y varios instrumentos de derechos humanos incorporan cláusulas de exclusión: la Declaración sobre Asilo Territorial de 1967 (art. 1.2), la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 14.2), entre otros (Li, 2017: 3), así como varios instrumentos regionales, como la Directiva 2011/95/EU de 2011 (art. 12) o la Convención de Addis-Abeba de 1969 (art. 1.5).

Ya a partir de los eventos que destrozaron a Ruanda y la Ex Yugoslavia, el tema de la aplicación de las cláusulas de exclusión salió al auge de los discursos internacionales. Sin embargo, a raíz de los ataques del 11 de septiembre de 2001 a las Torres Gemelas, el miedo relacionado con el riesgo de ataques extemporáneos por parte de grupos terroristas fue acompañado por nuevas medidas drásticas con el afán de enfrentar lo que globalmente se consideró una amenaza grave e inminente a la seguridad nacional. Dentro de los tres meses subsecuentes a los ataques, los Estados parecieron revertir las interpretaciones relacionadas con conceptos jurídicos aparentemente asentados hasta ese entonces, y principalmente relacionados con los principios de debido proceso, respuesta proporcional y respeto de derechos humanos fundamentales (Blake, 2003: 425).

Una de las medidas que fueron implementadas de inmediato por muchos Estados fue la introducción de una nueva legislación anti-terrorista. A nivel internacional, las resoluciones 1373 y 1377 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas hicieron expresa referencia al sistema de reconocimiento de la condición de refugiado, aclarando de antemano que cualquier acto terrorista es contrario a los principios de las Naciones Unidas (Simeon, 2009: 194).

En el texto de la resolución 1373:

“El Consejo de Seguridad [...] exhorta a todos los Estados a [...] Adoptar las medidas apropiadas de conformidad con las disposiciones pertinentes de la legislación nacional y el derecho internacional, inclusive las normas internacionales de derechos humanos, antes de conceder estatuto de refugiado, con el propósito de asegurarse de que los

solicitantes de asilo no hayan planificado ni facilitado actos de terrorismo, ni participado en su comisión” (UNSC, 2001a).

En este sentido, Gibney (2002) menciona con preocupación el consenso sin precedentes en la comunidad internacional que las personas refugiadas representan más que un recurso, una amenaza y un riesgo para la comunidad internacional, uniéndose al coro de varios otros autores y expertos que vieron con preocupación esta toma de posición tan radical de la comunidad internacional (HRW, 2003). Va de por sí que al centro de este debate se encuentra una puesta en discusión del principio de no devolución, una nueva lectura del mismo que prevé la exclusión de amplios perfiles de solicitantes de la condición de refugiado, subyaciendo una lógica de protección de la seguridad nacional.

Como fue mencionado por Hathaway (1991^a: 122), cualquier procedimiento que prevé la remoción de solicitantes de protección internacional porque el procedimiento no ha sido admitido, elevan el espectro del *refoulement*.

Al centro de este marco teórico entonces, se encuentra el texto de la segunda sección del artículo 33 de la Convención de 1951:

Artículo 33. – Prohibición de expulsión y de devolución (“*refoulement*”).

[...]

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.

Como bien reconocen Gilbert (2003: 425-426) y Lauterpacht & Betlehem (2003: 129), aunque la *ratio* subyacente en la formulación de ambos artículos pueda parecerse, siguiendo el debido rigor que merece un análisis jurídico hay que resaltar que el artículo 1(F) y el art. 33(2) de la Convención difieren tanto *ratione materiae* como *ratione personae*. En una primera instancia, los términos “peligro para la seguridad” y “delito particularmente grave” del art. 33(2) difieren y cobran mayor peso que la expresión “delito común” del art. 1F(b).

En segunda instancia, hay que diferenciar que el párrafo segundo del art. 33 hace expresa referencia en personas refugiadas ya reconocidas, mientras que la evaluación *ex art. 1(F)* sucede en una fase anterior al reconocimiento de la condición de refugiado, es decir, durante el procedimiento de elegibilidad ante la autoridad competente.

A lo largo de los años, esas cláusulas han generado un debate constante relacionado con el perfil de las personas afectadas, principalmente debido a la gravedad de las consecuencias para las personas a quienes se les niega protección internacional con base en esas razones. En específico, sirven dos propósitos distintos: evitar la explotación del sistema de protección internacional por parte de personas no merecedoras (Gilbert, 2003: 428) o, en las palabras de un renombrado pronunciamiento de la Suprema Corte de Canadá, para evitar la impunidad de personas prófugas de la justicia en sus países de origen (*Ezokola c. Canada*, 2013: 678).

Ahora bien, definir el primer párrafo es relativamente sencillo, pudiéndose comparar con un claro instrumento normativo como el Estatuto de la Corte Penal Internacional, los crímenes graves y los actos contrarios a los principios de las Naciones Unidas representan un escenario que involucra algunas cuestiones mayormente problemáticas.

4.1 El análisis de las cláusulas de exclusión en casos de criminalidad organizada.

Una de las principales dificultades para el objetivo de esta investigación es que el enfoque del desarrollo doctrinal sobre el art. 1F(b) se está enfocando en personas refugiadas que han cometido actos de terrorismo (Djordjevic, 2014: 1059), deslindándose así de otros hechos criminales no políticos que pudieran activar la exclusión de protección internacional.

Con la finalidad de definir que es un crimen común (es decir, no político), uno de los temas cuyo debate representó un espacio de confrontación complejo se sienta en la difícil tendencia de distinguir enjuiciamiento con persecución. Quizás, la tendencia más interesante en este aspecto consiste en definir el enjuiciamiento como persecución si, de por medio, hay algún derecho humano no precisamente protegido por el debido proceso (Blake, 2003: 430).³⁷

Según la interpretación de Lord Lloyd en *T. c. Secretary of State for the Home Department* (1996), se especifica que un crimen político solo se define como tal si se lleva a cabo por razones políticas, es decir, con el objetivo de subvertir el gobierno de un determinado país (párr. 788).

³⁷ Cfr. *Sepet y Bulbul c. Secretary of State for Home Department*, 2001; *Islam c. Secretary of State for Home Department*, 1999.

Para entender lo complejo que es narrar este componente de las cláusulas de exclusión, se puede considerar la historia de las personas que desde España salían a solicitar protección internacional hacia otros países del continente europeo, hasta inclusive generar una crisis con el gobierno de Bélgica que se negó en excluir de protección internacional a personas que el gobierno de España consideró como “terroristas”.³⁸ Esos dilemas de naturaleza política se atestiguaron también en el caso de personas de nacionalidad checa y húngara en Canadá durante la primera década de este siglo.

Con el afán de dimensionar una parte del debate relacionado con el tema, según Kalin y Jüznil (2000: 46),

“La aplicación de las cláusulas de exclusión detalladas en el artículo 1F(b) de la Convención de 1951 para “crímenes graves de naturaleza no política” genera preguntas particularmente complejas a la hora en la que las personas refugiadas [...] cometieron actos que se encuentran en el limbo entre considerarse “crímenes graves” en el país de origen, pero que supuestamente fueron perpetrados de manera legítima”.

En las palabras de Guild & Garlick (2011: 70), uno de los problemas claves en la interpretación de las cláusulas de exclusión es determinar qué crimen tiene una justificación de resistencia política, y cuál otro tiene una simple naturaleza criminal.

En otro aspecto, Hathaway, en su “The Law of Refugee Status” (1991b) (luego reafirmando el concepto en “The Rights of Refugees under International Law”, 2005) apuntó los reflectores en los términos “motivos fundados” como un nudo clave de la interpretación de las palabras del artículo, resaltando como una persona no tiene que haber sido condenada por algún crimen para que se pueda aplicar lo establecido por ese apartado. Por lo contrario, sería suficiente que la autoridad competente cuente, más allá de toda duda razonable, de pruebas suficientes para que se pueda considerar la persona solicitante culpable de haber cometido acciones incriminadoras.

La interpretación de las palabras del artículo 1F ha sido también una cuestión compleja tanto para expertos como para los tribunales. En las últimas dos décadas del siglo pasado, tanto la jurisprudencia como la academia empezaron el proceso de interpretación de la expresión “motivos fundados” en este contexto, comparando en este sentido los balances de probabilidad

³⁸ Cfr. al respecto, Guittet. 2006.

definidos por el derecho civil como “preponderancia de pruebas”, y el estándar de derecho penal del “más allá de toda duda razonable” (*Moreno c. MEI*, 1993; *Flores Carrillo c. Canada*, 2008).

Asimismo, es importante mencionar que la jurisprudencia internacional, sobre todo del Tribunal de Apelación canadiense, ha ido afirmando que la mera pertenencia a un grupo cuyas actividades podrían considerarse en el rango de aquellas contempladas por las cláusulas de exclusión: la pertenencia a dicha organización tiene que combinarse tanto con el nivel de participación efectiva en la misma, como con su involucramiento ideológico (Sloan, 2000).

De manera relevante, en su decisión de *Ramos c. Holder* (2009), el séptimo circuito del tribunal de apelación estadounidense mencionó que “[Congress}... has said nothing about barring former gang members” (párr. 930), añadiendo que “to bar all former gang members from being eligible for asylum would be perverse” (párr. 946).

Anteriormente, en *Martínez c. Holder* (2003: párr. 912), el tribunal de apelación argumentó un tema interesante: el Congreso (citando U.S.C. §1231(b)(3)(B)) definió un rango de conductas antisociales (mismas que representan una paráfrasis casi exacta de las cláusulas de exclusión previstas por el art. 1(F), *NdA*) que impedirían a las personas de ser elegible para el *withholding of removal*³⁹, sin embargo, todas siendo vinculadas a que la persona se había involucrado directamente en la persecución de otras personas, o que representase un riesgo para la seguridad de los Estados Unidos.

En el caso, entonces, que la persona solicitante sólo alegara haber pertenecido a una pandilla, y a raíz del análisis de elegibilidad no se evidencie la comisión de algún acto que pudiese concretar alguna responsabilidad individual, la mera pertenencia a la organización criminal no podría de por sí representar un requisito suficiente para poder aplicar las cláusulas de exclusión. Para hacerlo, la autoridad adjudicadora debería de averiguar primero si la persona pudiese haber conocido de la naturaleza de las actividades criminales, y por lo tanto considerarse cómplice de las mismas.

No obstante, el mismo contexto centroamericano y la naturaleza histórica de las maras tanto como actores sociales, como actores criminales, hace imposible que cualquier persona

³⁹ El *withholding of removal* es una forma de protección subsidiaria garantizada por el gobierno de los Estados Unidos, y representa un “limbo humanitario de protección”, garantizando el acceso a un set de derechos mucho más limitado que la condición de refugiado.

desconozca las actividades de la pandilla. Su mismo involucramiento, a menos que no fuera en una edad o en condiciones en donde no puede concretarse *mens rea*, subyace la aceptación de la totalidad de sus actividades, incluyendo aquellas que se desarrollan más allá del margen de la legalidad.

Vale la pena resaltar que, aunado a lo que se ha mencionado, el hecho de que una persona corra algún riesgo a su vida o integridad en su país de origen por ser percibida como parte de un grupo tradicionalmente perseguido (en este caso, “persona que en el pasado pudo haber hecho/fue parte de un grupo pandilleril”)⁴⁰, hace de la misma un grupo potencialmente protegido por la GC51. Esta dualidad abona a la argumentación según la cual es necesario considerar las cláusulas de exclusión de manera privilegiada *vis a vis* las cláusulas de exclusión, siendo por lo tanto inadecuado un análisis que tienda a privilegiar la componente excluyente del procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado.

Dando continuidad a la argumentación iniciada en los párrafos anteriores, es menester considerar que la mayoría de la jurisprudencia al respecto de la aplicación de las cláusulas de exclusión para personas que habían sido parte de grupos criminales, se centra en casos que involucran personas con supuesta pertenencia a organizaciones terroristas, por lo que su caso es considerado a la luz del primer párrafo del art. 1F. No obstante, es posible analizar tanto la literatura como la jurisprudencia que ha estudiado los casos relacionados con personas que pertenecieron a organizaciones terroristas o a entidades que cometieron crímenes tipificados en el Estatuto de Roma, para determinar cómo se deberían de adjudicar los casos relacionados a personas con antecedentes pandilleriles.

Simeon (2009), analizando varios casos en Canadá que se concluyeron con una negativa de reconocimiento por concretarse la presencia de alguna cláusula de exclusión, el nivel de complicidad y de involucramiento de las personas en las actividades criminales de la organización a la que pertenecían, jugó un rol preponderante en la decisión final.

En una de las decisiones que el autor revisó (la MA3-03847), una de las conclusiones del órgano adjudicador fue que la persona solicitante estaba “completamente sumergida en la

⁴⁰ Cfr. ACNUR, 2011: § 29.

ideología del MQM [Mohajir Quami Movement, la organización a la que pertenecía], por lo que no pudo haberse quedado alejada de los actos que se perpetraron en ella” (Simeon, 2009: 204).

Justo en este aspecto comparativo, el involucramiento tanto ideológico como fáctico de la persona solicitante en el grupo criminal es entonces preponderante: su rol, y su ser o no parte en las tomas de decisión es determinante en identificar su nivel de complicidad y en sí la voluntariedad de sus acciones. La *mens rea* es un concepto central en el derecho penal, ampliamente definido y estudiado, por lo que la expresión utilizada en *Tadic* es relevante al respecto: “el perpetrador debe tener conocimiento del contexto amplio en el cual los hechos demandados ocurren” (párr. 626).

Por supuesto, es necesario aclarar que el sentido de complicidad considerado en casos relacionados con el reconocimiento de la condición de refugiado no implica el mismo nivel de análisis que aquel que se llevaría a cabo en un procedimiento penal: en este caso hablamos de un involucramiento ideológico, por lo que no se requiere algún elemento probatorio adicional. El mero hecho de pertenecer a la pandilla implica ser parte de la familia, abrazar sus (dis)valores y ser parte del grupo: no necesariamente implica haber cometido hechos criminales, pero sí ser parte de una organización que se dedica a ello, y conocer perfectamente este asunto.

En otro sentido, el umbral de participación se puede sentar en el acto del “brinco”, el pasaje formal de ser un miembro satélite de la pandilla, externo al grupo con participación y conocimiento limitado, a ser un componente activo de la vida de la mara, al tanto de las acciones, aunque no necesariamente parte de los procesos de toma de decisión.

Ahora bien, otro concepto de interés para analizar casos de personas con antecedentes en grupos de criminalidad organizada es el concepto de “gravedad” expresado a la letra (b) del artículo 1(F). Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el único criterio para definir la gravedad de un crimen para la lectura de los criterios de exclusión, es la pena conminada para el crimen imputado (*Shajin c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, 2018).

Definir la gravedad de un hecho ilícito, y más hacerlo desde una perspectiva internacional, va más allá del objetivo de esta tesis. Como bien identifica Bellin (2011: 8) leyendo la interpretación de la Suprema Corte estadounidense en casos relacionados con la Cuarta Enmienda, la razonabilidad en este aspecto está al centro del proceso interpretativo, así

como muchos otros factores tales como los daños procurados, el tipo de armas usadas o el contexto del ataque (UNODC, 2011).

El ACNUR (2003) ofrece una ruta interpretativa, considerando como ejemplos de crímenes graves el homicidio, la violación, los incendios dolosos y el robo a mano armada. Algunos otros crímenes pueden ser considerados graves si se llevan a cabo mediante el uso de alguna arma, incluyendo por ejemplo daños graves procurados a alguna otra persona, o asimismo si existiese alguna prueba de conductas criminales constantes por parte de la persona solicitante.

En otro aspecto, la Unión Europea en la Directiva 2011/95/EU, incluyó en la definición de crímenes graves la pena de muerte, la ejecución, o amenazas a la vida de una persona en un contexto de conflicto armado (art. 15).

En el caso *Bermudez* (2005) el solicitante mencionó un aspecto relevante para esta investigación: parte del gobierno Sandinista nicaragüense, sostuvo que no se había negado a ejecutar las órdenes de sus superiores por el miedo de recibir el mismo castigo que los disidentes. Finalmente, el juez solicitó una revisión del análisis de elegibilidad con base a este asunto, y a la gravedad de los hechos que le pudieron ocurrir si se hubiese negado en obedecer a las órdenes.

En este caso, el derecho internacional humanitario puede representar una herramienta interpretativa relevante. En términos generales, no hay excusa para cometer un crimen de guerra si el acto se realiza cumpliendo la orden de un superior. Si en términos de derecho internacional humanitario se habla de responsabilidad de personas involucradas en conflictos, lo mismo se puede afirmar (a un nivel claramente diferente) para miembros de pandillas o grupos criminales.

Un soldado no puede llevar a cabo un orden si esta implica la comisión de hechos ilegales ante cualquier ordenamiento jurídico aplicable. Al hacerlo, y entendiendo el alcance de la misma orden, las personas se convierten en cómplices de los ilícitos (ICRC, 2002).

Ahora bien, si rehusarse a una orden implica ser considerado un traidor y ser condenado a castigos que van de una golpiza a tortura, o muerte, la lógica pudiera (o debería) involucrar un análisis de proporcionalidad entre los crímenes perpetrados y los posibles daños que se sufrirían en caso de no cumplirlo. En este caso, podría concretarse el elemento de coacción identificado por el ACNUR (2003), mencionando que:

“ella se aplica cuando el acto en cuestión responde a que la persona involucrada actuara en forma necesaria y razonable ante la amenaza de muerte inminente o daño corporal grave repetido o inminente contra sí u otra persona y no se procuraba causar un daño mayor que el que pretendía evitar”.

Un balance que, considerando el *modus operandi* de los grupos criminales centroamericanos, tendría que tomarse en cuenta al analizar la solicitud de una persona que pertenecía a grupos criminales en Centroamérica. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ofrece una lectura más extensa considerando justamente la gravedad de las consecuencias en remover a una persona con necesidad de protección internacional, pero con antecedentes que pudiesen encajar en los preceptos del art. 1(F) de la Convención de 1951.

En los casos C-57/09 y C-101/09, la Corte estableció en efecto que, para poder aplicar las cláusulas de exclusión, es necesario establecer responsabilidad individual para los actos imputados a la organización en la que la persona pertenecía: en este sentido, el umbral de participación se elevaría a personas con un conocimiento efectivo no solo de las operaciones, sino de la comisión de hechos criminales específicos, que van más allá de un *modus operandi* generalizado.

Las cuestiones de proporcionalidad representan quizás la mejor herramienta de análisis para asegurar que las cláusulas de exclusión se apliquen de manera adecuada. En las palabras del ACNUR, “la gravedad de la infracción debe sopesarse contra las consecuencias de la exclusión” (ACNUR, 2003: 8).

El concepto de proporcionalidad en la interpretación de las cláusulas de exclusión será analizado con más profundidad en el capítulo siguiente, sobre todo en comparación con el régimen interpretativo establecido por la sentencia *Suresh* del Tribunal de Apelación canadiense.

Por otro lado, es relevante considerar que en varias ocasiones el Tribunal de Apelación estadounidense consideró a personas con antecedentes pandilleros una categoría protegida bajo el “grupo social particular”⁴¹. En específico, las sentencias de *Ramos c. Holder* (2009), *Urbina-Mejia c. Holder* (2010) y *Martínez c. Holder* (2014), representaron un hito para el régimen de

⁴¹ Para un análisis comprensivo de las cláusulas de inclusión en casos de persecución ocasionada por grupos pandilleros, se recomienda una lectura de Mirra (2016).

protección de personas en búsqueda de protección internacional con antecedentes pandilleriles⁴².

En específico, en *Martínez c. Holder* (2014), el Tribunal de Apelación desarrolló una interpretación interesante, mencionando que (en el caso específico, aunque se puede tomar esa interpretación en una mirada más generalizada) el tribunal de primera instancia se centró en analizar el hecho de que la persona *pertenecía* a un grupo criminal, sin considerar que su condición actual con respecto al grupo pandilleril es de apostasía y oposición a la violencia (párr. 912).

La opinión de la corte es relevante, puesto que abre el debate hacia un componente de análisis crucial: el hecho de rechazar la organización, sus tratos violentos y sus objetivos, hace que la persona se coloque en una situación de vulnerabilidad *a pesar* de los hechos que cometió, y constituye un perfil con necesidad de protección internacional.

En este sentido, en el dilema entre si considerar primero las cláusulas de exclusión o si dar mayor importancia a las cláusulas de inclusión, se da mayor relevancia a los factores que pudiesen representar un riesgo para la persona solicitante a la hora de ser regresada a su país de origen.

En otro aspecto, vale la pena analizar si la aplicación de las cláusulas de exclusión representa una obligación para los Estados. En los *travaux préparatoires* de la Convención, los Estados signatarios fueron claros en no querer vincular la determinación de la condición de refugiado con personas que hubiesen sido criminales de guerra. No obstante, Israel expuso de manera clara que los Estados no estaban vinculados a no proteger a criminales de guerra, así como los Estados Unidos de América manifestaron que la aplicación de las categorías de exclusión era una prerrogativa de los Estados, y que no existía alguna “obligación de excluir (Li, 2017: 63).

No obstante, esta discusión, la terminología finalmente aceptada en la Convención parece representar un imperativo categórico no solo de no proteger a aquellos individuos cuyo

⁴² En este mismo rango interpretativo, es debido mencionar la opinión contraria a la mencionada, misma que se encuentra sustentada (entre otras) en *Arteaga c. Mukasey* (2007), *Cantarero c. Holder* (2013) y *Garay Reyes c. Lynch* (2016). Esa misma interpretación ha sido criticada por varios autores, *ex multis* Quintero (2018).

perfil cabe descrito en el párrafo F del artículo primero, sino que al hacer lo contrario, se estaría violando el mismo objeto y la finalidad de la Convención.

Por lo tanto, sí las cláusulas de exclusión representan una pauta categórica en los procesos de determinación de la condición de refugiado, aunque su consideración perentoria no implica *ipso facto* que no subyace una consideración proporcional de las mismas, considerando las consecuencias que la exclusión ocasionaría en la persona solicitante.

Nuevamente, el debate sobre proporcionalidad que se profundizará en el siguiente párrafo, servirá para esclarecer esta controversia interpretativa.

4.2 Herramientas de derecho internacional al debate: extradición, garantías diplomáticas y jurisdicción universal.

En el entendimiento que hay un balance que considerar entre la necesidad de proteger las Naciones de cualquier amenaza, interna o externa, y la obligación de todos los países de proteger y respetar los derechos humanos, hay que ponderar que, en efecto, hay personas que no son merecedoras de protección internacional, aunque puedan configurar un perfil de riesgo.

Para abordar el dilema, hay herramientas de derecho internacional que pueden favorecer el entendimiento interpretativo. Una de ellas es el régimen aplicable a la cooperación internacional judicial sobre extradición, la fuente principal de interpretación para el Artículo 1F(b), sobre todo en su componente de la “doble criminalidad” (Djordjevic, 2014: 1062).

En este último aspecto, la interpretación no tiene que ser tan estricta: en el entendimiento que se dio en *Ovcharuk* (1998), es suficiente que se configure la comisión de un hecho penal (sea en el ordenamiento del país de destino o del país de origen) para que se pueda considerar el concretarse del apartado b del artículo 1(F).

La extradición y el traslado de sospechosos está probablemente a la vanguardia en temas de cooperación y, como resultado del desarrollo de la normativa aplicable, el debate al respecto ha sido delicado, sobre todo considerando que transferir una persona de una jurisdicción a la otra implica riesgos potenciales de violación de derechos, entre los cuales la prohibición de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes, el derecho a un juicio justo, la libertad de

discriminación y principios de debido proceso, tales como el principio de legalidad jurídica (ODIHR, 2007).

Generalmente, como es el caso de la Unión Europea, los Estados se comprometen, mediante acuerdos bilaterales o multilaterales, a reglas mínimas procedimentales o a ratificar algunos tratados internacionales, de manera que se crea un piso mínimo de garantías para poder operar los traslados de jurisdicción de manera segura tanto para las personas afectadas, como para el Estado que extradita.

Según la Comisión Europea (2001), para poder operar una extradición (o la puesta de una persona bajo la jurisdicción de otro Estado), sería suficiente obtener garantías legales que protejan los estándares mínimos de debido proceso y de trato digno para las personas extraditadas – o, de manera convergente, que la persona esté protegida de alguna violación a sus derechos humanos reconocidos en ese núcleo identificado en el análisis proporcionado en el capítulo primero de esta investigación analizando el principio de no devolución.

Por su misma naturaleza volátil, la legalidad y la efectividad de estas prácticas ha sido contestada en diferentes sedes.

Por lo general, las garantías diplomáticas no son suficientes para poner bajo otra jurisdicción a algún individuo, sobre todo si el país hacia donde se opera la extradición o el cambio de jurisdicción es un país con prácticas sistemáticas de tortura, o de negación de los principios básicos de debido proceso (REDRESS, 2004). Asimismo, cualquier mecanismo de monitoreo de las condiciones cobraría poco sentido en las circunstancias específicas, además que serían completamente ficticios una vez que el procedimiento de extradición se llevara a cabo.

En específico, Human Rights Watch (2006) evidenció que, además de asegurarse que no existan circunstancias que hagan presumir prácticas de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes como una constante sistémica, generalizada, endémica, o por lo menos un problema persistente reconocido en el país de destino, se tiene que considerar que ese mismo país tenga la capacidad de controlar fuerzas que pudiesen perpetrar hechos parecidos.

Asimismo, es necesario entender el historial y la praxis del Estado de posible recepción en términos de “honra” internacional, sumisión al escrutinio de tribunales regionales o

internacionales, condición general de los derechos humanos en ese país, o leyes existentes que pudiesen afectar a la persona solicitante: en pocas palabras, si las garantías diplomáticas son generalmente inaceptables, estas lo son mucho menos en caso de países con un largo historial de trasgresión de derechos humanos, o que son reacios a someterse a la jurisdicción de tribunales internacionales.

En este sentido, el riesgo tendría que ser *sustancial* (Chinedu Okafor y Lekwuwa Okoronkwo, 2003: 45).

Según los aspectos necesarios para asentar esta discusión en los márgenes de este texto de investigación, en caso de que el riesgo de persecución proceda de actores no estatales, el estándar debería de enfocarse no solo en los riesgos procedentes de la autoridad estatal, sino también de la capacidad del mismo de controlar al o a los actores paraestatales que representan una amenaza para la seguridad o la integridad de la persona solicitante.

En contextos en los que los grupos criminales ejercen un profundo control social y territorial, es más que apropiado considerar a personas que se desplazan de manera forzada como con necesidad de protección internacional. Aquellas personas que no son consideradas alineadas con los grupos criminales, o que abiertamente se oponen a ellos, se encuentran bajo el riesgo inminente de persecución (ACNUR, 2010: 231-232).

En contextos parecidos, como ya se pudo argumentar en un anterior trabajo de investigación (Mirra, 2017), la mejor manera de establecer un estándar probatorio medible y basado en características objetivamente analizables, es considerando la capacidad del país de destino de brindar una protección efectiva hacia la persona solicitante.

Los estándares mencionados anteriormente establecidos en *Ahmed*, *Chalal* y *Soering* representan la piedra angular que define los principios claves frente a la ejecución de una orden que implica el sometimiento de un individuo a otra jurisdicción.⁴³ En este mismo tenor interpretativo, la decisión en *Agiza* (2005) fue reconocida también por Manfred Nowak, quien afirmó que, en efecto, los mecanismos de monitoreo posteriores a la extradición carecen de

⁴³ Cfr. También *Mamatkulov* (2005) y *Brada* (2005).

efectividad en prevenir que se respete la prohibición de tortura, o cualquier otra garantía que hubiese sido pactada (UNGA, 2005: párr. 45-46).

Asimismo, vale la pena mencionar que la solicitud de estas garantías sólo podría concretarse en caso de una solicitud de extradición, o que existiese un tratado de extradición entre los dos países anteriormente ratificado: de no ser el caso, hay que recordar que el Estado de recepción se encuentra en la prohibición de contactar el país de origen de la persona solicitante, esto respetando el principio de discrecionalidad del procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado.

Valen la pena mencionar en último, los estándares claros de análisis establecidos por la Nota de Orientación sobre Solicitudes de la Condición de Refugiado Relacionadas con las Víctimas de Pandillas Organizadas (ACNUR, 2010):

59. Para justificar la exclusión, debe establecerse responsabilidad individual en relación con un delito que esté contemplado en el alcance del artículo 1F. Tres cuestiones deben abordarse en este contexto: (i) la participación del solicitante en el acto que es motivo de exclusión; (ii) el estado mental del solicitante (*mens rea*), y (iii) los posibles motivos para rechazar la responsabilidad individual.

60. En otras palabras, es importante determinar, con base en información creíble y fidedigna, que la persona cometió o participó en la comisión de los elementos materiales del delito (o delitos) en cuestión, con el elemento mental necesario (*mens rea*). Dependiendo de las circunstancias, una persona puede incurrir en responsabilidad individual: (i) por perpetrar ella misma delitos que son motivo de exclusión; (ii) en delitos perpetrados por otros, ya sea por provocar a otros a cometer esos delitos (por ejemplo, al planificar, incitar, ordenar); o (iii) al hacer una contribución sustancial a la comisión de los delitos de forma que los otros sepan que sus actos facilitaron la conducta delictiva (por ejemplo ayudar, ser cómplice o participar en una asociación para delinquir). Lo último es de particular importancia en relación con las solicitudes de asilo relacionadas con pandillas” (p. 23).

La interpretación, como puede leerse, es todo menos abstracta, y debe de basarse en un análisis extenso del organismo adjudicador. Sobre todo, para entonces decidir acerca de la extradición/expulsión de un individuo, la interpretación debe de considerar un test de proporcionalidad en casos que implican la relación entre riesgo de persecución y cláusulas de exclusión, balanceando los hechos cometidos con los riesgos que esta persona, en potencia, pudiese enfrentar al ser devuelta a su país de origen.

Es decir, el principio de proporcionalidad implica, en este contexto, una lectura de la seriedad de los hechos que pudo haber cometido una persona involucrada en una pandilla en América Central, en comparación con el riesgo que ocasionaría regresar a su país de origen. Evidentemente, el análisis de este balance debe de considerar diferentes factores:

1. La gravedad de los hechos criminales: evaluar si hubo algún crimen cometido, en primera instancia, y luego determinar su entidad. Cuanto más grave es el daño procurado, tanto más los riesgos al regresar al país deberían de ser elevados para excluir la aplicación de las cláusulas de exclusión, y una consecuente orden de deportación⁴⁴.
2. La implicación de la persona involucrada en el grupo criminal: su rol, su importancia, la edad del reclutamiento, las modalidades del reclutamiento, y su participación en eventuales procesos de toma de decisión. Es de relevancia considerar si la persona continúa, en el país de destino, a considerarse miembro de la pandilla, más allá si desempeña o no actividades criminales.
3. Los daños posibles que sufriría al regresar al país de origen: esto, en consideración de los dos puntos anteriores, y sobre todo considerando su involucramiento original en la pandilla, el castigo por los desertores es directamente proporcional al tamaño de la ofensa generada.

Vale la pena en este contexto, dedicar un espacio al análisis de la controvertida decisión en el caso *Suresh* (2002), cuando la Corte Suprema canadiense afirmó dos principios claves de aplicación de algún test de proporcionalidad:

1. Cualquier test de proporcionalidad tiene que aplicarse de acuerdo al principio de justicia (párr. 4).
2. Cualquier test de proporcionalidad no aplica en caso de que existiese algún riesgo de tortura (párr. 59), afirmando de manera directa que esta interpretación no solo se encuentra fundada en la normativa nacional canadiense, sino también con base a principios de derecho internacional (párr. 75).

⁴⁴ Para un análisis detallado, *cfr.* Gökşen, 2020.

La lógica de la Suprema Corte es perfecta, hasta el párrafo 76 de la sentencia, en la que menciona que “en casos excepcionales, la deportación puede considerarse justificada según un test de proporcionalidad”. Para la Suprema Corte canadiense este test se aplicaría sólo si la seguridad del país se encontrara en riesgo “serio y real”, que no necesariamente tiene que ser actual, sino que puede derivar de hechos pasados que tienen relevancia en el presente (párr. 88).

La Corte *asumió* que el sr. Suresh pudiese ser un peligro para Canadá debido a sus antecedentes en un grupo terrorista (LTTE, en Sri Lanka), un balance evidentemente insuficiente considerando tanto el razonamiento llevado a cabo en los párrafos argumentativos de la sentencia, como en los estándares de proporcionalidad definidos en el derecho internacional. Respaldando la interpretación de Hathaway y Harvey (2001: 290), asumir en este contexto no es suficiente: la afectación para el país de destino debe de ser probada, asumiendo por lo tanto un umbral extremadamente elevado, aplicable solo a personas que intentan atentar deliberadamente a la seguridad nacional.

De toda forma, la interpretación proporcionada por la Suprema Corte canadiense en ese sentido no puede ser respaldada en ningún aspecto para los fines de esta investigación. Vale la pena reiterar, el principio de no devolución resulta *inderogable* al verse afectados uno o más de los derechos que sientan en su núcleo fundante: en caso de que exista un riesgo de que la persona pudiese verse afectada en uno de ese derecho, ningún riesgo para la seguridad nacional puede justificar una deportación.

La jurisprudencia en general, y sobre todo las decisiones del Comité contra la Tortura (Brada, 2005; Agiza, 2005) ha constantemente aclarado la naturaleza inderogable de la prohibición de la tortura afirmando que en ninguna circunstancia (incluyendo la aplicación de un tratado de extradición) esta puede ser permitida. Como se ha podido resaltar en el capítulo anterior, abandonar un grupo criminal en América Central representa una gran ofensa que, en la mayoría de los casos, ocasionaría daños protegidos por el núcleo central del principio de no devolución.

Volviendo por un segundo al marco de protección que prohíbe de manera inderogable la tortura, vale la pena citar las palabras que se encuentran en *Filartiga c. Pena-Irala*: “*Indeed, for purposes of civil liability, the torturer has become like the pirate and slave trader before him hostis humani generis, an enemy of all mankind.*” (párr. 890”).

La pregunta sería en este sentido, y proponiendo una idea quizás innovadora, si una persona es perseguida por algún enemigo de la humanidad, ¿no es responsabilidad de la comunidad internacional protegerla, a pesar de las razones que ocasionarían esta persecución? O, por otro lado, ¿no implicaría responsabilidad internacional para un Estado que deliberadamente somete una persona a la jurisdicción de otro país en donde exista riesgo de tortura, aunque actuando bajo el principio de legalidad? Estas preguntas, sin embargo, abren debates que no pueden ser de alcance para esta investigación

Ahora bien, tiene sentido considerar que, si el riesgo puesto por el sr. Suresh a la comunidad canadiense hubiese sido verdaderamente tan inminente, es decir, si hubiesen existido pruebas relevantes que hicieran de él un riesgo para la seguridad del país, las autoridades canadienses hubieran podido enjuiciarlo bajo el marco normativo nacional, sin la necesidad de someterlo a un proceso de extradición que, según la misma Corte, involucraba riesgo para el solicitante de ser sometido a tortura (Chinedu Okafor y Lekwuwa Okoronkwo, 2003: 41).

Vale la pena mencionar, en el marco del análisis acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad, que la jurisprudencia no siempre ha sido constante en su interpretación: la Suprema Corte de los Estados Unidos, por ejemplo, en *INS c. Aguirre-Aguirre* (1999), mencionó que “un crimen cometido no se consideraría de menor gravedad en caso de que una persona pudiese ser sujeta a persecución si regresada a su país de origen”; por otro lado, la Corte Federal Australiana, en el caso *NADB c. MIMA* (2002), argumentó que “no hay fundamentos ni textuales o contextuales en las palabras del artículo 1(F)b para poder argumentar que sería necesario un test de proporcionalidad adicional en la determinación acerca de la exclusión” (§41)⁴⁵, abriendo paso asimismo a una jurisprudencia neozelandesa, primero de la Corte de Apelación en *S. c. Refugee Status Appeals Authority* (1998), y luego en una reciente sentencia de la Suprema Corte en el caso *Tamil X and Anor* (2010), donde en específico se afirmó que no debe de aplicarse algún test de proporcionalidad entre la gravedad más que de la ofensa cometida y el riesgo de persecución (§87).

Una visión parecida a aquella de la Corte Federal australiana fue tomada por la Corte Federal canadiense en los casos *Gonzales c. Canadá* (1994) y *Gil c. Canadá* (1995), mientras que la Grande Sala del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en *Alemania c. B y D* (2010)

⁴⁵ Misma interpretación que se ha visto reflejada también en *DOB18 c. MHA* (2019) y *SZOQQ c. MIC* (2012).

afirmó que el hecho de que una persona se considere “excluida” de recibir protección internacional implica *ipso facto* la no aplicabilidad de las prerrogativas de protección de la Convención.

Aunque por rigurosidad científica se consideró relevante mencionar estas sentencias, las interpretaciones proporcionadas no se consideran adecuadas según la mirada interpretativa que se está proporcionando en esta investigación, considerando ante todo la visión monolítica del derecho internacional que se refleja en las palabras de los jueces.

Al interpretar una norma, esta tiene que ser analizada no solo leyendo y estudiando el mismo cuerpo normativo, sino según las circunstancias de cada caso y ofreciendo una visión centrada en un análisis comprehensivo no solo de los aspectos propios del desarrollo independiente de las diversas componentes de derecho del que se constituye un cuerpo normativo (por ejemplo, la evolución independiente al derecho de los refugiados del principio de no devolución), sino y sobre todo (y esto de manera más atenta al estar analizando derechos humanos) de otras componentes del derecho internacional que pudieran verse afectadas o influenciadas de la decisión tomada.

Por esta razón, para los fines de esta investigación, se afirma y se respalda la validez de la aplicación de los tests de proporcionalidad en los casos objetos de estudio, siguiendo así la línea interpretativa ofrecida (*ex multis*) por *Puspanathan* (1998) e *I.M. c. Suiza* (2019).

En alternativa a las interpretaciones propuestas hasta el momento, y en caso en que se pueda comprobar que haya cometido hechos ilícitos en su país de origen capaces de activar las cláusulas de exclusión previstas por el art. 1(F) de la Convención de 1951, algunos autores (Gilbert, 2005; Fitzpatrick, 2000; Rikhof, 2012; Santalla Vargas, 2006) mencionan la posibilidad de poder procesar a la persona en el país de destino en caso de activarse jurisdicción penal o, en casos extremos, inclusive de generarse una obligación de extraditar o procesar para el Estado de recepción (*aut dedere aut iudicare*). Según algunos autores, este concepto jurídico podría representar una solución al dilema moral de excluir los individuos con necesidad de protección internacional para preservar la integridad de la Convención sobre Refugiados (Larsaeus, 2003).

Según la Comisión Europea, el principio del *aut dedere aut iudicare* vería su mayor implementación en la necesidad y la obligación de luchar en contra del terrorismo, salvaguardando al mismo tiempo el principio de no devolución (Comisión Europea, 2001).

No obstante, es difícil concretar alguna clase de responsabilidad internacional de extraditar o procesar, o hasta efectiva jurisdicción penal, para casos que sientan su exclusión en el art. 1F(b) y que no sean actos de “terrorismo” directamente dirigidos hacia el país de destino, pues los delitos del fuero común, aunque graves, en muy pocas ocasiones alcanzarían el umbral suficiente de gravedad para ser considerados crímenes transnacionales.

Seguramente, los hechos descritos por el primer párrafo del artículo 1F representan aquellos que recaen bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (los “*core international crimes*” - Zgonec-Rozej & Foakes, 2013). Sin embargo, la pregunta que puede surgir en este aspecto, es si los actos que pudiesen haber cometido las personas con antecedentes en grupos criminales conocidos como “maras transnacionales” activarían la obligación de los Estados de destino de “juzgar⁴⁶ o extraditar”.

Aunque la obligación de *aut dedere aut iudicare* está sentada en más de 60 tratados multilaterales (ILC, 2014), la comunidad internacional es reluctante en definirla una norma de derecho consuetudinario. Tampoco la jurisprudencia ha logrado dirimir este asunto⁴⁷, afirmando de lo contrario que aunque se estuviera frente a violaciones de principios *erga omnes* o de normas de *jus cogens*, no podía *ipso facto* afirmar que existiese la conformación de una norma de derecho consuetudinario (van Seenberghe, 2011).

Por lo general, el concepto de “jurisdicción universal” no es aceptado en el derecho internacional, puesto que en todo momento se requiere alguna conexión territorial para que un Estado pueda ejercer jurisdicción penal. La razón, y esta se encuentra en la base de los principios de derecho internacional, es que una persona no debería ser castigable en otro país, por hechos que en su país eran considerados legales.

⁴⁶ Si bien por cuestiones de costumbre se usa el término “juzgar”, es de deber aclarar que la obligación *per se* no involucra el hecho juzgar, sino de llevar el caso ante las autoridades locales competentes con la finalidad de llevar a cabo un proceso de procuración de justicia apegado a los estándares de derecho y debido proceso (Mitchell, 2009). Bassiouni y Wise (1995: 4-5) lo describen más bien como “un proceso hacia el enjuiciamiento”.

⁴⁷ Cfr. *Furundžja*, 1998, y *Bélgica c. Senegal*, 2012.

No obstante, a raíz de la categorización de algunos tipos penales que pertenecen a la categoría de crímenes “de competencia internacional”, el concepto de jurisdicción universal volvió preponderadamente al auge, sentándose como aplicable en caso de crímenes de lesa humanidad, genocidio, y graves crímenes de derecho internacional humanitario⁴⁸, sentándose por lo tanto como un principio de derecho consuetudinario (Sadat, 2001), y calificando a los perpetradores como *hostis humani generis*.

El componente menos heterogéneo de los crímenes que pueden enclaustrar en la definición de jurisdicción universal es evidentemente aquel general de “graves crímenes de derecho internacional humanitario” que, aunque parece notorio que se refiera al mundo de los *jus ad bellum*, se ha ido expandiendo conforme la misma definición de *jus ad bellum* fue evolucionando con los años (y con las guerras a actores no estatales), incluyendo asimismo hechos como el terrorismo, el secuestro, la toma de rehenes o el tráfico internacional de drogas (Bassiouni & Wise, 1995), cuestiones que nos regresan directamente a los hechos que pueden leerse en el marco del artículo 1(F)b de la Convención de 1951.

Como se ve entonces, ni analizando el asunto desde una perspectiva derecho-humanista, o desde una perspectiva de derecho penal, se puede encontrar alguna uniformidad en la tendencia interpretativa internacional. Algunos autores, como Encache Brown y Fried (1998) argumentaron que, si un país ha ratificado un número de tratados relevantes que contienen alguna fórmula relacionada con el principio de *aut dedere aut iudicare*, pues este país está vinculado de manera consuetudinaria a ese principio.

No obstante, es justamente esa voluntaria no ratificación de algunos tratados internacionales que vincularían a ese país a una jurisdicción universal, que ratifica el supuesto según el cual no se puede identificar el principio como parte del derecho internacional consuetudinario: además de que el número de casos en el que se ha iniciado efectivamente un enjuiciamiento con base en este principio son relativamente pocos, el mismo hecho de que no existe uniformidad en la ratificación de estos tratados es un indicador relevante acerca de que la comunidad internacional desea mantener independencia y no vincularse a este principio en cuanto obligación *erga omnes*.

⁴⁸ Cfr. Broomhall (2001), Amnistía Internacional (2001).

Existen obviamente excepciones, relacionadas con hechos o prohibiciones consideradas normas de derecho imperativo (por ejemplo, la prohibición de la tortura o los crímenes tipificados por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional) que sí generarían una obligación de extraditar o enjuiciar – sin embargo, nuevamente, tanto la práctica internacional es inconstante, como que es imposible (a raíz de lo que se ha analizado) definir una *obligación erga omnes*, debido justamente a su misma naturaleza perentoria e inderogable.

En término entonces de relación del principio de *jurisdicción universal* con los procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado, si bien su aplicación parece una ruta de escape sencilla para los Estados a la hora de encontrarse con una persona no-refugiada y no-expulsable, la realidad es mucho más compleja, por varias razones que se resumirán a continuación.

De antemano, el principio (como se pudo averiguar) no es de dominio ni del derecho internacional consuetudinario, ni mucho menos un principio *erga omnes*, sino en sí vinculado a regímenes convencionales y a la voluntad política del Estado que detiene la jurisdicción *de facto*.

En segunda instancia, no todos los hechos que se consideran afectan el análisis de exclusión de los procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado pueden ser sujetos de jurisdicción internacional, puesto que el umbral de “grave delito común” definido por el art. 1F es mucho más amplio que aquel de “crimen de alcance internacional o transnacional” encontrando en la praxis que es mucho más identificable con los apartados (a) y (c) del artículo 1(F), y solo en algunos casos específicos (terrorismo o criminalidad transnacional) para el apartado (b).

En última instancia, vale la pena resaltar que en ningún momento las cláusulas de exclusión tuvieron como objetivo la prosecución penal (Nyinah, 2000), aunque *de facto* tengan un carácter cuasi-punitivo (Bliss, 2000).

4.3 ¿Qué opciones para las protecciones complementarias?

Un asunto que debe de considerarse como evidente en este momento, es que el hecho de que una persona no pueda ser deportada a su país de origen (o extraditada, de ser el caso) no implica *ipso facto* que las cláusulas de exclusión no puedan ser aplicadas. El régimen normativo de *lex specialis* que sienta las bases en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de

1951 excluye de manera categórica recibir protección internacional Convencional a personas que se configuran en determinados perfiles.

Ahora bien, que la evolución del principio de no devolución y su elevarse a rango de *jus cogens* por lo menos en lo referente a riesgo de violación para un núcleo central de derechos, incluyendo la prohibición de la tortura y el acceso al debido proceso, haya redimensionado la interpretación del párrafo segundo del artículo 33 de la Convención de 1951 poniendo candados al retorno de personas por el mero hecho de haber sido excluidas de recibir la condición de refugiado, solo significa que el mismo derecho internacional está favoreciendo una lectura deslindada de la Convención, y ha fortalecido la sección positiva del artículo 33.

Cabe resaltar la interesante serie interpretativa del Comité de Derechos Humanos que, en diferentes ocasiones, (citando la referencia de la Corte Interamericana en la OC/21)

“ha afirmado que no es posible extraditar, deportar, expulsar o remover de ninguna manera a una persona del territorio de un Estado si existen motivos suficientes para creer que existe riesgo de daño irreparable contra sus derechos, y sin antes tomar en consideración los alegatos de la persona sobre el riesgo existente” (OC/21, 214: nota 450)⁴⁹.

¿Está la Corte abriendo un espacio de interpretación para casos de reconocimiento de la condición de refugiado? Es quizás complicado afirmarlo. Seguramente, esta interpretación de la CtIDH está alineada con la tesis que se propone en este texto de investigación, es decir, que el principio de no devolución ha sobrepasado por mucho el alcance del derecho de los refugiados, y debe de considerarse como una norma de alcance que impacta de manera transversal en los derechos humanos de las personas.

En sus observaciones preliminares a raíz de su visita de trabajo virtual a México, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “recuerda” al Estado mexicano que la observación del principio de no devolución debe de ser estricta “en cualquier caso en que exista riesgo de amenaza de derechos de la persona en el país al que sería devuelta” (CIDH, 2021: 6). Nuevamente, la Comisión hace hincapié sobre el hecho de que esta protección es absoluta en

⁴⁹ Cfr. Joseph Kindler c. Canadá, 1991; Chitit Ng c. Canadá, 1993; Byahuranga c. Dinamarca, 2003; Jama Warsame c. Canadá, 2010.

cualquier caso se encuentre amenazado cualquier derecho, nuevamente, interpretando el principio como parte del marco jurídico amplio de protección a los derechos humanos.

En última instancia entonces, lo que queda es analizar una pregunta fundamental en esta investigación: si la persona no puede ser deportada debido a la entidad de los daños que podría sufrir en su país de origen, pero al mismo tiempo no puede ser reconocida como refugiada, ¿Cómo se garantizaría su estancia en el país de solicitud?

Instancia, que debe de garantizarse a la luz de lo que menciona Alleweldt (2011), cuando recuerda que se debe de prevenir que las personas refugiadas se conviertan en “no-personas legales”. Cualquier solución que se vaya a encontrar, esta tiene que buscar la inclusión plena y sin discriminación de la población beneficiaria, en apego a los principios humanitarios de la institución del refugio.

¿Puede entonces el reconocimiento de una protección complementaria representar la solución al dilema? Mandal (2005: párr. 136) afirma que, en realidad, no existe alguna disposición en la Convención de 1951 que vincule las cláusulas de exclusión a alguna forma de protección complementaria.

La *ratio* que subyace las formas de protección complementaria es de proporcionar una protección para aquellos individuos que, si bien no califican como refugiados convencionales, no pueden ser deportados a su país de origen porque sus vidas, libertad u otros derechos podrían verse vulnerados (*Mutombo c. Suiza*, 1994: párr. 40). Li (2017: 57) menciona que una persona que no recibe protección por razones del Art. 1(F) podría siempre ser elegible para otras formas de protección internacional.

Cabe resaltar, en este sentido, que la opinión de Li no es compartida por una parte de la comunidad internacional de los Estados. En específico, la Unión Europea, en su Directiva 2011/95/EU, dedica el artículo 17 a aclarar las cláusulas de exclusión aplicables a la protección subsidiaria, que encajan perfectamente con aquellos definidos por la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

En este sentido, también el ACNUR (2008) considera que las categorías de protección que se consideran bajo el mandato del Alto Comisionado (incluyendo, entonces, “otras formas

de protección internacional” más allá de los refugiados convencionales) deberían de someterse al filtro de las cláusulas de exclusión.

Por lo contrario, en *Ramos c. Holder* (2009), el tribunal de apelación mencionó un tema interesante, y esto con base a las excepciones mencionadas en el 8 U.S.C. §1231(b)(3)(B): debido a que la carga de la prueba para la persona solicitante de *withholding of removal* es mayor a aquella de las personas que solicitan asilo⁵⁰, también, en el momento de concretarse, implica que “el peligro es más grande, por lo que no puede someterse a la persona a ello si reúne los demás criterios para el otorgamiento de *withholding of removal*”(párr. 431).

Es necesario evaluar por lo tanto la *ratio* que subyace las instituciones de protección *complementaria* o *subsidiaria* en el derecho internacional de los refugiados: como se ha mencionado, estos tipos de protección sirven de “paraguas de protección” para aquellas personas que, aunque manifestando riesgos de violaciones a derechos humanos, no resultan amparables bajo los supuestos de la Convención de 1951 – diría Gil Bazo, “refugiados en sentido amplio” (Gil Bazo, 2003).

En este grupo, se incluirían aquellas personas que manifiestan un riesgo substancial de ser víctima de tortura o daño grave en caso de ser regresadas a su país de origen, debido a situaciones de guerra, violencia, conflicto o violaciones masivas de los derechos humanos (Gil Bazo, 2006: 10). La interpretación de Gil Bazo (2006), que hace referencia de manera específica a la normativa europea, es obviamente de aplicación parcial en el contexto interamericano, debido al régimen de protección establecido por la Declaración de Cartagena.

Por otro lado, la autora critica los términos mencionados por la directiva, haciendo referencia en este aspecto al más amplio y ya mencionado texto de Mandal (2005) sobre medidas de protección alternas a la Convención de 1951. Vale la pena resaltar nuevamente la opinión de este autor, debido a que su estudio es quizás uno de los ejemplos más esclarecedores de la interpretación de las protecciones complementarias.

El autor menciona que, en la gran mayoría de las prácticas internacionales, prevalece el uso de los criterios de exclusión hacia personas refugiadas no convencionales. Sin embargo, la

⁵⁰ Si las personas solicitantes de asilo en Estados Unidos tienen que comprobar un fundado temor de persecución, las personas que solicitan *withholding of removal* tienen que demostrar que la persecución que reclaman tienen que ser “*more willingly than not*” de suceder.

justificación al respecto es poco clara y débil, generalmente basada sobre cuestiones políticas que finalmente rodean la consideración por la cual hay personas que “merecen” y otras que “no merecen” la protección internacional (Mandal, 2005: 48). El Consejo Europeo para los Refugiados y los Exiliados (ECRE, por su sigla en inglés) por ejemplo, considera que todas las protecciones internacionales se basan en los mismos principios, que son aquellos de la Convención de 1951. Por lo tanto, las cláusulas de exclusión deben de aplicarse por analogía también a otras formas complementarias de protección internacional (ECRE, 2004).

En efecto, no considerar las cláusulas de exclusión para la aplicación de alguna protección complementaria, sería contrario a los fines del mismo sistema de protección internacional. Sin embargo, si las protecciones complementarias nacen bajo el auspicio del ACNUR, no están ligadas solo a la Convención de 1951, sino representan más bien una forma de protección de derechos humanos *complementaria* al derecho internacional de los refugiados.

Por lo tanto, al considerar las protecciones complementarias protecciones de derechos humanos deslindadas del derecho internacional de los refugiados, hay también que poner en consideración que la mayoría de las disposiciones internacionales de derechos humanos no cuentan con estos preceptos, en particular con respecto a los *core human rights* protegidos por el principio de no devolución de manera inderogable.

Asimismo, considerar criterios de exclusión para un análisis de elegibilidad sobre protecciones complementarias estaría en la lógica de aplicación de los mismos y en la lógica del sistema de protección internacional de las personas. Sin embargo, no sería adecuado hacerlo bajo los estrictos supuestos determinados por el derecho internacional de los refugiados, debido a que el umbral de personas protegidas es más amplio que aquel determinado por la Convención de 1951, requiriendo por lo tanto un test diferente con respecto al definido en los párrafos anteriores y aplicables a la relación entre las cláusulas de inclusión y las cláusulas de exclusión en un procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado.

En específico, en caso de riesgos de violaciones a derechos humanos protegidos en el núcleo inderogable del principio de *non refoulement*, las cláusulas de exclusión resultan inaplicables, debido a la perentoriedad establecida por el régimen de protección de esos derechos. En este aspecto, algunos países consideran que, para la aplicación de este régimen de protección, sería necesario incrementar la carga de la prueba para la persona solicitante, de

“serias posibilidades”⁵¹ hacia “riesgos sustanciales”⁵², una interpretación que resulta en una carga de la prueba inaceptable en la visión de protección definida por el derecho internacional de los derechos humanos.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos analizó en diferentes ocasiones la interpretación de este principio, no encontrando sin embargo un criterio constante de análisis que pudiese generar un patrón interpretativo general. Si, por ejemplo, en *Vilvarajah y otros c. Reino Unido* (1991) el Tribunal consideró que los riesgos reclamados por el solicitante solo califican como una “mera posibilidad” más que un “riesgo real”, en otras circunstancias las sentencias fueron influenciadas por los antecedentes políticos y sociales de las personas solicitantes (*Chahal c. Reino Unido*, 1996; *HLR c. Francia*, 1997), y en otras aún el mero contexto fue suficiente para representar un “riesgo real” para la persona solicitante (*Ahmed c. Austria*, 1996).

En general, el Tribunal parece considerar requisitos de intensidad y de distribución de los conflictos para analizar la lógica de interpretación del “riesgo”, además de hechos que pudiesen haber afectado directamente a la persona solicitante (*Hilal c. Reino Unido*, 2001), u otras en su misma condición o en comparación con la demás población (*HLR c. Francia*, 1997) (Mandal, 2005: 53-54). Sin embargo, los criterios de interpretación resultaron bastante ambiguos por parte del Tribunal⁵³.

Según esta visión, las protecciones complementarias serían *subsidiarias* a la protección internacional de los refugiados, representando un régimen de protección de alguna manera inferior a aquel de las personas refugiadas. De lo contrario, si se consideran los regímenes de protección no ligados a la Convención de 1951 *complementarios* a la misma, esto se reflejaría en una visión igualitaria que beneficiaría a personas con perfiles distintos pero que también necesitarían protección internacional.

Cabe resaltar que, en los términos del anexo primero del informe sobre el incumplimiento de México a obligaciones derivadas de la convención internacional sobre la

⁵¹ Que existan “serias posibilidades” que un hecho suceda es el estándar considerado adecuado por el ACNUR para la interpretación de los “fundados temores” de persecución.

⁵² Esta es la interpretación considerada, por ejemplo, por los Estados Unidos en el análisis de la posibilidad de otorgamiento de “*withholding of removal*”.

⁵³ Para un análisis más detallado, *cfr.* Röhl (2005).

protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CMDPDH, 2017), se señala que la obligación prioritaria de respeto del principio de no devolución desprende principalmente del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (pág. 43). Es decir, se reitera, en la opinión de una de las más reconocidas organizaciones en materia de derechos humanos en México, que el principio en México tiene una naturaleza de derechos humanos, más allá de la LSRPCAP y del derecho de los refugiados.

En este entendimiento, y a medida de conclusión, se puede afirmar que en caso de personas con antecedentes pandilleriles que buscan protección internacional, la aplicación de otras formas de protección complementaria podría resultar en una carga de la prueba menos vinculante que aquella establecida por el art. 1(F) de la Convención de 1951, considerando la misma una protección de derechos humanos no estrictamente vinculada al régimen de *lex specialis* definido por la Convención de 1951.

4.3.1 La interpretación del concepto de protección complementaria en el derecho mexicano, relacionado con las cláusulas de exclusión.

Las políticas del Estado Mexicano con respecto al tratamiento de las personas extranjeras en territorio nacional se contrastan con aquellas relacionadas con los connacionales en el extranjero.

Antes de 2011, la Ley General de Población (1974) era el instrumento rector de la gestión de los flujos migratorios en el país, considerando un crimen el ingreso de personas al país de manera irregular hasta 2008. A partir de 1980, la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR) ha sido la agencia federal encargada de la determinación de la condición de refugiado en el país.

Si bien México ratificó la Declaración de Cartagena en 1984 y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo Adicional en 2000, hasta 2011, la única protección para las personas solicitantes de protección internacional era el artículo 11(2) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

A partir de ese año, con la promulgación de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político (2011) (LSRPCAP), el marco jurídico mexicano en materia

de protección de personas refugiadas fue dotado de un instrumento normativo especializado, complementándose con su Reglamento (R-LSRPCAP) en el año subsecuente.

Sin entrar en un análisis detallado del marco normativo mexicano sobre personas refugiadas, lo relevante para este contexto es reconocer que, al artículo 28 de la ley, se reconoce el derecho para los individuos de verse otorgada protección complementaria en caso de que su vida esté amenazada⁵⁴, o se encuentren en riesgo de ser víctimas de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁵⁵.

A la letra, el artículo 28 recita lo siguiente:

Artículo 28. La Secretaría podrá otorgar protección complementaria al extranjero que, no encontrándose dentro de los supuestos del artículo 13 de esta Ley, requiera protección para no ser devuelto al territorio de otro país en donde su vida peligre o en donde existan razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Para el otorgamiento de dicha protección la Secretaría deberá considerar la opinión de la Secretaría de Relaciones Exteriores, misma que se solicitará conforme a lo previsto en el artículo 24 de esta Ley.

No se otorgará protección complementaria al extranjero respecto del cual existan motivos fundados para considerar que se encuentra en alguno de los supuestos previstos en el artículo 27 de la presente Ley.

La determinación de otorgamiento de protección complementaria tiene que ser un análisis independiente a aquel que determinaría el reconocimiento de la condición de refugiado (artículo 29 de la LSRPCAP), solo en caso en que la persona solicitante no fuera reconocida como refugiada (artículo 49 del R-LSRPCAP). Este análisis tiene que incorporarse en la resolución en la que se niega el reconocimiento de la condición de refugiado (artículo 30 de la LSRPCAP y artículo 50 del R-LSRPCAP).

Para los fines de esta investigación, el tercer párrafo del artículo 28 de la LSRPCAP representa el mayor objeto de interés: en efecto, el otorgamiento de protección complementaria

⁵⁴ Por exactitud, la definición de Protección Complementaria se encuentra en el art. 2(VII) de la LSRPCAP. El artículo 28 la retoma, y la expande, así como se cita en el texto.

⁵⁵ Si bien el ACNUR propuso en 2005 la aplicación de protecciones complementarias para personas desplazadas a causa del cambio climático o desastres naturales, el Estado mexicano no aceptó esta propuesta innovadora. Desafortunadamente, en la región, las personas desplazadas por esta naturaleza están incrementando de manera considerable (ACNUR, 2005c); Mc Adam, 2011).

está imposibilitado para aquellas personas que recaen en los supuestos del artículo 27 de la LSRPCAP (cláusulas de exclusión), que menciona lo siguiente:

Artículo 27. No será reconocida la condición de refugiado al extranjero respecto del cual, una vez analizada su solicitud, existan motivos fundados para considerar que se encuentra en alguno de los supuestos siguientes:

I. Que ha cometido un delito contra la paz, el crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, de los definidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado Mexicano;

II. Que ha cometido fuera del territorio nacional un delito calificado como grave, antes de su internación al mismo, o

III. Que ha cometido actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas. En el supuesto de la fracción II se deberá atender la naturaleza del delito y que el mismo sea punible conforme a la legislación nacional y a la del país de origen o del país donde se hubiese cometido.

Evidentemente la prescripción que se encuentra en el artículo 28 de la LSRPCAP es categórica, y no admite excepciones: “no se otorgará” es una negativa absoluta que parece no admitir, según el marco jurídico mexicano, excepciones de interpretación. Asimismo, en ninguno de los apartados ni de la LSRPCAP ni de su Reglamento, se menciona acerca de la necesidad de algún test de proporcionalidad durante la determinación de la condición de refugiado, por lo que aparentemente la interpretación ligada a una mirada global de los instrumentos normativos nacionales es extremadamente limitada.

No obstante, el Estado Mexicano sigue vinculado a otras obligaciones según el marco de protección definido por los tratados internacionales y regionales que ratificó a lo largo de los años: este marco de protección se desarrolla, como ya se ha mencionado anteriormente, según un esquema más amplio de protección de derechos humanos, por lo que es necesario aclarar que, si de conformidad con el derecho aplicable no es posible reconocer u otorgar alguna protección internacional a la persona solicitante, esto no implica *ipso facto* que la persona pueda ser puesta bajo la jurisdicción de un País en donde algunos de los *core rights* protegidos por el principio de no devolución podrían ser violados.

Nuevamente, en este sentido el dilema para el Estado mexicano es aún más marcado, porque *de facto* las herramientas que actualmente se encuentran a disposición en el marco normativo dejarían completamente desprotegidas a personas cuyas vidas se encontrarían en

riesgo son regresadas al país de origen, aunque en efecto se encuentren en algunas de las categorías previstas por el artículo 27 de la LSRPCAP.

Vale la pena mencionar, en este aspecto, que la voluntad de reconocer la protección complementaria como un instrumento de protección de derechos humanos tiene un antecedente en el derecho mexicano, es decir, en el Oficio no. CRM/016/2007 de la Coordinación de Regulación Migratoria.

En este oficio, que opera en seguimiento a la Conclusión no. 103 del ACNUR, se afirma que la autoridad migratoria puede autorizar el otorgamiento de protección complementaria a las personas extranjeras que, no reconocidas con alguna protección internacional, se encuentren en la imposibilidad de ser devueltas a su país de origen, o disfruten

“de los derechos contenidos en otras normas nacionales o internacionales que prohíban la devolución del solicitante, incluyendo, *inter alia*, el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; los artículos 4, 5 y 22(8) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 1969; los artículo 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 1966; y el artículo 37(1) de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989” (CRM/016/2007, 2007: 5).

En 2018, este tema de conversación fue de interés de la Cámara de Diputados, con la iniciativa de Reforma impulsada por la diputada Gabriela Cuevas Barrón que, entre otros puntos, proponía suprimir el tercer párrafo del artículo 28, “conforme al Derecho Internacional de los Refugiados” (3731158, 2018).

La Diputada, en su exposición de motivos, se mueve en el mismo orden de ideas mencionado en este párrafo:

“21 Reconociendo, al respecto, que la figura de la protección complementaria tiene su origen en las obligaciones en materia de no devolución contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos. En este sentido, no es posible hablar de “cláusulas de exclusión” para quienes disfrutarían de protección complementaria, en tanto que en el caso de México dicha protección se basa en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y no en el Derecho Internacional de los Refugiados. Distinto a lo que sucede con la protección internacional de los refugiados, la protección contra la devolución de conformidad con los instrumentos de derechos humanos no requiere el cumplimiento de criterios de inclusión ya que deben ser disfrutados por “toda persona” (3731158, 2018: nota 21).

La reforma sin embargo no fue exitosa, y a la fecha el texto normativo aparece no modificado.

Lo que queda entonces para el análisis jurídico es un balance necesario a la hora de implementar un análisis de protección complementaria para personas beneficiarias que tuviesen antecedentes pandilleriles en América Central. Definitivamente, no es posible en esta sede encontrar patrones interpretativos proporcionados por la jurisprudencia o por textos de referencia que pudiesen guiar, en el contexto mexicano, hacia un entendimiento más profundo de la normativa vigente.

Para la fecha en la que se está escribiendo este capítulo, no existe en México una figura jurídica capaz de garantizar la protección de esta población. En la fase de elegibilidad, quedaría la interpretación de la ley a la merced de la autoridad correspondiente, a la hora de llevar a cabo un adecuado test de proporcionalidad, así como descrito en los párrafos anteriores, balanceando los daños procurados, los riesgos para la comunidad de acogida, y los riesgos que la persona solicitante enfrentaría al ser regresada a su país de origen.

Vale la pena resaltar que una interpretación de la ley que supere los límites del texto normativo es facultad de la autoridad competente. La LSRPCAP, en su artículo 4, menciona lo siguiente:

Artículo 4. La Secretaría en la aplicación e interpretación de esta Ley deberá observar las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales de observancia obligatoria en México y demás ordenamientos aplicables, sin perjuicio de la intervención de otras autoridades de conformidad con las disposiciones antes referidas y demás aplicables.

De lo que desprende el artículo 4, las disposiciones establecidas en la LSRPCAP deben de entenderse como disposiciones a protección de los derechos humanos de las personas beneficiarias, por lo que el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) debería de ser suficiente para garantizar un procedimiento que garantice los estándares más altos de debido proceso.

En específico, si la COMAR analizara las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado a la luz del artículo primero de la CPEUM y del principio pro persona, se encontrarían rastros en las resoluciones un análisis adecuado sobre el otorgamiento de protección complementaria, mismo que generalmente carece de un enfoque adecuado y cuyo análisis de proporcionalidad es pobre de detalles.

En una investigación la Universidad Iberoamericana Ciudad de México en 2018, revisando 94 resoluciones de la COMAR: en dos casos, las personas “reportaron haber cometido un delito en su país de origen [...], por lo que, a pesar de contar con un temor fundado de persecución, su resolución fue en sentido negativo” (Ibero, 2018: 51). En el mismo sentido, la CMDPDH, en su informe ya mencionado, afirma que “no pareciera que la COMAR de oficio y sistemáticamente lleve a cabo análisis sobre las consecuencias que podría implicar la devolución de un solicitante a su país de origen (CMDPDH, 2017: 43).

Por otro lado, siendo el texto tan explícito en la definición de las cláusulas de exclusión, el intento de interpretación requerirá de la intervención de los tribunales de amparo competentes para balancear de manera adecuada lo que es un evidente conflicto de derechos: de un lado la imposibilidad de expulsar de territorio nacional a personas que no corren riesgo de ver violado alguno de los derechos protegidos por el núcleo central del principio de no devolución, y, por otro lado, la evidente limitación de la LSRPCAP.

Capítulo 5

Conclusiones

La interpretación de las cláusulas de exclusión ha sido, por años, una cuestión que se movió de lo jurídico a lo político, de lo ético a lo securitario. En este proceso de investigación, se intentó centrar el análisis en la debida rigurosidad y objetividad que merece un razonamiento jurídico, dejando a un lado las teorizaciones éticas o políticas que hubiesen podido desbalancear el flujo de pensamiento doctrinal.

En específico, se consideró importante deslindar la interpretación de las cláusulas de exclusión de algunos términos que parecen haber sido el centro interpretativo de las mismas durante varias décadas. En específico, se decidió considerar de escasa relevancia el discurso sobre si la persona cuestionada fuese o no es “merecedora de protección internacional”, debido a que se pudo constatar que debates de esta naturaleza están centrados en supuestos no objetivos que carecen de la rigurosidad propia de un análisis jurídico.

Esta carencia de rigurosidad no sólo pondría en riesgo el respeto del estándar de equidad en el análisis jurídico, sino tampoco garantiza un estándar duradero en el tiempo, puesto que se liga a lo que en un determinado contexto histórico se define como “merecedor”.

Por otra cuenta, se consideró relevante más bien enfocarse en definir los estándares de derecho aplicables en la materia, analizando las normas vigentes a la luz de los principios interpretativos del derecho internacional.

Con la finalidad de contextualizar de manera adecuada las conclusiones, entonces, es necesario volver a la pregunta inicial, misma que originó el esfuerzo investigativo de las páginas anteriores: una persona que solicitara la condición de refugiado y se encontrara en uno de los supuestos excluyentes, ¿podría verse denegada el reconocimiento de la protección internacional, negada la permanencia en el país de destino, y hasta ser expulsada hacia su país de origen?

Una respuesta preliminar para esta pregunta es que es necesario un análisis casuístico para poder garantizar el ejercicio pleno de los derechos y de las garantías garantizadas por el marco normativo vigente. El centro del análisis de elegibilidad debe de verter en un análisis de proporcionalidad tripartito entre los daños cometidos, es decir, la gravedad de los hechos que concretarían uno de los supuestos del artículo 1(F) de las cláusulas de exclusión; el riesgo al

cual esta persona se enfrentaría al ser regresada a su país; y, en último, si esta persona representa (y a qué nivel) un riesgo inminente para la seguridad nacional del país de recepción.

Es decir, de antemano, puede afirmarse que, a priori no puede negarse a ningún individuo el derecho a la permanencia en el país de destino por encontrar alguna convergencia de aplicabilidad en las cláusulas de exclusión establecidas por el artículo 1(F) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Lo anterior, a raíz de un análisis exhaustivo que se llevó a cabo en el capítulo 2 de esta investigación, considerando tendencias jurisprudenciales y la interpretación del ACNUR, por las cuales se ha afirmado que el análisis de proporcionalidad es necesario a la hora de considerar la aplicación de las cláusulas de exclusión en personas solicitantes de la condición de refugiado.

Sin embargo, en el proceso de investigación se ha logrado identificar cuestiones que van más allá de la necesidad de análisis de proporcionalidad, afirmando que la aplicación de las cláusulas de exclusión es *imposible* en el caso en que la persona corra peligros de que uno de los derechos protegidos en el núcleo inderogable del principio de no devolución sean violados, al ser devuelto a su país de origen.

Esto, por la misma naturaleza etimológica del término inderogable: no hay excepciones, en ninguna circunstancia esto puede ocurrir. No importan cuestiones de seguridad nacional, no importa algún otro supuesto de derecho, aquellos principios enclaustrados en la definición del art. 53 de la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados no pueden ser erosionados por las soberanías nacionales.

En este sentido, el análisis investigativo se ha centrado en identificar el principio de no devolución como un principio de derechos humanos: a lo largo de los años y siguiendo la evolución del derecho internacional, este principio se ha asentado como provisión de largo espectro que abarca y protege personas no solo dentro del marco jurídico del derecho de los refugiados (del cual sigue siendo la piedra angular), sino también de otros derechos humanos, algunos de los cuales (uno, entre varios, la prohibición de tortura) se han asentado como normas de *jus cogens*.

Es por esta razón, entonces, que se ha analizado el principio no solo a la luz del derecho de los refugiados, sino en un contexto más amplio de protección, considerando un régimen

general de “someter algún individuo a la jurisdicción de otro Estado”, averiguando así si este acto pudiese resultar en algún riesgo a los derechos o a la integridad de la persona afectada.

Conscientes de la delicadez de esta discusión (se está directamente cuestionando el derecho soberano de los Estados acerca de la permanencia de personas extranjeras en su territorio) en la sección intermedia del cuarto capítulo, el análisis ha tocado diferentes opciones que el derecho internacional ha explorado para dar solución al asunto.

Descartando de antemano la posibilidad de someter a estos individuos a la jurisdicción del Estado de origen (sea por medios formales o diplomáticos), la opción de procesarlos en el territorio de destino pareció ser una opción innovadora y que ofreciera el balance adecuado entre procuración de justicia y protección de derechos.

Sin embargo, al mismo tiempo, esta solución resultó ser medianamente utópica: no sólo el concepto de jurisdicción universal está escasamente asentado en la práctica internacional, sino también que esta (ya escasa) práctica solo involucra a algunos de los crímenes considerados por las cláusulas de exclusión. Asimismo, tomar esta ruta interpretativa convertiría un instrumento de protección internacional (la Convención de 1951) en un brazo extendido del derecho penal, yendo por lo tanto en oposición a los fines de la misma Convención.

Según el análisis llevado a cabo, la única opción que se considera pertinente al respecto es la exploración de otras formas de protección complementaria para las personas objeto de esta investigación. Se considera, analizando las diferentes fuentes interpretativas, que en caso en que la normativa nacional de protección a personas refugiadas no lo aclare de manera explícita, estas formas de protección deberían de extraerse del marco de protección de personas refugiadas, y sentarse en un más amplio supuesto de derechos humanos, por lo tanto, sin implicar análisis de exclusión propios de las normativas *ex* Convención de 1951.

Lo anterior, debido a que las protecciones complementarias o subsidiarias fueron concebidas como formas de protección de derechos humanos, por lo tanto, desvinculadas de las restricciones del derecho internacional de los refugiados, y sentadas en la estructura más amplia del derecho internacional de los derechos humanos.

Es así que se puede vincular de manera adecuada la protección y la salvaguarda del principio de no devolución, garantizando una condición jurídica estable y aceptable de acuerdo al derecho internacional.

Cabe resaltar, en este aspecto, dos puntos relevantes:

1. La no garantía de una condición jurídica que proteja la persona de devoluciones, es en sí misma una violación a este principio. En el momento en que la devolución/expulsión es imposible, es necesario garantizar una estancia regular en el país de destino conforme a la normativa vigente, misma que debe de representar una alternativa duradera y estable para la persona solicitante.
2. En el caso en que las protecciones complementarias impliquen *ex lege* alguna cláusulas de exclusión, será responsabilidad de los tribunales competentes (tanto nacionales como regionales) dirimir este conflicto puesto que, más allá de los conflictos interpretativos sobre si se está analizando un principio de derecho internacional de los refugiados o de derecho internacional de los derechos humanos, la consecuencia *de facto* es una persona en que se encuentra en un limbo jurídico de imposibilidad de devolución, e imposibilidad de permanencia.

En este último aspecto, es necesario aclarar que la prioridad interpretativa del principio de no devolución (cuya naturaleza ha sido ampliamente aclarada en los capítulos anteriores) implica la necesidad de un enfoque centrado en la persona, y en las consecuencias que podrían ocurrir si devuelta a su país de origen.

El derecho migratorio, en muchas circunstancias, es independiente o solo en parte relacionado con el reconocimiento de alguna protección internacional o del marco de protección a personas refugiadas: la permanencia, por lo tanto, en el territorio nacional, puede estar influenciada por, pero no estrechamente vinculada con, el reconocimiento de alguna protección internacional.

En última instancia, la permanencia o la exclusión de una persona del territorio nacional será de competencia de las autoridades migratorias, y este análisis ya mucho más profundo y de amplio alcance, de aquel limitado por el derecho internacional de los refugiados.

Afirmando entonces estos conceptos generalizados, es necesario sentar la interpretación al área geográfica y al tipo de individuo objeto del caso específico de esta investigación, es decir, “personas con antecedentes pandilleros en los países del Norte de Centroamérica”.

De antemano, el análisis de exclusión sobre el párrafo b del artículo 1(F) debería de ser debidamente cuidadoso, puesto que no todos los perfiles de ex pandilleros encajan en las interpretaciones de los términos empleados en el texto normativo. Entre otros, es relevante identificar qué delitos cometieron, para ver si superan el umbral de gravedad establecido por el texto, y pudiesen por lo tanto ser considerados para exclusión.

Ahora bien, derivado de lo que se averiguó en el capítulo 2, el riesgo que correría un ex integrante de pandilla al ser deportado a su país de origen es evidentemente inminente: en Centroamérica, el control territorial de los grupos criminales es tan extenso que no es posible encontrar un lugar seguro, y la deserción de grupos criminales en ese contexto geográfico es una acción, como ya se pudo aclarar, punible con la muerte o con actos que pueden significar tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Cabe resaltar, que el deterioro político y social de estos países es tal que no es creíble hipotetizar alguna capacidad de los gobiernos locales para proteger o garantizar el acceso a un debido proceso de las personas eventualmente retornadas, ni mucho menos de garantizar que su vida y su integridad, o bien la vida y la integridad de su familia esté a salvo, una vez que se haya concluido el proceso judicial. Asimismo, las políticas de Mano Dura y de persecución extendida de los grupos criminales por parte de los gobiernos locales representan un riesgo per se para personas que pertenecieron a alguna pandilla, debido a que se ha largamente comprobado que ejecuciones extrajudiciales, denegaciones de un debido proceso y desapariciones forzadas, son hechos documentados y que quedan impunes en los países del norte de Centroamérica.

Si bien no es posible afirmar con certidumbre absoluta que todos los casos de personas devueltas a su país de origen tengan el riesgo de sufrir tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes, se considera que los antecedentes de elegibilidad que fundamentan el reconocimiento de personas desde los países del norte de América Central son suficientes para no ofrecer un piso mínimo viable para una posible devolución.

Descartada entonces la posibilidad de devolver la persona solicitante a su país de origen, vale la pena dedicar un último apartado sobre el caso estudio de esta investigación, es decir, como las interpretaciones propuestas para los párrafos anteriores se aplicarían en México, y que opciones concretas existen en el contexto de ese país.

De antemano, es necesario considerar que México representa uno de esos países cuyo cuerpo normativo integra el supuesto de exclusión en las provisiones que otorgan protección complementaria.

Si bien la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR), quien es la autoridad competente en la determinación de la misma en México, cuenta con la facultad de aplicar un examen de elegibilidad que incorpora principios de proporcionalidad, vale la pena también resaltar que, de conformidad con el principio pro persona establecido por el nuevo artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la COMAR también tendría la facultad de no considerar el tercer párrafo del artículo 28 de la LSRPCAP en caso de que, al devolver a la persona a su país de origen, se corra el riesgo de violar el principio de no devolución - no en el marco del régimen jurídico de protección a personas refugiadas, sino según el más amplio contexto de protección inscrito en el marco de garantías a las cuales se ha vinculado el Estado Mexicano a través de la ratificación de tratados internacionales que contienen provisiones a protección de derechos humanos.

En este aspecto, vale la pena puntualizar que la COMAR per se no operaría el alejamiento del territorio nacional. El Instituto Nacional de Migración (INAMI) tiene facultad para ello, por lo que, aunque sin garantizarse alguna forma de protección internacional, el INAMI todavía tendría la facultad de garantizar una condición de estancia en la forma de la de visitante por razones humanitarias, si evaluase que alejar la persona extranjera del territorio nacional representaría un riesgo para su vida e integridad, de conformidad con el último párrafo del artículo 52(V) de la Ley de Migración:

Artículo 52. Los extranjeros podrán permanecer en el territorio nacional en las condiciones de estancia de visitante, residente temporal y residente permanente, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en esta Ley, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables, de conformidad con lo siguiente:

[...]

V. VISITANTE POR RAZONES HUMANITARIAS. Se autorizará esta condición de estancia a los extranjeros que se encuentren en cualquiera de los siguientes supuestos:

[...]

También la Secretaría podrá autorizar la condición de estancia de visitante por razones humanitarias a los extranjeros que no se ubiquen en los supuestos anteriores, cuando exista una causa humanitaria o de interés público que haga necesaria su internación o regularización en el país, en cuyo caso contarán con permiso para trabajar a cambio de una remuneración.

En los términos establecidos por la Ley, esta condición de estancia no es una protección suficiente para garantizar el derecho a la no devolución, menos a una estancia digna y duradera en territorio nacional - entre otros, no permite la acumulación de “historial migratorio” para subsecuente acceso a la residencia permanente, y luego a la naturalización, y limita en el acceso a algunos derechos, incluyendo financieros y patrimoniales (Torre Cantalapiedra, 2021).

No existe alguna otra circunstancia o protección en la que una persona extranjera pueda permanecer en México por lo que, de facto, se le somete a riesgo de devolución.

Por lo tanto, aunque existirían vías teóricas para sobrepasar las limitaciones establecidas por el tercer párrafo del artículo 28 de la LSRPCAP, la inconsistencia constitucional que se genera (en conflicto con el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Mexicanos) requiere de la intervención legislativa en abrogación de ese apartado, o de la máxima casa de la justicia de la República para que se pueda identificar una pauta interpretativa clara, uniforme y que garantice el respeto irrestricto de los derechos humanos de las personas afectadas.

REFERENCIAS

- Adams, T. M. (2012). *Chronic violence and its reproduction. Perverse trends in social relations, citizenship, and democracy in Latin America*. Woodrow Wilson Center Update on the Americas. Disponible en: <https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/documents/publication/Chronic%20Violence%20and%20its%20Reproduction.pdf>
- Aguilar Umaña, I., Tager, A. G., Arévalo de León, B. (2014). El Salvador. Negotiating with gangs. *Accord* 25, 95/99.
- Allain, J. (2001). The jus cogens nature of non-refoulement. *International Journal of Refugee Law* 13(4), 533-558.
- Alleweldt, R. (2011). Preamble to the 1951 Convention. En A. Zimmerman, J. Dörschener & F. Machts (Eds.). *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A commentary*. Oxford, Reino Unido: University Press, 232-233.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados – ACNUR (2003). *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*. HCR/GIP/03/05.
- (2005a). Documento de discusión. La situación de los refugiados en América Latina. Protección y soluciones duraderas bajo el enfoque pragmático de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984. En ACNUR. *Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*, 15-30. San José, Costa Rica: Editorama.
 - (2005b). Informe del 56o periodo de sesiones del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado. Conclusión sobre la disposición sobre protección internacional, en particular mediante formas complementarias de protección. A/AC.96/1021.
 - (2005c). *Providing International Protection Including Through Complementary Forms of Protection*. (EC/55/SC/CRP.16).
 - (2007). *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/4a8124152.html>.
 - (2008). *Statement on subsidiary protection under the EC Qualification Directive for people threatened by indiscriminate violence*. Disponible en: <http://www.refworld.org/pdfid/479df7472.pdf>.
 - (2010). *Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con las víctimas de pandillas organizadas*. Geneva, Suiza. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7786.pdf>

- (2011). *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 los Refugiados*. Ginebra, Suiza: ACNUR.
- (2013). Resumen de las conclusiones sobre la interpretación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9651.pdf>
- (2016a). *Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from El Salvador*. (HCR/EG/SLV/16/01).
- (2016b). *Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Honduras*. (HCR/EG/HND/16/03).
- (2018). *Directrices de elegibilidad para la evaluación de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo procedentes de Guatemala*. HCR/EG/GTM/18/01

Amnistía Internacional (2001). *Universal jurisdiction. The duty of states to enact and enforce legislation*. IOR 53/005/2001.

- (2016). *Home Sweet Home? Honduras, Guatemala and El Salvador's Role in a Deepening Refugee Crisis*. Disponible en: http://www.amnestyusa.org/sites/default/files/central_american_refugees_-_report_eng_1-min.pdf.

Arboleda, E. (1995). The Cartagena Declaration of 1984 and its similarities to the 1969 OAU Convention – A comparative perspective, *International Journal of Refugee Law* 7, 87-101.

Argueta O. (2016). Transformaciones de las Pandillas en El Salvador, Guatemala y Honduras. In Heinrich Böll Stiftung (Eds). *Reconceptualización de la Violencia en el Triángulo Norte*. (p. 111-134). San Salvador, El Salvador: Asociación Equipo Maiz.

Arnson, C. J., Olson, E. L. (Eds.) (2011). *Organized crime in Central America. The northern triangle*. Woodrow Wilson Center Reports on the Americas # 29. Disponible en: https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/documents/publication/LAP_single_page.pdf

Asamblea General de Naciones Unidas – UNGA (2005). *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. A/60/316.

Asociación para una Sociedad más Justa - ASJ (2020a). *Estudio de la situación de las maras y pandillas en Honduras*. Disponible en: <http://biblioteca.asjhonduras.com/?docs=estudio-de-la-situacion-de-maras-y-pandillas-en-honduras-2019>

- (2020b). *Tercer informe sobre la impunidad en homicidios - 2010-2019*. Disponible en: <http://biblioteca.asjhonduras.com/?docs=tercer-informe-sobre-la-impunidad-en-homicidios-2010-2019>

- Báez García, G. (2021). *Crimen organizado transnacional y maras en el Triángulo Norte de Centroamérica*. Documento opinión – Instituto Español de Estudios Estratégicos 64/2021. Disponible en: http://www.iece.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2021/DIEEE064_2021_GARB_AE_Crimen.pdf
- Barnes, N. (2007). *A comparative analysis of transnational youth gangs in Central America, Mexico and the United States*. New York.
- Bassiouni, C., Wise, E. (1995). *Aut dedere aut judicare. The duty to extradite or prosecute in international law*. Dordrecht: Nijhoff.
- Bellin, J. (2011). Crime-severity distinctions and the Fourth Amendment. Reassessing reasonableness in a changing world. *Iowa Law Review* 97(1), 1-48.
- Blake, N. (2003). Exclusion from refugee protection. Serious non-political crimes after 9/11. *European Journal of Migration and Law* 4, 425-447.
- Bliss, 'Serious reasons for considering'. Minimum standards of procedural fairness in the application of the Article 1F exclusion clauses. *International Journal of Refugee Law* 12(1), 92-132.
- Brenneman, R. (2012). *Homies and Hermanos. God and Gangs in Central America*. New York, U.S.: OUP.
- Broomhall, B. (2001). Towards the developments of an effective system of universal jurisdiction for crimes under international law. *New England law review* 35(2), 399-410.
- Bruin, R., Wouters, K. (2003). Terrorism and the non-derogability of non-refoulement. *International journal of refugee law* 15(1), 5-29.
- Bruneau, T., Dammert, L., Skinner, E. (Eds). 2011. *Maras: Gang Violence and Security in Central America*. Texas: University of Texas Press
- Brunnée, J. (2010). The prohibition on torture. Driving jus cogens home? *International law in a time of change* 104, 454-457.
- Byrne, R., Shacknove, A. (1996). The safe country notion in European asylum law. *Harvard Human Rights Journal* 9, 185-226.
- Cançado Trindade, A. A. (1995). Aproximaciones o Convergencias entre el Derecho Internacional Humanitario y la Protección Internacional de los Derechos Humanos. En IIDH & ACNUR. *10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas 1994*, 77-168. San José, Costa Rica: ACNUR.
- (2005). Aproximaciones y convergencias revisitadas: Diez años de interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario. En ACNUR. *Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*, 139-192. San José, Costa Rica: Editorama.

- (2008). Jus Cogens. The determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case law. En OAS. *XXXV Course of International Law* (p. 3-29). Disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf>.
- Cantor, D. J. (2016). As deadly as armed conflict? Gang violence and forced displacement in the northern triangle of Central America. *Agenda Internacional* XXIII(34), 77-97.
- Castles. S. (2006). Factores que hacen y deshacen las políticas migratorias, en A. Portes y J. DeWind. *Repensando las migraciones, nuevas perspectivas teóricas y empíricas*. México: Miguel A. Porrúa, 33-66
- Cheng, B. (1965), United Nations resolutions on outer space. 'Instant' international customary law? *Indian Journal of International Law* 5, 23-48.
- Chinedu Okafor, O., Lekwuwa Okoronkwo, P. (2003). Re-configuring non-refoulement? The Suresh Decision, security relativism and the international human rights imperative, *International Journal of Refugee Law* 15(1), 30-67.
- Colautti, C. (1989). *El Pacto de San José de Costa Rica. Protección a los derechos humanos*. Buenos Aires, Argentina: Lerner.
- Comisión Europea (2001). *The relationship between safeguarding internal security and complying with international Protection obligations and instruments*. Commission Working Document COM(2001)743.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2021). Visita de trabajo virtual a México sobre personas en situación de Movilidad Humana. Observaciones preliminares - Diciembre de 2020 y enero de 2021. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2021/33-A.pdf>
- Comisión Mexicana de Defensa y Protección de los Derechos Humanos (CMDPDH) (2017). Anexo 1. Observaciones sobre la actuación de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados. Informe sobre el incumplimiento de México a obligaciones derivadas de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Disponible en: https://cmdpdh.org/wp-content/uploads/2017/05/Anexo1SEGOB_Solicitantes.pdf
- Comité contra la Tortura (2005). *Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención*. Canadá. CAT/C/CR/34/CAN.
- Comité de Derechos Humanos (1992). *Observación General no. 20*. 10/03/1992.
- (2004). *Observación General no. 31 (80). Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto*.
- Comité Ejecutivo ACNUR (1981). *Conclusión no. 22 (XXIII). Protection of asylum seekers in situations of large-scale influx*. Ginebra, Suiza: Ex-Com.
- (1977). *Conclusión no. 8 (XXVIII). Determinación de la Condición de refugiado*. Ginebra, Suiza: Ex-Com.

- Consejo Europeo para los Refugiados y los Exiliados – ECRE (2004). *Position on exclusion from refugee status*. PP1/003/2004/Ext/CA. Disponible en: https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-Position-on-Exclusion-from-Refugee-Status_March-2004.pdf
- Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (UNSC) (2001a). *Resolución 1373*. S/RES/1371
- (2001b). *Resolución 1377*. S/RES/1377
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1982). *Opinión Consultiva OC 1/82*. “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 24 de septiembre de 1982.
- *Opinión Consultiva OC 7/86* (1981). *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 29 de agosto de 1986.
 - *Opinión Consultiva OC 18//03* (2003). *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 17 de septiembre de 2003.
 - *Opinión Consultiva OC 21/14* (2014). *Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional*. 19 de agosto de 2014.
- Costello, C. & Foster, M. (2016). Chapter 10. Non-refoulement as custom and *jus cogens*? Putting the prohibition to the test. En M. den Heijer & H. van der Wilt (Eds). *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, La Haya, Países Bajos: T.M.C. Asser Press, 273-327.
- Cruz, J. M. (2010). Central American maras. From youth Street gangs to transnational Protection rackets. *Global Crime* 11(4), 379-398.
- (2007). Capítulo 12. El barrio transnacional. Las maras centroamericanas como red. En F. Pisani, N. Saltalamacchia, A. B. Tickner, N. Barnes (Coords.). *Redes transnacionales en la cuenca de los huracanes. Un aporte a los estudios interamericanos* (357-381). México: Porrúa.
- De Maekelt, T. (1982). Instrumentos regionales en materia de asilo. Asilo territorial y extradición. La cuestión de los refugiados ante las posibilidades de una nueva codificación interamericana. En AA.VV. *Asilo y protección internacional de los refugiados en América Latina*, 139-171, Distrito Federal, México: UNAM.
- de Wet, E. (2004). The prohibition of torture as an international norm of *jus cogens* and its implications for national and customary law. *European Journal of International Law* 15(1), 97-121.
- Djordjevic, N. (2014). Exclusion under Article 1F(b) of the Refugee Convention. The uncertain concept of internationally serious crimes. *Journal of International Criminal Justice* 12, 1057-1074.
- Droege, C. (2008). Transfers of detainees. Legal framework, non-refoulement and contemporary challenges. *International Review of the Red Cross* 90(871), 669-701.

- Duffy, A. (2008). Expulsion to face torture? Non-refoulement in international law. *International Journal of Refugee Law* 20(3), 373-390.
- Enache-Brown, C., Fried, A. (1998). The obligation of aut dedere aut judicare in international law. *McGill Law Journal* 42, 613-633.
- Esponda Fernández, J. (2004). La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados. En L. Franco et al. (Eds.) *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina. Análisis crítico del dualismo 'asilo-refugio' a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*, 109-115. San José, Costa Rica: Editorama.
- European Asylum Support Office – EASO (2015). *EASO practical guide. Exclusion*. Disponible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/9f0fead0-e32b-11e9-9c4e-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-232945144>.
- Farmer, A. (2008). Non-refoulement and jus cogens. Limiting anti-terror measures that threaten refugee protection. *Georgetown immigration law journal* 23, 1-38.
- Fitzpatrick, J. (2000). Temporary Protection of refugees. Elements of a formalized regime. *American Journal of International Law* 94, Issue 2, 279 – 306.
- Franco, L. & Santisteven de Noriega, J. (2005). La contribución del proceso de Cartagena al desarrollo del derecho internacional de los refugiados en América Latina. En ACNUR. *Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*, 81-138. San José, Costa Rica: Editorama.
- Garretón, R. (1995). Principio de no devolución. Fuerza normativa, alcances, aplicación en los países no partes en la convención. IIDH & ACNUR. *10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas 1994*, 209-248. San José, Costa Rica: ACNUR.
- Giannulli, A. (2019). *Mafia mondiale*. Milano, Italia: Salani Editore.
- Gibney, M. J. (2002). Security and the ethics of asylum after 11 September. *Forced Migration Review* 13, 40-42.
- Gil Bazo, M.T. (2003). La protección internacional del derecho del refugiado a recibir asilo en el derecho internacional de los derechos humanos. En F.M. Mariño Menéndez (Eds.) *Derecho de extranjería, asilo y refugio*. 2da. Ed. Madrid: Ministerio de asuntos sociales. 681-704.
- (2006). *Refugee status, subsidiary protection, and the right to be granted asylum under EC law*. Research Paper no. 136. Disponible en: <https://www.unhcr.org/research/working/455993882/refugee-status-subsidiary-protection-right-granted-asylum-under-ec-law.html>
- Gilbert, G. (2003). Current issues in the application of the exclusion clauses. En E. Feller, V. Türk & F. Nicholson (eds.). *Refugee Protection in international law*. Cambridge, Reino Unido: University Press, 425-478.

- (2005). Exclusion and evidentiary assessment. En G. Noll (Ed.). *Proof, evidentiary assessment and credibility in asylum procedures*. Leiden, Países Bajos: Martinus Nijhoff Publishers, 161-178.
- Gökşen, E. (2020). Proportionality in refugee exclusion. An underestimated analysis. *Journal of International Criminal Justice* 18, 1131-1156.
- Goetz, J.P., LeCompte, M.D. (1985). *Etnografía y diseño cualitativo en investigación educativa*. Madrid: Morata
- Gökşen, E. (2020). Proportionality in refugee exclusion. An underestimated analysis. *Journal of International Criminal Justice* 18(5), 1131-1156.
- Gómez-Robledo Verduzco, A. (2003). El derecho de asilo en el sistema jurídico internacional. Gómez- Robledo Verduzco, A. *Temas selectos de derecho internacional*. 4ª ed. Distrito Federal, México: UNAM, 615-628.
- González Alonso, F. (2007). Metodología cualitativa y formación intercultural en entornos virtuales. *Teoría de la Educación. Educación y cultura en la sociedad de la información* 8(1), 106-133
- Goodwin-Gill, G.S. (1996). *The refugees in international law*. 2da ed. Oxford, Reino Unido: University Press.
- Goodwin-Gill, G. S. & McAdam, J. (2007). *The refugees in international law*. 3ra ed. Oxford, Reino Unido: University Press.
- Gros Espiell, H (1982). El derecho internacional americano sobre asilo territorial y extradición en sus relaciones con la Convención de 1951 y el protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. En AA.VV. *Asilo y protección internacional de los refugiados en América Latina*, 33-82, Distrito Federal, México: UNAM.
- (1995). La Declaración de Cartagena como fuente de derecho internacional de los refugiados en América Latina. En IIDH & ACNUR. *10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas 1994*, 77-168. San José, Costa Rica: ACNUR.
- (1996). Análisis jurídico comparativo de las legislaciones sobre asilo en América Latina y los instrumentos internacionales y regionales. En S. S. Picado, A. Cançado Trindade & R. Cuellar (Eds). *Estudios básicos de derechos humanos*, vol. V, 205-225. San José, Costa Rica: IIDH.
- Gros Espiell, H., Picado, S. & Valladares Lanza, L. (1990). *Principles and Criteria for the Protection and Assistance to Central American Refugees, Returnees and Displaced Persons in Latin America*. CIREFCA. Retrieved from: <http://www.refworld.org/docid/4370ca8b4.html>
- Guild, E. & Garlick, M. (2011). Refugee Protection, counter-terrorism, and exclusion in the European Union. *Refugee Survey Quarterly* 29(4), 64-82.
- Guittet, E. (2006). 'Ne pas leur faire confiance serait leur offense'. Antiterrorisme, solidarité, démocratie et identité politique. *Cultures et conflicts* 61(2), 51-76.

- Hannkainen, L. (1988). *Peremptory norms (Jus Cogens) in international laws. Historical development, criteria, present status*. Helsinki, Finlandia: Finnish Lawyers' Pub. Co.
- Harley, T. (2014). Regional cooperation and refugee protection in Latin America. A 'South-South' approach. *International Journal of Refugee Law* 26(1), 22-47.
- Hathaway, J. C. (1991a). Reconceiving refugee law as human rights protection. *Journal of Refugee Studies* 4(2), 113-131.
- (1991b). *The law of refugee status*. Cambridge United Kingdom: University Press.
 - (2005). *The rights of refugees under international law*. Cambridge, United Kingdom: University Press.
- Hathaway, J. C. & Harvey, C. J. (2001). Framing refugee protection in the new world disorder, *Cornell Journal of International Law* 34, 257-320.
- Hazen, J. M. (2010). Understanding gang as armed groups. *International Review of the Red Cross* 92(878), 369-386.
- Human Rights Watch (2003). *In the name of counter-terrorism. Human rights abuses worldwide*. Disponible en: <https://www.hrw.org/legacy/un/chr59/counter-terrorism-bck.pdf>
- Insight Crime (2017). *The Prison Dilemma: Latin America's incubators of organized crime*. Disponible en: <http://www.insightcrime.org/investigations/prison-dilemma-latin-america-incubators-organized-crime>.
- (2016). *Honduras elites and organized crime*. Disponible en: <https://insightcrime.org/investigations/honduras-elites-and-organized-crime-series/>
- International Committee of the Red Cross – ICRC (2002). *The law of armed conflict. Command responsibility*. Disponible en: https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/law6_final.pdf
- International Crisis Group (2017). Mafia of the Poor: Gang violence and extortion in Central America. *Latin America & Caribbean Report* 62. Disponible en: <https://www.crisisgroup.org/latin-america-caribbean/central-america/62-mafia-poor-gang-violence-and-extortion-central-america>.
- (2018). La frontera sur de México. Seguridad, violencia y migración en la era Trump. *Informe Sobre América Latina* 66. Disponible en: <https://d2071andvip0wj.cloudfront.net/066-mexicos-southern-border-spanish.pdf>
- International Law Commission – ILC (2006). *Fragmentation of international law. Difficulties arising from the diversification and expansion of international law*. Report of the study group of the international law commission. A/CN.4/L.682.
- (2010). *Survey of multilateral conventions which may be of relevance for the work of the International Law Commission on the topic "The obligation to extradite or prosecute" (aut dedere aut judicare)*. Study by the Secretariat. A/CN.4/6/30.

- (2014). *The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*. Final Report. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/7_6_2014.pdf
- Jütersonke, O., Muggah, R., Rodgers, D. (2009). Gangs, urban violence, and security interventions in Central America. *Security Dialogue* 40(4-5), 373-397.
- Kalin, W., Jünzli, J. (2000). Article 1F(b): Freedom Fighters, Terrorists, and the Notion of Serious Non-Political Crime. *International Journal of Refugee Law* 12, 46-78.
- Klein, W., Maxson, L. C. (2006). *Street gang. Patterns and policies*. New York: Oxford University Press.
- Larsaeus, N. (2003). *The relationship between safeguarding internal security and complying with international obligations of protection. The unresolved issue of excluded asylum seekers*. Master Thesis in Public International Law. Faculty of Law – University of Lund.
- Lauterpacht, E. & Betlehem, D. (2003). The scope and content of the principle of non-refoulement. Opinion. En E. Feller, V. Türk & F. Nicholson (eds.). *Refugee Protection in international law*. Cambridge, Reino Unido: University Press, 87-177.
- Li, Y. (2017). *Exclusion from protection as refugee. An approach to a harmonizing interpretation in international law*. Leiden, Países Bajos: Brill Nijhoff.
- Mandal, R. (2005). *Protection mechanisms outside of the 1951 Convention (“Complementary Protection”)*. Research Report PPLA/2005/02. Ginebra, Suiza: ACNUR.
- Manly, M. (2004) La consagración del asilo como un derecho humano. Análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En L. Franco et al. (Eds.) *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina. Análisis crítico del dualismo ‘asilo-refugio’ a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*, 126-160. San José, Costa Rica: Editorama.
- Mármora, L. (2010). Modelos de gobernabilidad migratoria, *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana* 18(35), 71-92
- McAdam, J. (2011) *Climate Change Displacements and International Law: Complementary Protection Standards* (Policy Research n. 19). Retrieved from: <http://www.unhcr.org/protection/globalconsult/4dff16e99/19-climate-change-displacement-international-law-complementary-protection.html>.
- (2014). Rethinking the origins of ‘persecution’ in refugee law. *International Journal of Refugee Law* 25(4), 667-692.
- McKeever, D. (2015). Evolving interpretation of multilateral treaties: 'Acts contrary to the purposes and principles of the united nations' in the refugee convention. *International and Comparative Law Quarterly* 64(02):405-444
- Mirra, A. (2016). *Pandillas and maras as agents of persecution. A critical approach to refugee status determination in Mexico*. Tesis para obtener el grado de Maestro en Human

Rights and Conflict Management. Sant'Anna School of Advanced Studies. Tutor: prof.ssa Chiara Macchi.

- (2019). La alternativa de reubicación interna. Análisis teórico y su aplicación. *Synergia* Issue 2019. Disponible en: https://www.academia.edu/38545052/La_alternativa_de_reubicaci%C3%B3n_interna._An%C3%A1lisis_te%C3%B3rico_y_su_aplicaci%C3%B3n
- Mitchell, C. (2009). *Aut Dedere, aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law*. Graduate Institute Publications. doi:10.4000/books.iheid.298
- Molnar, T. (2016). The principle of *non-refoulement* under international law. Its inception and evolution in a nutshell. *Corvinus Journal of International Affairs* 1:1, 51-61.
- Mulrine, A. (2011). *Pentagon: Central America 'deadliest' non-war zone in the world*. The Christian Science Monitor. (April 11, 2011)
- Nyinah, M. K. (2000). Exclusion under article 1F. Some reflections on context, principles and practice. *International Journal of Refugee Law* 12(1), 295-316.
- Office of Democratic Institutions and Human Rights – ODIHR (2007). *Background paper on extradition and human rights in the context of counter-terrorism*. ODIHR. GAI./22/07.
- Ortiz Vila, I. (2012). Las pandillas transnacionales centroamericanas. *VI Congreso de Relaciones Internacionales*. Argentina. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/301058585.pdf>.
- Petersen, N. (2007). Customary law without custom? Rules, principles and the role of state practice in international norm creation. *American University International Law Review* 23(2), 275-310.
- Phuong, C. (2007). Minimum standards for return procedures and international human rights law. *European Journal of Migration and Law* 9, 105-125.
- Pirjola, J. (2008). Shadow in Paradise – exploring *non-refoulement* as an open concept. *International Journal of Refugee Law* 19(4), 639-660.
- Quecedo, R., Castaño, C. (2002). Introducción a la metodología de investigación cualitativa. *Revista de Psicodidáctica* 14, 5-39.
- Quintero, C. B. (2018). Ganging up on immigration law. Asylum law, the particular social group standard – Former gang members, and their need for asylum protections. *University of Massachusetts Law Review* 13(2), 192-233.
- REDRESS (2004). *Terrorism, counterterrorism and torture. International law in the fight against terrorism*. Disponible en: <https://redress.org/wp-content/uploads/2018/01/July-TerrorismReport.pdf>.
- Reed-Hurtado, M. (2013). *The Cartagena Declaration on Refugees and the protection of people fleeing armed conflict and other situations of violence in Latin America*. Ginebra, Suiza: ACNUR.

- Riascos Valencia, Y. Z. (2020). Principio de no devolución y su aplicación extraterritorial. Pilar fundamental en el marco del derecho de los refugiados. *Trans/Pasando fronteras* (16), 17-48.
- Rikhof, J. (2012). *The criminal refugee. The treatment of asylum seekers with a criminal background in international and domestic law*. Ireland: Republic of Letters.
- Rodgers, D., Baird, A. (2016). Entender a las pandillas de América Latina. Una revisión de la literatura. *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 18(1), 13-53.
- Rodríguez Bolaños, J. A., Sabaria León, J. (Coords.) (2007). *Maras y pandillas, comunidad y policía en Centroamérica*. Demoscopia S.A. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26445.pdf>
- Röhl, K. (2005). *Fleeing poverty and violence. Non-refoulement obligations under the European Convention on Human Rights*. Working Paper no. 111. Disponible en: <https://www.unhcr.org/research/working/41f8ef4f2/fleeing-violence-poverty-non-refoulement-obligations-under-european-convention.html>
- Romano, Santi (2018). *L'ordinamento giuridico*. Italia: Quodliber.
- Sadat, L. N. (2001). Redefining universal jurisdiction, *New England Law Review* 35, 241-263.
- San Juan, C. & Manly, M. (2004). El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina. Análisis crítico del dualismo 'asilo-refugio' a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. L. Franco et al. (Eds.) *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina. Análisis crítico del dualismo 'asilo-refugio' a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*, 31-75. San José, Costa Rica: Editorama.
- Santacruz Giralt, M. L., Concha-Eastman, A. (2001). *Barrio Adentro. La solidaridad violenta de las pandillas*. (1a Ed.) San Salvador, El Salvador: Instituto Universitario de Opinión Pública.
- Santalla Vargas, E. (2006). Ensuring protection and prosecution of alleged torturers. Looking for compatibility of *non-refoulement* protection and prosecution of international crimes. *European Journal of Migration and Law* 8, 41-59.
- Serna, N. R. (2016). Fleeing cartels and maras. International protection considerations and profiles from the Northern Triangle. *International Journal of Refugee Law* 28(1), 25-54.
- Simeon, J. C. (2009). Exclusion under article 1F(a) of the 1951 Convention in Canada. *International Journal of Refugee Law* 21(2), 193-217.
- Sloan, J. (2000). The application of article 1F of the 1951 Convention in Canada and the United States. *International Journal of Refugee Law* 12(1), 222-248.
- Sullivan, J. (2006). Maras morphing. Revisiting third generation gangs. *Global Crime* 7(3), 487-504.
- Taylor, C. S. (1990). *Dangerous society*. United States: Michigan State University Press.

- Taylor, S. y Bogdan, R.C. (1989). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. Barcelona: Paidós.
- Torre Cantalapiedra, E. (2021). Las tarjetas de visitante por razones humanitarias. Una política migratoria de protección ¿e integración?, *EntreDiversidades. Revista de ciencias sociales y humanidades* 8, 2(17), 145-166.
- Tóth, J (1994). *Menedékjog kérdőjelekkel*. Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó.
- UN Office on Drugs and Crime (UNODC) (2011). *Principles and framework for an international classification of crimes for statistical purposes*. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/crime/ICCS/9_UNODC-UNECE_taskforce_report.pdf
- (2012). *Transnational organized crime in Central America and the Caribbean. A threat assessment*. Vienna, Austria: UNODC.
 - (2014). *Global Study on Homicide 2013: Trends, Contexts, Data*. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf
- Universidad Iberoamericana Ciudad de México (Ibero) (2017). La interpretación y aplicación del derecho internacional del derecho internacional y nacional de los refugiados en México. Análisis de las resoluciones de primera instancia de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados. Informe preliminar. Disponible en: <https://redtdt.org.mx/wp-content/uploads/2017/06/la-interpretacion-aplicacion-del-derecho.pdf>
- van Steenberghe, R. (2011). The obligation to extradite or prosecute. Clarifying its nature. *Journal of International Criminal Justice* 9, 1089-1116.
- Weis, P. (1995). *The Refugee Convention, 1951. The travaux preparatoires analyzed with commentary*. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/53e1dd114.html>
- Williams, K. (2018). Crime, drugs, and power in Honduras. Searching for better measures of State Fragility. *GDPO Working Series – WP no. 5*. Disponible en: <https://www.swansea.ac.uk/media/Crime,-Drugs,-and-Power-in-Honduras-Searching-for-Better-Measures-of-State-Fragility.pdf>
- WOLA (2019). *Combating corruption in Honduras. Assessing the State's capacity to reduce corruption and improve accountability*. Series 1. Disponible en: <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/04/Corrupci%C3%B3n-HN-ENG-3.6-1.pdf>
- (2020). *Criminalidad e inseguridad en Honduras. Evaluando la capacidad estatal de reducir la violencia y combatir la criminalidad organizada*. Disponible en: <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/08/Crimen-y-Violencia-HN-ESP-8.9.pdf>
- Zgonec-Rožej, M., Foakes, J. (2013). *International criminals. Extradite or prosecute?* Chatham House Briefing Paper. IL BP 2013/01.

Referencias a textos normativos

8 U.S Code § 1231 - *Detention and removal of aliens ordered removed*. LexisNexis (2012).

Circular no. CRM/016/2007. Protección Complementaria. Coordinación de Regulación Migratoria (2007).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cámara de diputados - Estados Unidos Mexicanos. DOF 28/05/2021.

Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José) (1969). *Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos*. San José, Costa Rica.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969). U.N. Doc A/CONF.39/27, 1155 U.N.T.S. 331. Entrada en vigor: 23 de mayo de 1969. Viena, Austria.

Convención Europea sobre Derechos Humanos (1950).

Convención sobre Asilo Diplomático (1954). Caracas, Venezuela.

Convención sobre Asilo (1928). La Habana, Cuba.

Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África (Convención de Addis-Abeba) (1969). Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA. Addis Abeba, Etiopía.

Convención sobre Asilo Político (1933). Organización de los Estados Americanos. Montevideo, Uruguay.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951). Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas. Geneva, Suiza.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984). Asamblea General de las Naciones Unidas. New York, USA.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). IX Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia.

Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984). Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios. Cartagena, Colombia.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Asamblea General de Naciones Unidas. New York, USA.

Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted. (2011). L 3337/9.

Iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la *Ley sobre refugiados, protección complementaria y asilo político*, a cargo de la diputada Gabriela Cuevas

Barron, del Grupo Parlamentario de Morena, Iniciativa no. 3731158, Congreso de la Unión, LXIV Legislatura (2018).

Ley de Migración. Cámara de diputados - Estados Unidos Mexicanos. DOF 20/05/2011.

Ley sobre refugiados, protección complementaria y asilo político. Cámara de diputados - Estados Unidos Mexicanos. DOF 27/01/2011.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – ICCPR (1966). Asamblea General de las Naciones Unidas. New York, USA.

Protocolo Adicional Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1967). Ginebra, Suiza.

Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados (2001). A/56/2010. Nueva York, Estados Unidos.

Reglamento de la ley sobre refugiados y protección complementaria. Cámara de diputados - Estados Unidos Mexicanos. DOF 21/02/2012.

Règles Internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers (1892). Institut de Droit International. Ginebra, Suiza.

Sanremo declaration on the principle of non-refoulement (2001). Sanremo, Italia.

Tratado sobre Derecho Penal Internacional (1889). Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado. Montevideo, Uruguay.

Jurisprudencia mencionada

“Applicant A” & Anor c. Minister for Immigration and Ethnic Affairs (1997). Corte Suprema de Australia. [1997] HCA 4.

A.R.J. c. Australia. Comité Internacional de Derechos Humanos. 28/07/1997. CCPR/C/60/D/692/1996.

Agiza c. Suecia. Comité Contra la Tortura. CAT/C/34/D/233/2003, 24/05/2005.

Ahmed c. Austria, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 17/12/1996.

Alemania c. B y D, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2010

Amuur c. Francia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25/06/1996. Caso no. 19776/92.

Arteaga c. Mukasey (2007). Tribunal de Apelación Estadounidense – 9no Circuito. 511 F.3d 940 (9no Cir. 2007).

Bakhtiyari c. Australia. Comité Internacional de Derechos Humanos. 29/10/2003. CCPR/C/79/D/1069/2002.

Bélgica c. Senegal. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite. (2012). Corte Internacional de Justicia.

Bensaid c. Reino Unido. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 06/02/2001. Caso no. 44599/98.

Bermudez c. MCI (2005). (FC, no. IMM-233-04), Phelan, 24/05/2005; 2005 FC 286.

Byahuranga c. Dinamarca. Comité Internacional de Derechos Humanos. 01/11/2004. CCPR/C/82/D/1222/2003.

Brada c. Francia. Comité contra la Tortura. CAT/C/34/D/195/2002.

Bundesrepublik Deutschland c B, and D. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 09/11/2010. C 57/09 & C 101/09.

C. c. Australia. Comité Internacional de Derechos Humanos. 28/10/2002. CCPR/C/78/D/1086/2002.

Cantarero c. Holder (2013). Tribunal de Apelación Estadounidense – 1ro Circuito. 734 F.3d 82 (1st Cir. 2013).

Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos). Fondos. Corte Internacional de Justicia. 27/06/1986.

Chalal c. Reino Unido. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 23/08/1995. Caso no. 22414/93.

Chen Shi Hai c. The Minister for Immigration and Multicultural Affairs. Corte Suprema de Australia. [2000] HCA 19.

Chitat Ng c. Canadá, Comité Internacional de Derechos Humanos. 07/01/1994. Comunicación no. 469/1991.

DOB18 c. NHA [2019] FCAFC 63

Ezokola c. Canadá. (2013). Corte Suprema de Canadá. SCC 40

Familia Pacheco Tineo c. Estado Plurinacional de Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 25/11/2013.

Filartiga c. Pena-Irala, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

Flores Carrillo c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration). [2008]. Corte Federal de Canadá FCA 94, 2007 FC 320.

Garay Reyes c. Lynch (2016). Tribunal de Apelación Estadounidense – 9no Circuito. 842 F.3d 1125 (9th Cir. 2016).

Gil c. Canada (Minister of Employment and Immigration) [1995] 1 FCA 508.

Gonzalez c. Canada (Minister of Employment and Immigration) [1994] 3 FCA 646.

Haya de la Torre (Colombia c. Perú). Corte Internacional de Justicia. 13 de junio de 1951.

Hilal c. Reino Unido. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 06/03/2001. Caso no. 45276/99.

Hirsi Jamaa y otras c. Italia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 23/02/2012. Caso no. 27765/09.

HLR c. Francia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 22/04/1997. Caso no. 24573/94.

I.M. c. Suiza. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 09/04/2019. Caso no. 23887/16,

INS c. Aguirre-Aguirre. [1999] 526 US 415 (USSC)

Interdicción de los Haitianos (The Haitian Centre for Human Rights et al. c. United States). Méritos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso no. 10675. Reporte no. 51/96. 13 de marzo de 1997.

Islam c. Secretary of State for the Home Department, House of Lords. 25/03/1999.

Jama Warsame c. Canadá, Comité Internacional de Derechos Humanos. 01/09/2011. Comunicación no. 1959/2010.

Joseph Kindler c. Canadá, Comité Internacional de Derechos Humanos. 18/11/1993. Comunicación no. 470/1991.

Jurisdictional Immunities of the State (Alemania c. Italia). Corte Internacional de Justicia. 03/02/2012.

Madafferi c. Australia. Comité Internacional de Derechos Humanos. 26/07/2004. CCPR/C/81/D/1011/2001.

Mamatkulov y Askarov c. Turquía. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 04/02/2005.

Martinez c. Holder (2014). Tribunal de Apelación Estadounidense – 4to Circuito. 740 F.3d 902 (4th Cir. 2014).

Moreno c. MEI (1993). Corte Federal de Canadá. 159 N.R. 210 (FCA); 107 DLR (4th) 424; [1993] FCJ No 912 (QL); 1993 CanLII 2993 (FCA); 159 NR 210; 42 ACWS (3d) 1048; 21 Imm LR (2d) 221.

Mutombo c. Suiza. Comité Contra la Tortura. UN Doc. CAT/C/12/D/1993. 27/04/1994.

NADB c. MIMA. [2002] FCAFC 326.

North Sea Continental Shelf (República Federal de Alemania c. Dinamarca). Corte Internacional de Justicia. 20/02/1969.

Ovcharuk c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs. Federal Court of Australia. [1998] 1314 FCA. 16/10/1998.

Prosecutor c. Tadic. Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia Sala de Primera Instancia. 07/05/1999.

Ramos c. Holder (2009). Tribunal de Apelación Estadounidense – 7mo Circuito. 589 F.3d 426 (7th Cir. 2014).

Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Bélgica c. Senegal). Corte Internacional de Justicia, 20/07/2012.

Sepet & Bulbul c. Secretary of State for the Home Department (2003). House of Lords. UKHL 15.

Shajin c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 13/09/2018. C-369/17

Soering c. Reino Unido. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 07/07/1989. Caso no. 1/1989/161/217.

Suresh c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1.

SZOQQ c. MIC [2012] FCAFC 40.

T. c. Secretary of State for the Home Department. House of Lords. (1996) 2 All ER 865.

Tapia Páez c. Suecia, Comité Contra la Tortura. común. 39/1996, CAT, CAT/C/18/D/39/1996.

The Attorney-General (Minister of Immigration) c. Tamil X and Anor [2010] NZSC 107.

The Prosecutor c. Anto Furundžja. (1995). Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia. IT-95-17/1.

Urbina-Mejia c. Holder (2010). Tribunal de Apelación Estadounidense – 6to Circuito. 597 F.3d 360 (6th Cir. 2010).

Vilvarajah y otros c. Reino Unido. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 30/10/1991. Casos no. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 y , 13448/97.

Winata c. Australia. Comité Internacional de Derechos Humanos. 21/07/2001. CCPR/C/71/D/930/2000.