

El procedimiento administrativo de determinación del estatuto de refugiada bajo la lente de género. Aproximación regional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Cristina María Zamora Gómez

SUMARIO: I. Introducción. II. La interamericanización del refugio en la región. III. Solicitudes de refugio en América Latina: especial mención al éxodo venezolano. IV. ¿Existe un procedimiento de determinación de la condición de persona refugiada para América Latina? V. Implementación de los estándares interamericanos en los procedimientos nacionales de determinación de persona refugiada. VI. Conclusiones y propuestas. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El procedimiento administrativo de determinación de persona refugiada en América Latina es heterogéneo. Actualmente la región latinoamericana está inmersa en una experiencia de movilidad humana sin precedentes con el llamado “éxodo venezolano”, debido a la grave crisis estructural y sistémica que asola al país. Los países vecinos —Colombia y Perú— son los principales destinos de estas personas demandantes de protección internacional, tal como ha señalado la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

Debido a lo anterior, estos países han llevado a cabo ciertos ajustes en sus políticas de refugio que han implicado cambios en

las estructuras procedimentales administrativas nacionales de respuesta a las demandas de refugio. Entre las respuestas ofrecidas a nivel nacional, los perfiles de las solicitantes de refugio como administradas han presentado especificidades en sus experiencias de refugio debido a las violencias que sufren basadas en el género, no solo en sus países de origen, sino también en el de tránsito y en el de destino.

Cabe preguntarse si dichos ajustes se adaptan a los estándares que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha desarrollado en materia de refugio y de derechos humanos de las mujeres, cuestión que nos lleva a plantearnos: ¿cabe hablar de un *Ius Constitutionale Commune* para América Latina en materia de procedimiento de concesión de refugio con perspectiva de género?

El sistema normativo sobre el que se sustenta la figura del refugio en el ámbito regional es la Declaración de Cartagena de 1984, que concede una definición ampliada comparada con la definición que ofrece la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de Refugiado.

Con la Declaración de Cartagena se explicita que

En vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión de concepto de refugiado. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que, además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

En aras de emprender una interamericanización en materia de refugio, el desarrollo normativo de la Declaración de Cartagena ha devenido en la Declaración de Costa Rica de 1994; en el Plan de Acción de México de 2004; en la Declaración de Brasilia sobre Protección de Refugiados y Personas Apátridas de 2010, y en la Declaración y el Plan de Acción de Brasil bajo la iniciativa Cartagena +30, que configuran un *pseudorégimen* regional en ma-

teria de refugio cuyo principal enfoque es dar cabida a las necesidades surgidas frente a los conflictos singulares en la región en cuanto al volumen y las dinámicas de desplazamientos.

Del mismo modo, el SIDH ha emprendido una labor de armonización de estándares en materia de procedimiento de determinación del estatuto de persona refugiada, a través del Informe “Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada y apátrida, y el otorgamiento de protección complementaria”, publicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el pasado agosto de 2020. Y, en segundo lugar, mediante los pronunciamientos de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Del mismo modo, el SIDH ha enunciado estándares en materia de igualdad de género y feminismo que son pioneros a nivel internacional. Estos pronunciamientos nos llevan a preguntarnos cuál ha sido el impacto y el nivel de implementación de dichos estándares en el derecho administrativo que regula el procedimiento de determinación del estatuto de refugiada en Colombia y Perú.

Este capítulo, partiendo del diálogo entre el SIDH y el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL), se centrará en el estudio de los mencionados estándares para identificar las dificultades que se presentan en las solicitudes de protección de refugiada desde la perspectiva de género y cuáles han sido las vías de solución armonizadora propuestas, así como las que se podrían proponer como *lege ferenda*. Nos centraremos en los estándares de la Corte IDH definidos tanto en sus sentencias como en sus opiniones consultivas (diálogo SIDH vs. ICCAL). El estudio se centraría en analizar qué estándares en materia de género se han definido por parte del SIDH para el procedimiento de determinación del estatuto de refugiada.

II. LA INTERAMERICANIZACIÓN DEL REFUGIO EN LA REGIÓN

El desarrollo y avance en la protección internacional de las personas refugiadas en América Latina ha tenido lugar a través de instrumentos de *soft law*. La adopción de la Declaración de Car-

CRISTINA MARÍA ZAMORA GÓMEZ

tagena sobre las Personas Refugiadas de 1984 fue el comienzo de este desarrollo regional, como respuesta humanitaria a las circunstancias de desplazamientos forzados que se estaban produciendo en la región. Conviene esclarecer, en primer lugar, que en este capítulo se hará referencia a la categoría jurídica del refugio dentro de la llamada “movilidad humana”. Resulta acertada dicha advertencia, puesto que el tratamiento del refugio y el asilo en el contexto regional latinoamericano ha estado tradicionalmente atravesado por la discusión entre la vigencia y la aplicación del asilo territorial y el refugio. El asilo es definido como un estatuto de permanencia que es concedido por los Estados, una vez han reconocido a la persona bajo la condición de refugiada.¹

La Declaración no solo refuerza los principios del derecho internacional de las personas refugiadas (DIPR), sino que da una definición más amplia de qué hemos de entender por persona refugiada en la región, recomendando a los Estados el uso de dicha definición. La Declaración se conmemora cada 10 años, lo que supone un espacio de reflexión para los Estados latinoamericanos en cuanto a retos, oportunidades y avances. En este sentido, podemos hablar del desarrollo de una interamericanización en materia de refugio² con la adopción, en el plano regional internacional, de la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994; la Declaración y Plan de Acción de México, con la inclusión de sus tres programas principales: ciudades solidarias, fronteras solidarias y reasentamiento solidario, basados en la cooperación y solidaridad sur-sur, y la Declaración de Brasilia sobre Protección de Refugiados y Personas Apátridas de 2010. Y en 2014, como parte de la conmemoración del trigé-

¹ Clavijo, J., “Consideraciones sobre la (re)configuración de la condición de refugiado”, *Revista de Temas de Antropología y Migración*, núm. 10, diciembre de 2018, p. 98.

² Morales Antoniazzi, Mariela, “Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del *Ius Constitutionale Commune*”, México, UNAM, 2014, p. 122. Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

El procedimiento administrativo de determinación del estatuto ...

simo aniversario de la Convención de Cartagena, se redactó la Declaración y el Plan de Acción de Brasil bajo la iniciativa Cartagena +30.³ En la actualidad, a excepción de Cuba, que no es parte de los instrumentos internacionales sobre refugiados, todos los países de América Latina han adoptado legislación nacional sobre refugiados y cuentan con procedimientos nacionales para la determinación de la condición de personas refugiadas.⁴ Veremos en el epígrafe quinto cómo el proceso de interamericanización del principio de igualdad entre hombres y mujeres del derecho al refugio ha calado en las constituciones colombiana y peruana, que nos impulsará a plantearnos sobre la existencia de un *Ius Constitutionale Commune*⁵ del procedimiento de determinación de persona refugiada en materia de refugio en la región.

III. SOLICITUDES DE REFUGIO EN AMÉRICA LATINA: ESPECIAL MENCIÓN AL ÉXODO VENEZOLANO

Es necesaria una caracterización previa referida al proceso de movilidad humana venezolana, que tanto la CIDH como el Sistema Universal de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) han seguido de cerca mediante la Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela (R4V) que integra el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la OIM. Estamos en presencia del movimiento de movilidad humana más grande de toda América. Las cifras oficiales dan cuenta de aproximadamente 5.6 millones de personas en proceso de movilidad.⁶ La CIDH ha sido insistente

³ Asylum Access, “Iniciativa Cartagena +30: La protección internacional y la efectiva integración: recomendaciones de la sociedad civil frente a las dimensiones actuales del asilo y la apatridia en América Latina y el Caribe”, 2014.

⁴ Vedsted-Hansen, Jens *et al.* (eds.), *The Refugee Law Reader*, Budapest, Hungarian Helsinki Committee, 2014.

⁵ Morales Antoniazzi, Mariela, “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina”, en Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit.*, p. 418.

⁶ Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela (R4V), 2021.

en advertir que Venezuela atraviesa por una crisis institucional que repercute en la vigencia de los derechos humanos (CIDH, 2009). El país lleva cinco años en estado de excepción, que proporciona un margen de arbitrariedad a las instituciones públicas con respecto a sus obligaciones, ya que no hay una evaluación de los poderes públicos. También es innegable la crisis humanitaria.⁷ En este capítulo compartimos que esta movilidad se caracteriza por ser forzada.⁸ Por ello, colocamos nuestro estudio en la categoría jurídica de la migración forzada en el marco del derecho internacional y del refugio, por ser personas que huyen del territorio venezolano ante el temor fundado de que su vida se encuentra en riesgo; todo ello al amparo de la Convención de Ginebra de 1951, así como de la Declaración de Cartagena de 1984.⁹

La Organización de los Estados Americanos (OEA) cataloga la migración venezolana como “la más grande en la historia del hemisferio”, lo que representa “más de 4,7 millones de personas refugiadas y migrantes de Venezuela en todo el mundo”¹⁰ y, de acuerdo con lo expuesto por la misma institución, son acogidos principalmente en Colombia, Perú, Ecuador y Chile. Este fenómeno de éxodo nos sirve de encuadre y contextualización de nuestro estudio, ya que analizaremos el procedimiento de determinación del estatuto de refugiada en los dos países con más afluencia de nacionales provenientes de Venezuela: Colombia y Perú; ello en aras de resolver si podemos hablar de un *Ius Constitutionale Commune* para América Latina en materia de procedimiento de concesión de refugio con perspectiva de género. Antes del estudio detenido de los procedimientos, contextualizaremos cuál es la sociología de las cifras que tratamos:

⁷ Universidad Católica Andrés Bello, *El espejismo del retorno: violaciones a los derechos de los retornados a Venezuela durante la pandemia de COVID-19*, Caracas, UCAB-Centro de Derechos Humanos, 2020.

⁸ Trujillo, Eduardo, “Calificar a los migrantes venezolanos como desplazados en el extranjero podría reducir la protección a estas personas”, Caracas, Crisis en Venezuela, 2020.

⁹ Blouin, Cécile *et al.*, *El desplazamiento de personas venezolanas en América Latina y la definición de persona refugiada de Cartagena*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020.

¹⁰ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), 2020.

3.1. Sociología de las cifras en Colombia y Perú

Al hablar de la cifra de 5.6 millones de personas, todas conocemos que muchas de ellas se encuentran en una situación de elevada vulnerabilidad, con condiciones socioeconómicas altamente depauperadas. En consecuencia, las vulnerabilidades a las que se ven sometidas esas personas en su tránsito migratorio también son vulnerabilidades que se mantienen en los Estados de acogida una vez que el porcentaje de personas que se encuentran en situación de calle es alto.

En términos generales, tanto en Colombia como en Perú la llegada de migración venezolana se percibe por parte de la sociedad como un fenómeno mayormente negativo. En el último Latinobarómetro, ante la pregunta de si la llegada de personas migrantes perjudica o beneficia, el 81.7% de las personas encuestadas en Colombia y el 71.8% en Perú admitieron que les perjudicaría.¹¹

Es importante contrastar la cifra de los 5.6 millones de personas en movilidad. La plataforma R4V verifica que, al 31 de diciembre de 2020, en Perú se habían reconocido 2 700 personas refugiadas y contaba con 532 300 solicitudes pendientes. Por su parte, el Estado colombiano, a la misma fecha, había reconocido el estatuto de persona refugiada a 771 personas, y estaban pendientes de reconocimiento o denegación 19 600 solicitantes.¹² Estas cifras no están segregadas por sexo, a pesar de que el propio ACNUR, en 1990, publicó su política sobre mujeres refugiadas en la que resalta como principio básico integrar el enfoque de género en todas sus actividades y programas.¹³ En 2018, con la Política sobre edad, género y diversidad, el ACNUR exige que “como mínimo, todos los datos recolectados por ACNUR se desglosarán por edad, sexo y por otras consideraciones relativas a la diversidad, según resulte apropiado y posible en cada contexto, a efectos de análisis y programación”.¹⁴ La exigencia del des-

¹¹ Latinobarómetro, 2018.

¹² R4V, 2020.

¹³ ACNUR, Política de ACNUR sobre mujeres refugiadas, 1990.

¹⁴ ACNUR, Política sobre edad, género y diversidad, 2018.

glose por sexo es fundamental para, en primer lugar, entender el fenómeno de la feminización del refugio; en segundo lugar, para que los Estados puedan, de manera adecuada, implementar una política de género en su regulación sobre el procedimiento de determinación de refugiada y, en última instancia, para el reconocimiento y garantía del principio de igualdad y no discriminación.

3.2. Preocupación por la ciudadanía por las refugiadas: violencia sexo-genérica

Pese a los avances recientes, América Latina se caracteriza por ser “la región más desigual del mundo” según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), que en 2019 afirmó que es la segunda región más peligrosa en el mundo para las mujeres en relación con la violencia sexo-genérica, después de África.¹⁵ En relación con lo anterior, la violencia sexual sigue siendo uno de los grandes problemas de la región. Según los datos proporcionados por la Organización Panamericana de Salud, para 2018, precisamente Colombia y Perú, junto con Bolivia, se posicionan como los países con mayor violencia sexual, dato que se corresponde con que entre el 10 y el 27% de las mujeres encuestadas en estos países han padecido violencia de género.¹⁶

Existe un gran componente sexista en los estereotipos hacia las venezolanas: se identifican por estar hipersexualizadas en las sociedades de acogida. Tal estereotipo condiciona la posición de vulnerabilidad de las mujeres, presentándose un imaginario de cosificación sexual de las mujeres venezolanas que se prioriza por encima de otras características, de tal manera que se identi-

¹⁵ De acuerdo con ese mismo organismo, en 2017 los países con más femicidios por cada 100 000 mujeres fueron El Salvador y Honduras; mientras que, en términos absolutos, los países con mayor número de muertes fueron Brasil, con 1 133; México, con 898, y Argentina, con 255. CEPAL, 2018.

¹⁶ Cos-Montiel, Francisco, “Eliminar la violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe: objetivo imprescindible para el desarrollo sostenible, la igualdad y la paz”, *Análisis Carolina*, núm. 19, 2019.

El procedimiento administrativo de determinación del estatuto ...

fica su mayor grado de probabilidad de sufrir violencia.¹⁷ Según Blouin,

Las mujeres venezolanas son tratadas como objetos sexuales y se encuentran en peligro, en especial cuando trabajan en ciertos sectores como los salones de masajes o los bares. Por otro lado, los estereotipos frente a las mujeres migrantes venezolanas no solamente se relacionan con sus atributos físicos y características de personalidad, sino que en general se tiene una idea de las mujeres venezolanas como “aprovechadoras” u “oportunistas”, pero que, a la vez, incongruentemente, no aprovechan las oportunidades laborales que se les ofrecen.¹⁸

Es preocupante el hecho de que tanto en Colombia como en Perú haya un incremento de feminicidios. Los Estados han establecido ciertas respuestas desde una perspectiva de género; por ejemplo, Colombia ha establecido espacios seguros y trabajo ininterrumpido de comisarías de familias incluso durante la pandemia, y ha fomentado campañas de difusión encaminadas a sensibilizar respecto a que no podemos permitir la violencia intrafamiliar. Sin embargo, estas medidas han estado tratando a las mujeres de manera neutra, homogénea, de manera que se invisibilizan las interseccionalidades. Esto también ha sucedido en el caso peruano. De alguna manera hay una inclusión de la perspectiva étnica, sin embargo, en materia de movilidad humana no han existido campañas que pongan de relieve esta situación. No existe aún una buena implementación de la perspectiva interseccional en la recogida de data respecto a la vio-

¹⁷ Según Aguilar, el 22.3% de las mujeres encuestadas respondió haber sufrido violencia de género en Perú. Según el estudio realizado por Aguilar, “Esta percepción es ampliamente compartida por las participantes, tanto en las entrevistas individuales como en el grupo focal. En general sienten que en Perú han experimentado el machismo de forma más recurrente y les asombra lo naturalizado que ese machismo se encuentra en la sociedad”. Aguilar, Luis Enrique, *Mujeres migrantes contra la violencia en el mundo del trabajo: venezolanas viviendo y trabajando en Lima, Perú*, Lima, CHS-GAATW, 2019, p. 14.

¹⁸ Blouin, Cécile (coord.), *Estudio sobre el perfil socio económico de la población venezolana y sus comunidades de acogida: una mirada hacia la inclusión*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú-PADF, 2019, p. 49.

lencia de género que tenga en cuenta el estatus migratorio de las mujeres.¹⁹

El ACNUR y la OIM han alertado a los Estados para que adopten medidas diferenciadas orientadas a prevenir y combatir la violencia en contextos de movilidad humana desde una perspectiva de género. En este sentido, es importante determinar que entre las recomendaciones propuestas se hace hincapié en el acceso a la justicia, en las garantías a un debido proceso, en la reparación de quienes son supervivientes de violencia de género, entre otras.²⁰

Las mujeres, así como otras identidades diversas, ameritan en ciertas circunstancias, como lo es la movilidad humana, un tratamiento diferenciado para alcanzar la igualdad real. Esto se traduce en el procedimiento administrativo de determinación del estatuto de refugiada.

IV. ¿EXISTE UN PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE PERSONA REFUGIADA PARA AMÉRICA LATINA?

La doctrina clásica del DIPR reconoce que es necesario un procedimiento interno nacional de reconocimiento de la condición de persona refugiada.²¹ El Manual de Reconocimiento del ACNUR considera que los Estados deberán permitir que los refugiados

¹⁹ Blouin, Cécile y Zamora Gómez, Cristina María, “Institutional and social xenophobia towards Venezuelan migrants in the context of a racialized country: the case of Peru”, IMISCOE-International Migration Research Network, 2021.

²⁰ Respecto a los feminicidios de venezolanas, existe el proyecto de la Universidad Carlos III de Madrid-Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria”, elaborado por Diego Battistessa con la asesoría de Jassir Heredia Blanco, abogada especialista en Derechos Humanos Interculturales, “Mapa de casos de muerte y desaparición de mujeres venezolanas migrantes y refugiadas en el extranjero”, https://www.google.com/maps/d/u/0/viewer?mid=1BpBMB2zSzTQpVXwBgBuy6_b0knJRN7j&ll=5.467560346781066%2C-68.5680142902832&z=5

²¹ Goodwin-Gill, Guy y McAdam, Jane, *The Refugee in International Law*, Toronto, Oxford University Press, 2007.

El procedimiento administrativo de determinación del estatuto ...

sean identificados, lo que implica un procedimiento de determinación del estatus de protección. Ningún instrumento de DIPR ni la Declaración de Cartagena establecen cómo han de llevarse a cabo este procedimiento de determinación del estatus de persona refugiada.²² Dicha libertad por parte de los Estados para configurar su procedimiento nacional supone, en palabras de Lettieri, que “estos se encuentren [a] medio camino entre el Derecho Internacional y las distintas áreas del derecho interno. De allí que a veces resulte difícil, por ejemplo, compatibilizar las exigencias del derecho internacional de refugiados con las prescripciones del derecho administrativo de un Estado”.²³

Si bien existe libertad en cuanto al tipo de procedimiento administrativo por el cual determinar la condición de persona refugiada, el ACNUR concreta que dicho procedimiento deberá garantizar una serie de estándares (ACNUR, 1992, ap. 92):

- 1) *Garantías relacionadas con el acceso físico a la determinación del estatuto de refugiado.* Por ello, todas las personas que pueden ser incluidas en la definición de refugiado deben poder ingresar al territorio y no deben ser devueltas en virtud del derecho a la no devolución (*non refoulement*).
- 2) *Garantías del debido proceso*, con base en las cuales: a) debe existir una autoridad claramente identificada en materia del procedimiento del reconocimiento de la condición de refugiado; b) en caso de rechazo de la solicitud, debe establecer un plazo razonable para apelar ante la misma autoridad o ante una autoridad diferente, administrativa o judicial, con arreglo al sistema prevaleciente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada; c) debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente haya tomado la

²² Berganza, Isabel; Blouin, Cécile y Feline, Luisa, “La aplicación de la definición de Cartagena a las personas venezolanas en el Perú”, *Documento de Discusión Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico*, DD1805, 2018.

²³ Lettieri, Martín (ed.), *Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Lanús, 2012, pp. 110 y 111.

decisión del caso o mientras esté pendiente una apelación ante una autoridad administrativa o judicial superior, y *d*) el solicitante debe contar con intérprete y ser informado de la posibilidad de comunicarse con el ACNUR.

4.1. Debido proceso y género en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada. Comisión Interamericana

La CIDH ha sido pieza fundamental para el desarrollo del estándar de la perspectiva de género en los contextos de movilidad humana y refugio. En 1996 creó la Relatoría Especial sobre los Derechos de las Personas Migrantes, que amplía su mandato hasta el 2012. El Informe de los derechos humanos de los migrantes y otras personas en contexto de movilidad humana en México, elaborado en 2013, hace un aporte enriquecedor en lo tocante a la incorporación de la perspectiva de género. En este sentido, uno de los primeros aportes que la CIDH reconoce es que las mujeres están expuestas a violaciones de derechos humanos en razón de la violencia y la discriminación histórica y, además, el informe comenta que en muchos Estados de la región las agendas públicas y los sistemas de justicia no incorporan esta violencia y discriminación en razón de género.

Un segundo desarrollo de la Relatoría de la CIDH es la que destaca el aporte de la Convención de Belém do Pará, en cuanto a la definición de la violencia contra las mujeres. Además, el hecho de que esta violencia se ve afectada por variables como la raza, condición étnica, movilidad humana, inclusive, hace énfasis en la obligación de los Estados de la debida diligencia para sancionar la violencia. En cuanto a la obligación para los Estados, está concreta: la obligación de respetar. En primer lugar, los Estados están obligados a respetar, abstenerse, no incurrir en conductas que puedan lesionar el ejercicio del derecho a la igualdad de las mujeres en contextos de movilidad humana y, por supuesto, deben cruzarlo desde la perspectiva de la no discriminación. En segundo lugar, respecto de la obligación de garantizar una vida libre de violencias, la Relatoría es enfática al recordar la obligación del Estado de adoptar las medidas e incluso de transformar

El procedimiento administrativo de determinación del estatuto ...

la legislación nacional. Además, debe cumplir escrupulosamente con el deber de la debida diligencia, para lo cual se necesitan espacios de prevención y de investigación encaminados a saber la verdad, la sanción de cara a la no impunidad y la reparación integral a las víctimas.²⁴

En lo tocante al derecho de refugio y la prohibición de devolución, el SIDH presupone un procedimiento que ofrezca las garantías mínimas necesarias que permitan estudiar de manera individualizada, seria y oportuna cada solicitud de refugio. La Corte IDH ha dispuesto que aquellos Estados que no cuentan con legislación interna deberán regularla de manera adecuada y conforme a parámetros convencionales del procedimiento y demás aspectos para proteger el derecho a buscar y recibir asilo.²⁵

Además, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone los requisitos que deben observar las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defender adecuadamente sus derechos ante todo acto del Estado adoptado por cualquier autoridad pública. En este sentido, hemos de admitir que en la región predominan las instancias administrativas a la hora del reconocimiento del estatuto de persona refugiada. Los procedimientos deben contar con la suficiente flexibilidad para tomar en cuenta la realidad de las personas. Los derechos comprometidos en estos procedimientos son el derecho a la libertad, a la integridad y a la vida. El procedimiento, por tanto, debe ser adecuado para hacer valer esos derechos, proporcionando mecanismos que establezcan si la persona cumple con el estándar de riesgo y dando una respuesta específica de protección.²⁶

²⁴ CIDH, Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 48/13, 30 de diciembre de 2013, párr. 317.

²⁵ Corte IDH. OC-25/18. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (Interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 30 de mayo de 2018. Serie A, núm. 25.

²⁶ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 272.

El estándar del debido proceso en la determinación de la condición de persona refugiada debe incluir el acceso al territorio. Ello implica que las personas con necesidades de protección internacional no pueden ser rechazadas en frontera sin un análisis adecuado y pormenorizado de su solicitud, y que este estándar no puede condicionarse de ningún modo a la presentación de documentos de identidad o de viaje; el carácter individual para permitir evaluar las circunstancias personales; cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas que no estén basadas en un análisis razonable y objetivo de la situación individual; así como no debe discriminar en razón de motivos como nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus.²⁷

Respecto a los derechos y las garantías procesales, el estándar del debido proceso incluye: el acceso a una interpretación; la asistencia jurídica gratuita; la puesta en contacto con el ACNUR; el acceso a una autoridad imparcial, capacitada e identificada; el acceso al procedimiento establecido, el derecho a ser oído, la confidencialidad, el uso de medios de prueba lícitos y admitidos en derecho; que la decisión de la autoridad administrativa esté motivada —lo que supone tener en cuenta la entrevista realizada, así como los datos objetivos del país de procedencia de la persona solicitante—; el acceso al recurso idóneo y efectivo —que, a su vez, implica la obligatoriedad de informar sobre el mismo a la autoridad administrativa—, y la duración razonable del proceso.

De nuevo, el estándar de la perspectiva de género en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada, así como el enfoque diferenciado, es enunciado por la CIDH en su Informe de 2020 sobre el debido proceso.²⁸ La CIDH es clara a la hora de determinar cómo ha de materializarse esta inclusión de la perspectiva de género en el procedimiento de determinación de persona refugiada. La autoridad competente deberá tener en

²⁷ CIDH, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 306.

²⁸ CIDH, Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada y apátrida, y el otorgamiento de protección complementaria, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 255, 5 de agosto de 2020, párr. 151.

El procedimiento administrativo de determinación del estatuto ...

cuenta los riesgos específicos, así como los efectos diferenciados que enfrentan las mujeres, hombres, niños, niñas, adolescentes y personas LGBTQIA+ en el contexto de la movilidad humana. En este sentido, es amplia la doctrina que viene defendiendo que las mujeres presentan especificidades en sus experiencias de refugio.²⁹ Estas especificidades tienen que ver con las violencias basadas en el género que sufren las mujeres, en general, y las refugiadas, en particular. Estas violencias condicionan no solo los elementos configuradores de la definición de persona refugiada de la Convención de Ginebra y de la Declaración de Cartagena, sino el procedimiento mismo de concesión del estatuto de protección.

En el Informe de 2020 sobre la situación que afecta de manera particular a las mujeres y niñas, la CIDH recuerda que es muy importante que miremos qué sucede respecto a las mujeres en situación de movilidad humana: se tiene que buscar mecanismos para considerar la situación en la que se encuentran y, por supuesto, hace una referencia muy importante a lo que implica la trata de personas.

La CIDH es clara al determinar que un procedimiento de determinación de protección de persona refugiada sin la implementación de la perspectiva de género creará obstáculos en el acceso a mujeres y niñas a dicha figura de protección y, por tanto, podrá generar factores de revictimización que afecten de manera directa a sus derechos.

Como conclusión y recomendación, en ese informe, la CIDH exhorta a los Estados miembros a “Incorporar la perspectiva de género a partir de un enfoque interseccional en todos los momentos procesales, procesos y políticas, teniendo en cuenta los distintos contextos y situaciones a través de los cuales los procesos de reconocimiento y protección pueden potencializar vulnerabilidades a las cuales las personas solicitantes pueden estar expuestas”.³⁰

²⁹ Zamora Gómez, Cristina María, *Violencia contra las mujeres y refugio. Estudio de la concesión del estatuto de refugiada desde una perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 25-27; Sánchez Sánchez, Zulima, *The right to asylum in Europe: innovation of asylum procedures*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2018.

³⁰ CIDH, Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada..., *cit.*, párr. 395.8. Ya en su informe sobre

La CIDH también publicó en 2020 la Resolución 001, donde recuerda las recomendaciones que el SIDH ha formulado para el ejercicio de derecho de las mujeres en contexto de movilidad humana. Esta resolución también incorporó la perspectiva de género e interseccional que considera la edad, la raza, la condición de movilidad humana, teniendo en cuenta la distinción de circunstancias y situaciones que contextualizan la vulnerabilidad a la que las mujeres están expuestas.³¹

En este sentido, es importante observar que el refugio tiene complejidades. Por esta razón, es valioso el aporte de género, mujeres y diversidades sexo-genéricas que permiten la intersección entre clase, etnia, procedencia, identidad sexual. En este sentido, la incorporación del enfoque de derechos humanos y del enfoque de género va a evitar generalizaciones que obvian las especificidades de las mujeres en contextos de refugio.

4.2. La vocación transformadora de la Corte IDH como efecto real para mitigar la violencia contra las mujeres en el procedimiento de determinación del estatuto de refugiada. Estudio de estándares por ejes temáticos

La vocación transformadora de la Corte IDH tiene por objetivo llevar a cabo una reparación integral en su sentido más amplio. Así, además de reparar los daños sufridos por las víctimas de violaciones graves a derechos humanos en los casos concretos, también implica la obligación de reparar en el sentido de componer la sociedad y el Estado, para que dichas violaciones, generadoras de responsabilidad internacional, no se vuelvan a repetir.

la violencia y discriminación contra las mujeres, niñas y adolescentes, de 2019, la CIDH entendió la perspectiva de género como un concepto que visibiliza la posición de desigualdad y subordinación estructural de las mujeres y niñas a los hombres, debido a su género, y como una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres, así como contra las personas con diversidad sexual y de género, de conformidad con los estándares interamericanos en la materia.

³¹ *Ibidem*, párr. 61.

El procedimiento administrativo de determinación del estatuto ...

Este enfoque transformador supone, en primer lugar, que la Corte IDH toma en cuenta las razones estructurales que dieron origen a la violación de derechos humanos con la finalidad de transformarlas. En segundo lugar, se trata de reconocer la situación de discriminación estructural previa que sufren las refugiadas en general. En este sentido, el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará expresa la obligación de los Estados de prestar especial atención, en la adopción de medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, a “la situación de vulnerabilidad de la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada”.³² Por último, los efectos deberán ser no solo restitutorios, sino correctivos.

Cabe preguntarnos cuáles son los estándares en materia de derechos humanos de las mujeres sobre el procedimiento de determinación del refugio desarrollados por la Corte IDH y comprobar hasta qué punto Colombia y Perú los aplican. Siguiendo la propuesta de Garbay, haremos una revisión exhaustiva de cómo la Corte IDH ha desarrollado la perspectiva de género a través de su labor consultiva y jurisdiccional.³³

4.2.1. Garantías de no discriminación en procesos administrativos de naturalización

Opinión consultiva 4/1984

Esta opinión consultiva (OC) es la primera en la que la Corte se pronuncia sobre la perspectiva de género en el contexto de la movilidad humana. La consulta fue realizada por Costa Rica y correspondió a una propuesta de modificación a la Constitución

³² OEA, Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, 1994, art. 9.

³³ Garbay Mancheno, Susy, “El femi(ni)cidio como expresión de dominio patriarcal”, en Benavides Llerena, Gina Morela y Chávez Núñez, María Gardena (eds.), *Horizonte de los derechos humanos Ecuador 2012*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Programa Andino de Derechos Humanos, 2013, pp. 243-256 y 250.

Política del país relacionada con la naturalización. La Corte IDH ya planteó la revisión de los estándares de las normas que se fijan en la Constitución de Costa Rica para alcanzar la naturalización. La relación de esta OC con la perspectiva de género radica en que las mujeres que adquirirían la naturalización o la nacionalidad costarricense, para hacerlo, debían renunciar a su otra nacionalidad, requisito que solo se exigía a las mujeres y no a hombres.

En este contexto, la Corte IDH se apoyó en el artículo 24 de la CADH y planteó que dicha norma es discriminatoria y que estaría afectando a la igualdad entre personas y derechos.³⁴

4.2.2. Respeto al principio de igualdad y no discriminación

Opinión consultiva 18/2003

Esta OC, solicitada por México, se refiere a la condición jurídica de las personas migrantes indocumentadas. No cuestionó la incorporación de la perspectiva de género de forma directa, sin embargo, tiene uno de los mayores aportes en cuanto a la igualdad. La Corte IDH puso en evidencia que el principio de igualdad y no discriminación es una norma del *ius cogens* en el marco internacional.³⁵ Al expresar este estatus de norma imperativa, la Corte IDH reconoció que los Estados, al analizar el procedimiento de determinación de refugio, deben incorporar el principio de igualdad y no discriminación. El mensaje que envió la Corte IDH es que los Estados están obligados a cumplir con las cuestiones necesarias para alcanzar *de facto* la igualdad y no discriminación entre las personas. En esta OC también marcó la diferencia entre los conceptos de “discriminación” vs. “distinción” y estableció que esta última, que garantiza la igualdad real y que tiene un sobreimpacto en las personas migrantes y refugiadas, tiene que

³⁴ Corte IDH. OC-4/84 Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva de 19 de enero de 1984. Serie C, núm. 4, párr. 54.

³⁵ Corte IDH. OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva de 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, p. 40.

El procedimiento administrativo de determinación del estatuto ...

ser objetiva, razonable y proporcional, es decir, debe estar guiada por la aplicación del principio *pro personae*.³⁶

Caso Vélez Loor vs. Panamá, 2010

En esta sentencia emblemática en materia de detención migratoria, la Corte estableció estándares en materia de garantías judiciales del artículo 8.1 de la CADH, tanto para los procedimientos migratorios como para las sanciones impuestas en caso de infracción administrativa;³⁷ sin embargo, no menciona el principio de igualdad sexo-genérica.³⁸

Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, 2001

La Corte IDH estableció que las garantías judiciales mínimas, entre las que se encuentra el debido proceso, deben ser respetadas en todo acto estatal relacionado con la determinación de derechos de los individuos y que no están restringidas a los procedimientos de naturaleza penal.³⁹

4.2.3. Profundización de estándares

Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 2013

En esta sentencia, la Corte hizo un análisis muy exhaustivo del alcance del derecho de asilo y refugio establecidos en los artículos 22.7 y 22.8 de la CADH; sin embargo, no hizo mención de la perspectiva de género. En este caso, una familia peruana con estatus

³⁶ *Ibidem*, p. 25.

³⁷ Para un estudio detallado en materia de derecho administrativo sancionador del SIDH véase el capítulo primero de la segunda parte de esta obra.

³⁸ Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 218, párr. 60.

³⁹ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71, párrs. 68-71.

de personas refugiadas fue expulsada por el Gobierno de Bolivia sobre la base de que entraron de forma irregular al territorio. La Corte desarrolla estándares en materia de garantías procesales en el marco de determinación de persona refugiada, para lo cual se ampara en la lectura conjunta de los artículos 22.7 (derecho de buscar y recibir asilo) y 25 (derecho al debido proceso).⁴⁰

Esta reflexión deviene en obligaciones específicas para los Estados relacionadas con los artículos 8, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención:⁴¹

- 1) garantizar un intérprete competente; asesoría legal; recibir orientaciones necesarias para el buen entendimiento del procedimiento, que ha de seguirse en lenguaje y modo que puedan comprender los solicitantes; oportunidad de ponerse en contacto con un representante del ACNUR;
- 2) la solicitud debe examinarse con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal;
- 3) las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa;
- 4) el procedimiento de asilo debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad;
- 5) si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre cómo recurrir tal decisión y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada, y
- 6) el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca

⁴⁰ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia...*, cit., párr. 154. Salmón, Elizabeth y Blouin, Cécile, “The Standards of the Inter-American System of Human Rights regarding Migration and its impact on the States of the region”, en *Almost Magical Transformations on the Ground: How the Inter-American Human Rights System and Ius Constitutionale Commune impact on Latin-America*, Oxford, Oxford University Press, 2021, en prensa.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia...*, cit., párr. 159.

El procedimiento administrativo de determinación del estatuto ...

en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada.

Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, 2005

El caso se refiere a la responsabilidad internacional de República Dominicana por la negación de la emisión de actas de nacimiento a favor de dos niñas a través de las autoridades del Registro Civil, lo que conllevaba la falta de reconocimiento de la nacionalidad, por lo que las niñas estaban expuestas al peligro inminente de ser expulsadas del país y no podían ingresar a la escuela, por carecer de un documento de identificación.⁴²

La Corte IDH hizo una referencia tangencial a la obligación de recurrir a la perspectiva de género en el procedimiento de determinación de nacionalidad y ante posibles casos de apatridia, debido a que la condición de niñas y mujeres constituye un factor de vulnerabilidad que las coloca en una situación de desigualdad desproporcionada que puede afectar en mayor medida sus derechos.⁴³

Opinión consultiva 21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, 2014

La Corte IDH hizo referencia a la especial situación de vulnerabilidad de las niñas y niños migrantes y reconoce su titularidad del derecho a solicitar y recibir asilo, así como presentar la solicitud de reconocimiento de la condición de persona refugiada en nombre propio, siendo indiferente que se encuentren o no acompañados de un adulto.⁴⁴

⁴² Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130, párr. 17.

⁴³ *Ibidem*, párr. 155.

⁴⁴ Corte IDH. OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión consultiva de 19 de agosto de 2014. Serie A, núm. 21, párr. 80.

Vemos cómo la Corte IDH reconoce la obligación que tienen los Estados de incluir la perspectiva de género, así como establecer medidas diferenciadas de acuerdo con las necesidades de la población que se encuentran en contexto de movilidad humana, en este caso, a la luz del interés superior del menor. Así, en cuanto a lo que implica el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como refugiados, la Corte plantea la necesidad de reconocer las formas peculiares de persecución que sufren, así como la necesidad de que se defina su estatus de persona refugiada a la luz de la categoría de género.⁴⁵ La Corte IDH establece que los niños, niñas y adolescentes se enfrentan a condiciones de vulnerabilidad, y estas situaciones ameritan medidas de protección; sin embargo, dichas medidas no pueden ser generalizadas, sino que deben responder a las situaciones particulares que viven cada uno de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en este contexto de movilidad y, desde ahí, para poder dar esta respuesta diferenciada, es muy importante mirar la perspectiva de género: cómo su género y otras categorías interseccionales les pueden ubicar en una posición de mayor vulnerabilidad.⁴⁶

Otro de los aportes que la Corte IDH hace en esta OC es la necesidad de implementar la definición de persona refugiada a partir de la Declaración de Cartagena de 1984, que va a complementar la definición dada por la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo Adicional de 1967.⁴⁷

También, la Corte recuerda que es obligación de los Estados que sus agentes que trabajen en contextos de movilidad humana sean profesionales especialistas en la perspectiva de género, para así cumplir con las garantías procedimentales mínimas acordadas con el principio del interés superior del menor y su protección integral. Ello también incluye que la entrevista se realice en un idioma que la niña o el niño pueda comprender; que se centre en las niñas y niños, sea sensible al género y asegure su participación; que el análisis tome en cuenta la seguridad y la posible reunificación familiar; que reconozca la cultura de la niña o niño

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 69.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 80.

⁴⁷ *Ibidem*, párrs. 76-78.

El procedimiento administrativo de determinación del estatuto ...

y considere su rechazo a pronunciarse en presencia de adultos o familiares; que se provea de un intérprete en caso de ser necesario; que cuente con personal altamente calificado para tratar con niñas y niños y brinde las facilidades adecuadas; que provea asesoría legal en caso de ser requerida; que brinde información clara y entendible sobre los derechos y obligaciones que tiene la niña o el niño y sobre la continuación del procedimiento.⁴⁸

Opinión consultiva 25/18, La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección, 2018

En esta OC la Corte recuerda que el derecho de asilo conlleva una doble obligación para los Estados: en primer lugar, la de ejercer protección sobre la persona que obtiene el estatuto; en segundo lugar, la de no entregar a dicha persona a un Estado donde existe un riesgo inminente sobre su vida.⁴⁹ Respecto a la obligación referida al principio de *non refoulement*, requiere del Estado de acogida la realización de un examen individual y preliminar del riesgo de devolución.

La Corte IDH señala que el derecho a buscar y recibir asilo va más allá de una prerrogativa estatal y debe ser reconocido como tal, a partir de medidas legislativas que permitan la realización efectiva de tal derecho, de conformidad con el artículo 22.7 de la CADH.⁵⁰ En esta OC, la Corte dota de contenido a los derechos al debido proceso en el procedimiento administrativo de determinación de refugio, entre otros:

- a) La incorporación del enfoque de derechos humanos a las garantías del debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada para que sean justos y eficientes.⁵¹

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 85.

⁴⁹ Corte IDH. OC-25/18..., *cit.*, párrs. 42 y 65.

⁵⁰ *Ibidem*, párrs. 122-132. Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, IDEHPUCP, 2012.

⁵¹ Corte IDH. OC-25/18..., *cit.*, párrs. 42 y 98.

- b) La Corte recuerda que el derecho a buscar y recibir asilo bajo el estatuto de refugiado, reconocido en los artículos 22.7 de la CADH y XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, leídos en conjunto, suponen, entre otras, las obligaciones estatales de: brindar acceso efectivo a un procedimiento justo y eficiente para la determinación de la condición de refugiado; asegurar las garantías mínimas de debido proceso en procedimientos justos y eficientes para determinar la condición o estatuto de refugiado, y adaptar los procedimientos a las necesidades específicas de las niñas, niños y adolescentes.

V. IMPLEMENTACIÓN DE LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS EN LOS PROCEDIMIENTOS NACIONALES DE DETERMINACIÓN DE PERSONA REFUGIADA

5.1. El eje de la exclusión vs. inclusión de las personas refugiadas en las constituciones colombiana y peruana

El discurso de la exclusión es uno de los ejes centrales en el constitucionalismo transformador latinoamericano.⁵² En este epígrafe haremos un breve recorrido por dicho discurso respecto a las refugiadas en las constituciones colombiana y peruana.

La Constitución Política de Colombia reconoce que todos los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional gozan de los mismos derechos fundamentales que los otorgados a los nacionales. Respecto a la migración en situación regular, Colombia ha creado algunos instrumentos para regularizar la población venezolana, incluido el Permiso Especial de Permanencia (PEP), que tiene una vigencia de dos años, en algunos casos con posibilidad de renovación. Con el PEP, la población migrante venezolana puede acceder a la salud, a la educación y al mercado laboral. En cuanto a la migración en situación irregular, solo pueden acceder a los servicios de salud de emergencia y a la educación básica y

⁵² Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio de 2015, p. 10.

secundaria. La exclusión es evidente para las personas críticamente enfermas que no tienen acceso al sistema de salud.⁵³ Por su parte, la Constitución peruana establece el derecho a la igualdad de todas las personas, pero no hace mención expresa a las personas migrantes.

Colombia, de ser un Estado que ha expulsado personas, se convirtió en Estado de recepción debido al flujo de personas venezolanas, e igual ha pasado en el contexto peruano. Estas sociedades están marcadas por el patrón patriarcal y machista. Los reportes de estos Estados dan cuenta de que las mujeres siguen siendo víctimas de violencia de género en situación extrema.⁵⁴ Otro problema es que la violencia está naturalizada y difícilmente las mujeres se atreven a denunciar. Si vinculamos este hecho con la movilidad humana, vemos que existe carencia de medidas de protección por parte de los Estados que velen por el cumplimiento de una vida libre de violencia de las mujeres que están en situación de refugio.

5.2. Cláusulas de apertura del ordenamiento jurídico nacional al derecho internacional: los procedimientos de determinación del estatuto de refugiada

5.2.1. Colombia

La norma que regula el procedimiento de determinación de refugiada es el Decreto 2840 de 2013,⁵⁵ que fue reacondicionado en

⁵³ Vera-Espinoza, Marcia Alejandra *et al.*, *Migrants and Refugees in Latin America during COVID-19: An Inclusion/Exclusion Spectrum of Social Protection*, Comparative Migration Studies, 2021, en prensa.

⁵⁴ Blouin, Cécile *et al.*, *Las mujeres migrantes y refugiadas venezolanas y su inserción en el mercado laboral peruano: dificultades, expectativas y potencialidades*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020; Clérico, Laura y Novelli, Celeste, “La violencia contra las mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, año XII, núm. 1, 2014, pp. 15-70.

⁵⁵ Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Decreto 2840 de 2013, publicado en el *Diario Oficial* núm. 48.996, de 6 de diciembre de 2013, Por

un “Reglamento Único” del servicio de relaciones internacionales, que es un decreto de 2015, el Decreto 1067 de 2015.⁵⁶

Según el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 2840, la encargada de recibir, tramitar y estudiar las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiada es la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado (CONARE). Esta Comisión deberá estar integrada según dispone el artículo 2.2.3.1.2.2., que nada dice sobre integración paritaria en función del sexo.

La CONARE es la encargada de entrevistar a las solicitantes de asilo de acuerdo con el artículo 2.2.3.1.2.4. Teniendo en cuenta que el decreto no dice nada sobre la composición paritaria de dicha Comisión, podría entenderse que no respeta la perspectiva de género como garantía en el procedimiento de determinación de refugiada. Sin embargo, la legislación colombiana salva este escollo en el artículo 2.2.3.1.6.4 del Decreto 2840:

Solicitud de refugio presentada por mujeres. “Cuando la solicitud sea presentada por mujeres acompañadas por familiares hombres, se les informará de manera privada de su derecho de presentar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado independiente. Si la solicitud la han presentado en las fronteras, puertos o aeropuertos del país, se les otorgará la posibilidad de recibir asesoría antes de presentar su solicitud o antes de la ampliación de la misma.

Las mujeres solicitantes podrán ser entrevistadas por funcionarias e intérpretes femeninas quienes contarán con la capacitación pertinente y, en todo caso, serán informadas de esta posibilidad”.

Vemos cómo la normativa nacional colombiana en materia de procedimiento de determinación de refugiada cumple con las garantías del debido proceso en materia de igualdad de géne-

el cual se establece el Procedimiento para el Reconocimiento de la Condición de Refugiado, se dictan normas sobre la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado y otras disposiciones.

⁵⁶ Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Decreto 1067 de 2015, publicado en el *Diario Oficial* núm. 49.523, de 26 de mayo de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores.

El procedimiento administrativo de determinación del estatuto ...

ro.⁵⁷ Además, este artículo se complementa con el 2.2.3.1.6.5., referido a la solicitud hecha por niños, niñas y adolescentes:

En casos de niños, niñas y adolescentes solicitantes de la condición de refugiado, se pondrá en conocimiento al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), el cual podrá designar un funcionario que velará por la protección de los derechos del niño, niña o adolescente durante todas las etapas del procedimiento, conforme a las disposiciones vigentes, en especial a las contenidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

En los casos de niños, niñas o adolescentes acompañados por sus padres o quienes ejerzan la patria potestad, estos actuarán como representantes en las gestiones ante el Ministerio de Relaciones Exteriores. En los demás casos, el ICBF representará a los niños, niñas o adolescentes durante todo el trámite.⁵⁸

Durante el trámite de reconocimiento de la condición de refugiado se velará por la protección del interés superior del niño, niña o adolescente.

La legislación colombiana hace suyo el mandato transformador de la Corte IDH delimitado en su OC-21/14, donde la Corte plantea la necesidad de reconocer las formas peculiares de persecución que sufren, así como la necesidad de que se defina su estatus de persona refugiada a la luz de la categoría de género.⁵⁹

Este recorrido legislativo culmina con el principio de no discriminación expuesto en el artículo 2.2.3.1.6.16., que insta a que ninguna de las anteriores disposiciones de este capítulo serán aplicadas a los solicitantes de la condición de refugiado y a los refugiados sin discriminación por motivos de raza, género, religión, opinión política, nacionalidad o pertenencia a determinado grupo social, situación diferencial o cualquier otra condición.

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia...*, cit., párr. 159.

⁵⁸ Hernández, Lucía, *El refugio: una figura decorativa en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2020.

⁵⁹ Corte IDH. OC-21/14..., cit., párr. 69.

5.2.2. Perú

Perú ha incluido en su legislación nacional sobre el refugio la definición ampliada de Cartagena, al hilo de la OC-25/18 de la Corte IDH. Perú ratificó la Convención de 1951 en 1964 y el Protocolo de Nueva York en 1983. Además, adoptó el derecho constitucional del asilo en su Constitución de 1993 y no fue hasta el año 2002 cuando incorporó la definición ampliada de persona refugiada de Cartagena, en el artículo 3 de la Ley 27891 (Ley del Refugiado)⁶⁰ y su reglamento, el año siguiente.⁶¹

Al igual que sucede en el caso colombiano, la autoridad que dirime sobre el reconocimiento del estatus de persona refugiada es una Comisión, la Comisión Especial para los Refugiados (CEPR), que, tal como dispone el artículo 7 de la Ley del Refugiado, “[...] es el órgano encargado de recibir, estudiar, procesar, resolver lo correspondiente a la solicitud de reconocimiento de refugio y revisar periódicamente las calificaciones; decide sobre el tratamiento, y la aplicación del estatuto a que tiene derecho el así declarado y vela por que todas las entidades intervinientes en materia de refugio cumplan con los acuerdos contenidos en

⁶⁰ Ley núm. 27891, Ley del Refugiado, publicada el 23 de diciembre de 2002 en el *Diario Oficial El Peruano*. Se considera como refugiado: a) A la persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. b) A la persona que se ha visto obligada a huir de su país de nacionalidad o de residencia habitual por causa de la violación masiva de los derechos humanos, agresión extranjera, conflicto interno, ocupación o dominación extranjera; o en razón de acontecimientos que perturben gravemente el orden público. c) A la persona que encontrándose legalmente en el territorio de la República, debido a causas sobrevinientes surgidas en su país de nacionalidad o de residencia, no puede o no quiere volver a dicho país debido al temor de sufrir persecución de acuerdo al inciso a) del presente artículo.

⁶¹ Decreto Supremo núm. 119-2003-RE, publicado el 14 de octubre de 2003 en el *Diario Oficial El Peruano*. Berganza, Isabel; Blouin, Cécile y Feline, Luisa, *op. cit.*

El procedimiento administrativo de determinación del estatuto ...

los instrumentos internacionales signados por el Perú”. Y al igual que sucedía en el supuesto colombiano, la norma no prevé que la composición de la CEPR esté formada de manera paritaria.

En Perú el procedimiento es de naturaleza administrativa. La decisión sobre la condición de refugiado comienza con la entrevista a la persona solicitante por el secretario ejecutivo de la Comisión Especial o su representante, que tampoco prevé que sea una mujer para el caso de que la solicitud esté presentada por una solicitante. Luego de ello, la Secretaría Ejecutiva prepara un informe jurídico de opinión de elegibilidad para presentar a la CEPR. La fase de entrevista en este procedimiento no se ajusta a las exigencias de la Corte IDH examinadas en la OC-21/14, que conmina a los Estados a que los empleados públicos que interroguen a las personas refugiadas tengan formación especializada y apliquen un enfoque de género e infancia.

La CEPR se reúne una vez al mes como mínimo para examinar los casos y decidir si se reconoce o no la condición de refugiado. Con la presencia de por lo menos tres miembros la reunión es válida. Se busca adoptar decisiones por consenso o, en su defecto, por mayoría. La decisión final debe ser motivada (art. 25 del Reglamento) y constar en una resolución vinculante para los demás sectores del Estado. Este procedimiento cumpliría con la garantía del debido proceso enunciada en el caso *Pacheco Tineo*, de acuerdo con el cual las decisiones deberán estar fundamentadas.

La decisión denegatoria fundamentada puede ser impugnada vía reconsideración o apelación, tal como dispone el artículo 27 del Reglamento, y consiste en garantizar el recurso a la revisión o apelación del principio al debido proceso referido también por la Corte IDH en el caso *Pacheco Tineo*.

VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

En la región no existe un único procedimiento establecido a nivel internacional para la determinación del estatuto de refugiada. Esta ausencia supone, *a priori*, diferentes enfoques por parte de los Estados de la región que, en ocasiones, conlleva cierta opacidad.

Conviene recordar que el fenómeno de la movilidad humana desde el SIDH no ha sido siempre abordado desde un enfoque de derechos humanos, sino desde un enfoque securitista de los derechos humanos.⁶² Los Estados miran al refugio desde la necesidad de garantizar la seguridad nacional, y miran a las personas refugiadas como un problema que debe ser atendido desde el ámbito penal, desde el ámbito punitivo. El aporte del derecho internacional de los derechos humanos es poder establecer ciertos límites e incorporar la perspectiva de derechos humanos en los contextos de migración: los Estados han adquirido obligaciones en materia de derechos humanos que han hecho que el debate o la visión en materia de refugio tenga también un enfoque de derechos humanos que se encamina necesariamente a un enfoque de género. En este sentido, creemos que existen dos grandes aportes de la incorporación de la perspectiva de género en el SIDH que evidencian las condiciones particulares que experimentan las mujeres en contexto de refugio: por una parte, permite la implementación de normas y políticas públicas de respuesta al refugio que estén dispuestas a alcanzar una respuesta de protección integral, lo que significa que se van a respetar los derechos humanos de las mujeres, y, por otra parte, se van a cumplir las obligaciones estatales en materia de garantía de los derechos humanos.

En la labor de encontrar prácticas homogéneas que garanticen por igual el derecho de asilo en la región, el SIDH ha venido desarrollando estándares en materia del debido proceso que han calado en los ordenamientos internos, en mayor o menor medida, en las legislaciones sobre el procedimiento de determinación. Estos principios serían: la inclusión ampliada de la definición de Cartagena a las legislaciones nacionales; la inclusión de una perspectiva de género y de infancia al procedimiento que conlleve, por una parte, la posibilidad de que las entrevistas a las refugiadas sean llevadas a cabo por mujeres profesionales y/o por profesionales especializados en la materia. Como cuestión de *lege ferenda*, nos resulta apropiado inducir a que los órganos decisorios en el procedimiento de determinación del estatuto estén integrados de forma paritaria. Otro de los principios enunciados por el SIDH es la posibilidad de acceder a un intérprete por parte de la

⁶² Blouin, Cécile y Zamora Gómez, Cristina María, *op. cit.*

El procedimiento administrativo de determinación del estatuto ...

persona solicitante; que se le dé la opción de una asesoría legal, labor que en ocasiones protagoniza el propio ACNUR. También el examen de la solicitud deberá estar fundamentado y se deberá garantizar la protección de datos de la persona solicitante en todo momento.

Como hemos visto, los procedimientos nacionales examinados en este capítulo guardan la mayoría de las garantías enunciadas por el SIDH; sin embargo, es llamativo que aún no haya una adecuada cláusula de apertura en materia de género en el procedimiento peruano.

En este sentido, podemos deducir que nos encontramos ante un incipiente *Ius Constitutionale Commune* para América Latina en materia de procedimiento de concesión de refugio con perspectiva de género y garantías del debido proceso.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Luis Enrique, *Mujeres migrantes contra la violencia en el mundo del trabajo: venezolanas viviendo y trabajando en Lima, Perú*, Lima, CHS-GAATW, 2019.

BERGANZA, Isabel; BLOUIN, Cécile y FELINE, Luisa, “La aplicación de la definición de Cartagena a las personas venezolanas en el Perú”, *Documento de Discusión Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico*, DD1805, 2018.

BLOUIN, Cécile (coord.), *Estudio sobre el perfil socio económico de la población venezolana y sus comunidades de acogida: una mirada hacia la inclusión*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú-PADF, 2019.

BLOUIN, Cécile *et al.*, *El desplazamiento de personas venezolanas en América Latina y la definición de persona refugiada de Cartagena*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020.

BLOUIN, Cécile *et al.*, *Las mujeres migrantes y refugiadas venezolanas y su inserción en el mercado laboral peruano: dificultades*,

expectativas y potencialidades, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020.

BLOUIN, Cécile y ZAMORA Gómez, Cristina María, “Institutional and social xenophobia towards Venezuelan migrants in the context of a racialized country: the case of Peru”, IMISCOE-International Migration Research Network, 2021.

BOGDANDY, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio de 2015.

BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

CLAVIJO, J., “Consideraciones sobre la (re)configuración de la condición de refugiado”, *Revista de Temas de Antropología y Migración*, núm. 10, diciembre de 2018.

CLÉRICO, Laura y NOVELLI, Celeste, “La violencia contra las mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, año XII, núm. 1, 2014.

COS-MONTIEL, Francisco, “Eliminar la violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe: objetivo imprescindible para el desarrollo sostenible, la igualdad y la paz”, *Análisis Carolina*, núm. 19, 2019.

GARBAY MANCHENO, Susy, “El femi(ni)cidio como expresión de dominio patriarcal”, en BENAVIDES LLERENA, Gina Morela y CHÁVEZ NÚÑEZ, María Gardenia (eds.), *Horizonte de los derechos humanos Ecuador 2012*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Programa Andino de Derechos Humanos, 2013.

GOODWIN-GILL, Guy y MCADAM, Jane, *The Refugee in International Law*, Toronto, Oxford University Press, 2007.

El procedimiento administrativo de determinación del estatuto ...

- HERNÁNDEZ, Lucía, *El refugio: una figura decorativa en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2020.
- LETTIERI, Martín (ed.), *Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Lanús, 2012.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina”, en BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del *Ius Constitutionale Commune*”, México, UNAM, 2014.
- SALMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, IDEHPUCP, 2012.
- SALMÓN, Elizabeth y BLOUIN, Cécile, “The Standards of the Inter-American System of Human Rights regarding Migration and its impact on the States of the region”, en *Almost Magical Transformations on the Ground: How the Inter-American Human Rights System and Ius Constitutionale Commune impact on Latin-America*, Oxford, Oxford University Press, 2021, en prensa.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Zulima, *The right to asylum in Europe: innovation of asylum procedures*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2018.
- TRUJILLO, Eduardo, “Calificar a los migrantes venezolanos como desplazados en el extranjero podría reducir la protección a estas personas”, Caracas, Crisis en Venezuela, 2020.
- Universidad Católica Andrés Bello, *El espejismo del retorno: violaciones a los derechos de los retornados a Venezuela durante la pandemia de COVID-19*, Caracas, UCAB-Centro de Derechos Humanos, 2020.

CRISTINA MARÍA ZAMORA GÓMEZ

VEDSTED-HANSEN, Jens *et al.* (eds.), *The Refugee Law Reader*, Budapest, Hungarian Helsinki Committee, 2014.

VERA-ESPINOZA, Marcia Alejandra *et al.*, *Migrants and Refugees in Latin America during COVID-19: An Inclusion/Exclusion Spectrum of Social Protection*, Comparative Migration Studies, 2021.

ZAMORA GÓMEZ, Cristina María, *Violencia contra las mujeres y refugio. Estudio de la concesión del estatuto de refugiada desde una perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.