

**Buena práctica 3. No rechazo en frontera.
No penalización por entrada o presencia ilegales**

Buena práctica 3

La legislación nacional prescribe que no se rechazará en frontera al solicitante y que no se le penalizará por entrada o presencia ilegales

Las autoridades tienden en ocasiones a eludir el artículo 31 de la Convención de 1951 (no penalización por entrada o presencia ilegales), con el pretexto de que la ley doméstica debe reiterar que a quien se reconozca como refugiado no se le impondrán sanciones penales ni administrativas, por motivos vinculados con el ingreso ilegal o presencia ilegal en el país para solicitar la condición de refugiado.

El rechazo de un solicitante en frontera o en el puesto de entrada al país violenta el principio de *non-refoulement*.

Buena práctica 3. No rechazo en frontera. No penalización por entrada o presencia ilegales

A continuación abordaremos buenas prácticas legislativas acerca de dos principios: La prohibición del rechazo en frontera y la no penalización por entrada o presencia ilegales. El lector puede consultarlas en detalle en los cuadros anexos 5, 6, 7, 9 bis y 17 bis.

Varias legislaciones latinoamericanas expresamente decretan que el principio de no devolución supone la prohibición de rechazo en frontera (cuadro 5 anexo).

Leemos en el artículo 6 del Reglamento de 2011 de la Ley No. 20.430 (Chile):

“El principio de no devolución se aplicará desde el momento en que el extranjero manifieste de forma oral o escrita ante la autoridad contralora de frontera o el Departamento de Extranjería y Migración o Gobernaciones Provinciales, su intención de formalizar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado“.

(Cuadro 5 anexo)

Consultemos la Ley brasileña nº 9.474, de 22 de julio de 1997:

“Art. 8º El ingreso irregular en territorio nacional no constituye impedimento para el extranjero solicitar refugio a las autoridades competentes.

Art. 9º La autoridad a quien fuera presentada la solicitud deberá oír el interesado y preparar el término de declaración, que deberá contener las circunstancias relativas a la entrada en Brasil y a las razones que le hicieron dejar su país de origen.

Art. 10. La solicitud, presentada a las condiciones previstas en los artículos anteriores, **suspenderá cualquier procedimiento administrativo o criminal** por la entrada irregular, instaurado en contra del peticionario y de personas de su grupo familiar que lo acompañen”.

(Cuadro 7 anexo)

También estas páginas examinarán la relación entre

- a) el principio de no penalización por entrada o presencia ilegales de solicitantes de la condición de refugiado, y
- b) el artículo 5 del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) (en adelante, el Protocolo contra el Tráfico), artículo titulado “responsabilidad penal de los migrantes”, y a cuyo tenor los migrantes “no estarán sujetos a enjuiciamiento penal” por el hecho de haber sido objeto de tráfico ilícito de migrantes u otras conductas enunciadas en el artículo 6 del Protocolo.

Para efectos de estas páginas, *no criminalización* de los migrantes –expresión tomada de los trabajos preparatorios del Protocolo contra el Tráfico, como se dirá luego- equivale en ocasiones a *no enjuiciamiento penal*, en ocasiones a *no penalización*.

En su momento se explicará cuáles son las razones para estimar que -en casos evidentes o cuando la investigación previa al inicio del proceso penal así lo aconseje- el

Buena práctica 3. No rechazo en frontera. No penalización por entrada o presencia ilegales

artículo 5 del Protocolo contra el tráfico impide el “enjuiciamiento penal” y, en otros casos, es una disposición sobre no penalización.

En términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la prohibición de devolución constituye a la vez la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas o asiladas y de las personas solicitantes de asilo”, y las personas protegidas por el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “no pueden ser rechazadas en la frontera” (caso *Pacheco Tineo contra Bolivia*, 2013, cuadro 9 bis anexo).

La Declaración de Brasil (2014) subraya “los desarrollos de la jurisprudencia y la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los países en que se aplican, respecto del contenido y alcance del derecho a solicitar y recibir asilo incluido en los instrumentos regionales de derechos humanos, su vinculación con los instrumentos internacionales sobre refugiados, el carácter *ius cogens* del principio de no devolución, **incluyendo el no rechazo en frontera** y la devolución indirecta, y la integración de las normas de debido proceso en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado para que éstos sean justos y eficientes” (cuadro 9 bis anexo).

En cuanto a la interceptación de solicitantes de asilo en aguas internacionales para no permitir que sus peticiones sean evaluadas en potenciales Estados de acogida, la Corte Interamericana de Derechos Humanos juzga que esta práctica es contraria al principio de no devolución, pues no permite evaluar los factores de riesgo concretos de cada persona (cuadro 17 bis anexo).

En la Opinión Consultiva N. 21 (2014) sobre derechos y garantías de menores, la Corte Interamericana de Derechos Humanos escribe: El “Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que “[las] obligaciones a cargo del Estado no podrán ser arbitraria y unilateralmente recortadas, sea mediante la exclusión de zonas o áreas del territorio del Estado, sea estableciendo zonas o áreas específicas que quedan total o parcialmente fuera de la jurisdicción del Estado”.

Miremos de cerca la Convención de 1951 (artículo 33.1):

“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 peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”¹.

El rechazo de un solicitante en frontera o en el puesto de entrada al país desconoce el principio de no devolución; lo expone al peligro de persecución, muy especialmente si se le devuelve al país de origen, o a un estado que a su vez lo entregue al país de origen. Es una buena práctica incorporar este principio a las legislaciones nacionales;

¹ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, citada.
Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0005>.

Buena práctica 3. No rechazo en frontera.

No penalización por entrada o presencia ilegales

de lo contrario no falta autoridad que sin fundamento pueda considerarlo “programático”, o reservado a una peregrina legislación interna de desarrollo.

El principio de *non-refoulement* (no devolución) abarca la prohibición del rechazo en frontera. Con alcances variables -según los diversos instrumentos que la establecen, alcances diferentes, a los que en ocasiones no prestamos atención detallada -la no devolución figura en la Convención de 1951, la Convención que Rige los Aspectos Específicos de Problemas de Refugiados en África de 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y otros numerosos tratados-. Su reiterada incorporación en convenciones y otros instrumentos internacionales y su carácter normativo fundamental lo hacen parte del derecho internacional consuetudinario².

Según la Declaración de Cartagena (conclusión quinta) el principio de no devolución, incluye la prohibición del rechazo en las fronteras, es piedra angular de la protección internacional de los refugiados” y norma imperativa de derecho internacional.

El caso *Pacheco Tineo* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013) examina el derecho de buscar y recibir asilo, la no devolución, las garantías del debido proceso en la determinación de la condición de refugiado, y las que debe guardar todo procedimiento susceptible de finalizar con la expulsión o deportación de un refugiado (cuadro 9 bis).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se había pronunciado en un informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en Canadá (2000) en los términos siguientes:

La “prohibición de devolución significa que cualquier persona reconocida como refugiado o que solicita reconocimiento como tal puede acogerse a esta protección para evitar su expulsión. Esto necesariamente implica que esas personas **no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones**”³.

La Comisión Interamericana de Derechos humanos reiteró ese criterio en *John Doe y otros contra Canada* (2011)⁴. Igualmente considera violatorio del derecho de asilo no permitir a los solicitantes de la condición de refugiado permanecer en el país hasta la finalización del procedimiento, y no asegurarse antes de deportar a un solicitante de que efectivamente podría solicitar asilo en el estado al cual se lo deporta:

² Consideración apoyada por la Declaración de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial, resoluciones de la Asamblea General de la Naciones Unidas y conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR: “The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases” 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93. Ver <http://www.refworld.org/docid/437b6db64.html>.

³ Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev.28 febrero 2000, párrafo 25. Énfasis agregado.

Ver <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Canada2000sp/canada.htm#A>. [Instrumentos Internacionales](#)

⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 78/11, Caso 12586, Fondo, John Doe y otros contra Canadá, 21 de julio de 2011, párrafo 111.

Ver <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/CAPU12586ES.doc>.

Buena práctica 3. No rechazo en frontera. No penalización por entrada o presencia ilegales

”(De) conformidad con el artículo XXVII de la Declaración Americana, cada Estado Miembro tiene la obligación de asegurar que cada solicitante de refugio tiene el derecho a procurar asilo en un territorio extranjero, ya sea este su propio territorio o el territorio de un tercer país al cual el Estado Miembro haya deportado al solicitante. En la medida que las leyes de refugiados del tercer país contengan impedimentos legales para que un solicitante determinado pida asilo, el Estado Miembro no podrá expulsar al demandante al tercer país. Para asegurar que está protegido el derecho de un solicitante a pedir asilo conforme al artículo XXVII, antes de enviar al solicitante a un tercer país, el Estado Miembro deberá realizar una evaluación individualizada del caso del refugiado, tomando en consideración todos los hechos conocidos del reclamo a la luz de las leyes de refugiados del tercer país. **Si hubiere alguna duda sobre la posibilidad del solicitante de buscar asilo en el tercer país, el Estado Miembro no podrá enviar al reclamante a ese tercer país**⁵.

Examinemos el cuadro 5.

La Ley de Migración boliviana (2013) señala:

“Artículo 26

I. La prohibición de ingreso al territorio nacional de una persona migrante extranjera, es la decisión administrativa por la que la autoridad migratoria, al efectuar el control migratorio, niega el ingreso por las causales establecidas en el parágrafo II del presente Artículo, ordenando su inmediato retorno al país de origen o a un tercer país que lo admita. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

(...)

III. Quedan exentas del cumplimiento de lo establecido en el parágrafo anterior, las personas solicitantes de refugio y víctimas de delitos de Trata y Tráfico de

Personas, además de las personas extranjeras que demuestren el vínculo familiar hasta el primer grado de consanguinidad, filiación, adopción o tutela legal con personas nacionales, debiendo como consecuencia subsanar los motivos o causas que hubiesen originado la prohibición de su ingreso, con excepción de lo dispuesto en los numerales 5, 6 y 7 del parágrafo II del presente Artículo”.

⁵ Informe 78/11, Caso 12586, Fondo, John Doe y otros contra Canadá, 21 de julio de 2011, párrafo 94. Ver <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/CAPU12586ES.doc>.

Énfasis agregado. Ver también párrafo 3:

“De acuerdo con la petición, las presuntas víctimas procuraron solicitar asilo en Canadá después de su arribo a Windsor, Canadá, un punto fronterizo de ingreso desde los Estados Unidos. Llegaron a ese lugar aproximadamente en abril, enero y agosto de 2003, respectivamente. Tras obtener fechas para regresar a Canadá para sus entrevistas, fueron devueltos a los Estados Unidos, donde fueron arrestados por las autoridades de inmigración y luego deportados a sus países de origen.”

Buena práctica 3. No rechazo en frontera. No penalización por entrada o presencia ilegales

Leemos en la Ley mexicana sobre Refugiados y Protección Complementaria de 2011, artículo 6:

“Ningún **solicitante** o refugiado podrá en modo alguno **ser rechazado en frontera** o devuelto **de cualquier forma** al territorio de otro país donde su vida peligre por los motivos señalados en el artículo 13 de esta Ley, o en donde existan razones fundadas para considerar que estaría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.”

Agrega el artículo 21 que

“**cualquier autoridad** que tenga conocimiento de la pretensión de un extranjero **de solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado**, deberá dar aviso por escrito y de manera inmediata a la Secretaría. El incumplimiento de lo anterior será sancionado conforme a las disposiciones aplicables en materia de responsabilidades de los servidores públicos”.

La vulnerabilidad de los menores de edad justifica incluir las buenas prácticas del cuadro 6.

Conforme a las leyes migratorias mexicana y costarricense, por ejemplo, no serán deportados menores no acompañados -según ambas- y no se rechazará en frontera a menores no acompañados ni se deportará a menores en general -según la segunda- .

México, Ley de Migración (2011):

“Artículo 120:

(...)

En el caso de niñas, niños y adolescentes **migrantes no acompañados** y el de víctimas o testigos de delitos cometidos en territorio nacional, **no serán deportados** y atendiendo a su voluntad o al interés superior para garantizar su mayor protección, podrán sujetarse al procedimiento de retorno asistido o de regularización de su situación migratoria”.

Costa Rica, Ley General de Migración y Extranjería (2009):

“Artículo 65:

(...)

En ningún supuesto podrán rechazarse personas menores de edad no acompañadas ni a las personas de las que no exista certeza de su mayoría de edad”.

“Artículo 185

(...)

Las personas menores de edad no serán sujetos a deportación, ni expulsión del territorio nacional, salvo en resguardo de su propio interés”.

Buena práctica 3. No rechazo en frontera.

No penalización por entrada o presencia ilegales

Es también buena práctica que las leyes nacionales reiteren la disposición de la Convención de 1951 (artículo 31.1)⁶ sobre no penalización por ingreso o presencia ilegales.

En nuestros países, por lo común, los tratados internacionales en materia de derechos humanos de que un Estado es parte son obligatorios en derecho interno, con independencia de que una ley nacional los desarrolle. Las autoridades migratorias o penales en ocasiones tienden sin embargo a ignorar dicho artículo 31.1 o pretextan que la ley doméstica debe reiterar el principio de no penalización por entrada o presencia ilegales.

Vamos al cuadro 7. Destaquemos que en Ecuador el principio se encuentra en el artículo 41 de la Constitución Política:

“No se aplicará a las personas solicitantes de asilo o refugio sanciones penales por el hecho de su ingreso o de su permanencia en situación de irregularidad.”

Son las necesidades de protección las que a menudo impulsan a un solicitante a recurrir a la ilegalidad para ingresar, permanecer o transitar por un país.

Panamá, Decreto Ejecutivo No. 23 de 10 de febrero de 1998:

“ARTÍCULO 25. El ingreso al país de forma ilegal o irregular de una persona que invoque la condición de refugiado **se considerará una acción realizada debido a la necesidad de solicitar y obtener protección**; por lo tanto no será motivo para su rechazo, devolución o deportación antes que se determine su condición.”

El Estatuto uruguayo del Refugiado de 2006 contempla *expresamente* la hipótesis del ingreso con documentos fraudulentos o falsificados (hipótesis contemplada por los propios redactores de la Convención de 1951):

“ARTICULO 12. (No rechazo en frontera).- Todo funcionario público, en ejercicio de funciones de control migratorio en un puesto fronterizo de carácter terrestre, marítimo, fluvial o aéreo, se abstendrá de prohibir el ingreso condicional al territorio nacional a toda persona que manifieste su intención de solicitar refugio. **Esta disposición se aplicará aun cuando el solicitante no posea la documentación exigible por las disposiciones legales migratorias o ésta sea visiblemente fraudulenta o falsificada**”.

⁶ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, citada. Artículo 31: “1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.” Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0005>.

Buena práctica 3. No rechazo en frontera. No penalización por entrada o presencia ilegales

La legislación brasileña destaca:

“El ingreso irregular en territorio nacional no constituye impedimento para el extranjero solicitar refugio a las autoridades competentes” (cuadro 7)

Brasil, Argentina, Uruguay, México, Chile, Costa Rica:

Solicitado el reconocimiento de la condición de refugiado se suspende cualquier procedimiento por entrada ilegal.

Brasil aporta desde 1997 una muy buena práctica. También se halla en las legislaciones argentina, uruguaya, y mexicana (en ésta solamente para procedimientos migratorios), y en reglamentos costarricense, ecuatoriano y chileno (en este último país lo que se suspende es la aplicación de las sanciones, ver cuadro 7 anexo). Es difícil exagerar su importancia si nos empeñamos en que la no penalización por entrada o presencia ilegales sea efectiva:

Solicitada la condición de refugiado se suspende cualquier procedimiento por entrada ilegal:

“Art. 8º El ingreso irregular en territorio nacional no constituye impedimento para el extranjero solicitar refugio a las autoridades competentes.

Art. 9º La autoridad a quien fuera presentada la solicitud deberá oír el interesado y preparar el término de declaración, que deberá contener las circunstancias relativas a la entrada en Brasil y a las razones que le hicieron dejar su país de origen.

Art. 10. La solicitud, presentada a las condiciones previstas en los artículos anteriores, **suspenderá cualquier procedimiento administrativo o criminal por la entrada irregular**, instaurado en contra del peticionario y de personas de su grupo familiar que lo acompañen.

§ 1º Si la condición de refugiado fuera reconocida, el procedimiento será archivado, desde que se demuestre que la infracción correspondiente fue determinada por los mismos hechos que justificaron dicho reconocimiento.

§ 2º Para efecto del dispuesto en el párrafo anterior, **la solicitud de refugio y la decisión sobre la misma deberán ser comunicadas a la Policía Federal, que las transmitirá al órgano en dónde tramitar el procedimiento administrativo o criminal.**”

En Argentina señala la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado (2006):

“ARTICULO 40. — No se impondrán sanciones penales o administrativas al solicitante de la condición de refugiado por motivo de ingreso ilegal al país, a condición de que se presente sin demora a las autoridades y alegue causa justificada de su ingreso o permanencia ilegal. La autoridad competente no aplicará otras restricciones de circulación que las estrictamente necesarias y

Buena práctica 3. No rechazo en frontera.

No penalización por entrada o presencia ilegales

solamente hasta que se haya regularizado la situación del solicitante en el país. En caso de que se haya iniciado causa penal o expediente administrativo por ingreso ilegal, **estos procedimientos serán suspendidos hasta que se determine por medio de resolución firme la condición de refugiado del solicitante.** En caso de reconocimiento de la condición de refugiado los procedimientos administrativos o penales abiertos contra el refugiado por motivo de ingreso ilegal serán dejados sin efecto, si las infracciones cometidas tuvieron su justificación en las causas que determinaron su reconocimiento como refugiado.”
(Cuadro 7).

Esta buena práctica asegura que los procedimientos penales o administrativos por ingreso ilegal serán suspendidos hasta que se puntualice si el solicitante es reconocido como refugiado y evita que la no penalización por entrada o presencia ilegales sea otorgada al solicitante exclusivamente si colabora con las autoridades testificando contra quienes eventualmente le hubieran facilitado su entrada ilegal al país.

Especialmente cuidadoso será el examen de la situación de solicitantes de asilo que se han visto compelidos por las circunstancias a utilizar los *servicios* de individuos dedicados al tráfico de personas con el propósito de lucrar, modo desesperado de buscar protección que el país de origen no ofrece.

Goodwin-Gill, en un documento preparado para el ACNUR acerca de la interpretación del artículo 31.1 de la Convención de 1951 se funda en los trabajos preparatorios de la Convención:

“(El) significado de ‘entrada o presencia ilegal’ no ha ocasionado dificultad alguna de interpretación. **Incluiría llegar o lograr entrar mediante el uso de documentos falsos o falsificados**, el uso de otro engaño, entrada clandestina por ejemplo, como polizonte, y entrada en el territorio estatal con asistencia de traficantes o tratantes. El método preciso de entrada puede no obstante tener ciertas consecuencias prácticas para el refugiado o el solicitante de asilo. **Entrada o presencia ilegal’ cubriría llegada ilegal y permanecer después de un pequeño, permitido período de espera (por ejemplo, en tránsito)**”⁷.

⁷ Goodwin-Gill, Guy S. (a paper prepared at the request of the Department of International Protection for the UNHCR Global Consultations), “Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention and Protection”, (2001):

“The benefit of immunity from penalties for illegal entry extends to *refugees*, ‘coming directly from a territory where their life or freedom was threatened . . . provided they present themselves without delay . . . and show good cause for their illegal entry or presence’.

Although expressed in terms of the ‘refugee’, this provision would be devoid of all effect unless it also extended, at least over a certain time, to asylum seekers or, in the words of the court in *Adimi*, to ‘presumptive refugees’ “, p. 193.

Ver <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/470a33b10.pdf>

Buena práctica 3. No rechazo en frontera.

No penalización por entrada o presencia ilegales

La legislación peruana manda no sancionar al solicitante que ha transitado por otros estados que no le otorgaron una calidad migratoria estable y definitiva:

LEY N° 27.891 (2002)

“Artículo 31°.- Ingreso ilegal

31.1 No se impondrá sanción de ninguna naturaleza al solicitante de refugio que ingrese o que se encuentre ilegalmente en el país, siempre que provenga directamente del territorio donde su vida o libertad están amenazadas por cualquiera de las causales señaladas en el artículo 3°, que de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 134 de la presente ley, se presente a las autoridades nacionales justificando su ingreso o presencia ilegales.

31.2 El mismo criterio será aplicado al solicitante de refugio que, por las mismas razones contenidas en el artículo 34, **haya transitado por otros Estados que no le otorgaron una calidad migratoria estable y definitiva**” (cuadro 7).

Similarmente, la Ley mexicana sobre Refugiados y Protección Complementaria de 2011 expresa:

“Artículo 46. La Secretaría podrá autorizar a un extranjero reconocido como refugiado en otro país, que no gozaba de protección efectiva, su internación como refugiado al territorio nacional, de conformidad con lo establecido en el reglamento de esta Ley. (Énfasis agregado)

Artículo 47. Cuando un extranjero reconocido como refugiado en un tercer país, se interne en contravención a las disposiciones de ingreso al territorio nacional, la Secretaría, teniendo en cuenta el carácter declarativo del reconocimiento de la condición de refugiado, analizará los motivos de dicha internación y las razones por las cuales salió del país donde fue reconocido como refugiado **con el objeto de determinar si gozaba o no de protección efectiva.**

Si la protección otorgada por un tercer país fuese efectiva y las causas por las cuales fue reconocido como refugiado se mantienen vigentes será procedente la salida del refugiado del territorio nacional. La Secretaría deberá emitir una resolución fundada y motivada sobre este hecho, la cual deberá ser notificada por escrito al extranjero. El refugiado podrá interponer recurso de revisión dentro de los 15 días hábiles siguientes contados a partir de la notificación de acuerdo con el reglamento; de igual forma podrá interponer los medios de defensa que estime pertinentes de conformidad con las disposiciones aplicables. La salida del refugiado sólo procederá en caso de no existir riesgos a su vida, libertad y seguridad”. (Énfasis agregado).

Hay solicitantes con temor fundado de persecución que para lograr salir de su país e ingresar a un estado donde esperan encontrar protección, recurren a un grupo delictivo organizado que, por ejemplo, les facilita la entrada irregular a un país de asilo. Están

cubiertos en principio por la no penalización por entrada o presencia ilegales incluso si brevemente transitan por otro estado.

Buena práctica 3. No rechazo en frontera. No penalización por entrada o presencia ilegales

De ser el tránsito menos breve, habría que probar calificadas razones que acaso pudieran justificar la situación argumentando que el recurso a documentación irregular ha tenido lugar en busca de protección: Por ejemplo, pérdida de documentación, haberse atrasado los traficantes en el arreglo de conexiones de viaje hacia un destino final en que son esperados por familiares, haber sido los solicitantes burlados por parte de la red de tráfico...

Pero en otro tipo de situaciones el artículo 31.1 de la Convención de 1951 no ampara a los solicitantes:

Por ejemplo, los solicitantes salen de su país (país *A*) pues tienen fundado temor de persecución. Llegados a un país *B* -en el cual podrían contar con protección efectiva- recurren a medios ilegales para salir de ese país y entrar a un país *C* que escogen como su destino final.

El recurso a medios ilegales en estas últimas circunstancias no está cubierto por la Convención de 1951: No está justificado por temor fundado de persecución en el país *B*.

Aquí podría entrar en juego el Protocolo contra el Tráfico, ya que los migrantes no están sujetos a criminalización por el hecho de haber sido objeto de tráfico ilícito de migrantes o de alguna de las otras conductas enunciadas en su artículo 6.

El Protocolo contra el Tráfico podría proteger a solicitantes de la condición de refugiado que hubieran sido objeto de alguna de las conductas previstas en su artículo 6, a saber, por ejemplo, personas que -en un país en que podrían contar con protección efectiva- hubieran recurrido a un grupo delictivo organizado para salir del país y entrar al estado que escogen como destino final.

Contemporáneamente el problema estriba en la migración mixta, en “identificar en qué medida los Estados disponen de mecanismos adecuados para reconocer y dar un tratamiento humanitario a aquellos solicitantes de asilo y refugiados, que están inmersos en flujos mixtos”. Los refugiados viajan junto a migrantes y a víctimas de redes de tráfico y de trata en contextos hostiles a la migración; no es así “sorprendente que cada vez menos personas tengan documentos, que cada vez más se vean obligadas a recurrir a la entrada ilegal, y que en mayor número caigan en manos de las redes de trata y tráfico de migrantes”⁸.

⁸ Murillo, Juan Carlos, “La Declaración de Cartagena, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y las migraciones mixtas”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “Migraciones y derechos humanos: Reunión de personas expertas”, San José, Costa Rica, 9-11 de agosto, 2004, pp. 175-176.

Buena práctica 3. No rechazo en frontera. No penalización por entrada o presencia ilegales

La no penalización

Por entrada o presencia ilegales de un *refugiado* (una de las disposiciones clave de la Convención de 1951) puede, llegado el caso, creativamente ponerse en relación con

La no criminalización

de un *migrante*¹ que ha sido objeto de tráfico ilícito u otra de las conductas descritas en el artículo 6 del Protocolo contra el Tráfico.

Se abren así posibilidades novedosas para el defensor de un solicitante. Podría haber solicitantes con una doble protección:

- A título de refugiados.
- A título de migrantes que han sido objeto de tráfico ilícito de migrantes u otras conductas previstas por el artículo 6 del Protocolo contra el Tráfico.

Los redactores del Protocolo contra el Tráfico decidieron que los migrantes no debían ser criminalizados, pero que tampoco debería otorgárseles “inmunidad total” (*full immunity*).

Pero vayamos paso a paso. El principio de *no penalización* por entrada o presencia ilegales evita una sentencia condenatoria. Al menos literalmente leído el artículo 31.1 de la Convención de 1951, sería difícil argumentar que el proceso penal mismo no debe iniciarse. Se reafirma de esta suerte la buena práctica legislativa brasileña, argentina, uruguaya, costarricense y ecuatoriana que manda la suspensión del procedimiento penal o administrativo hasta que por resolución firme se establezca si la persona es reconocida como refugiada (cuadro 7 anexo).

En cada caso concreto hay que examinar si también se invoca el Protocolo contra el Tráfico. Empecemos por su artículo 5:

“Artículo 5

Responsabilidad penal de los migrantes

Los migrantes **no** estarán sujetos a **enjuiciamiento penal** con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo” (énfasis agregado).

Buena práctica 3. No rechazo en frontera.

No penalización por entrada o presencia ilegales

Según detallada regulación en el artículo 6 del Protocolo contra el Tráfico⁹ -que, por razones de claridad en la exposición, aquí nos limitamos a delinear- cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

1. **Con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material:**
 - a) **Tráfico ilícito de migrantes** (definido en el artículo 3 a¹⁰).
 - b) **Crear, facilitar, suministrar o poseer un documento de viaje o identidad falso, con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes.**
 - c) La **habilitación de una persona** que no sea nacional o residente permanente para **permanecer** en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado.

⁹ Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000).

“Artículo 6. Penalización

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material:

a) El tráfico ilícito de migrantes;

b) Cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes:

i) La creación de un documento de viaje o de identidad falso;

ii) La facilitación, el suministro o la posesión de tal documento;

c) La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado, recurriendo a los medios mencionados en el apartado b) del presente párrafo o a cualquier otro medio ilegal.

2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:

a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;

b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) o al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del presente artículo;

c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.

3. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para considerar como circunstancia agravante de los delitos tipificados con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) y al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, de los delitos tipificados con arreglo a los apartados b) y c) del párrafo 2 del presente artículo toda circunstancia que:

a) Ponga en peligro o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; o

b) Dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación

4. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo impedirá que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su derecho interno”.

Ver <http://www.unodc.org/documents/peruandecuador//Publicaciones/tocebook.pdf>.

¹⁰ Artículo 3. “Para los fines del presente Protocolo:

a) Por “tráfico ilícito de migrantes” se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.

Buena práctica 3. No rechazo en frontera. No penalización por entrada o presencia ilegales

Los artículos 5 y 6 del Protocolo contra el Tráfico son dos caras de una misma moneda: Descriminalización el primero, criminalización el segundo.

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito las conductas previstas en el artículo 6, justamente titulado “penalización”.

Por su parte, el artículo 5 es relativo al “no enjuiciamiento penal” de los migrantes por el hecho de haber sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6, y está titulado “responsabilidad penal de los migrantes”. Viola el artículo 5 el Estado Parte que, vía legislativa o vía interpretación de la legislación doméstica, criminalice a un migrante objeto de tráfico ilícito de migrantes o de las otras conductas enunciadas en el artículo 6.

Suele oponerse mecánicamente la noción de víctima de trata a la noción de persona objeto de tráfico. Sin detenerse a examinar los trabajos preparatorios, se en ocasiones asume que en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante Protocolo contra la Trata) las personas protegidas son *víctimas* de trata, mientras que el Protocolo contra el Tráfico protege a quienes han sido simplemente *objeto* de tráfico ilícito de migrantes u otras conductas previstas en el artículo 6.

¡Pero la noción de *víctimas* de trata no está categóricamente opuesta a la de personas *objeto* de tráfico, según los trabajos preparatorios!:

Según los trabajos preparatorios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de los dos Protocolos citados, al discutirse la no criminalización, “hubo consenso en que los **migrantes eran víctimas** y por lo tanto **no deberían ser criminalizados**”¹¹; los redactores matizaron que la “noción de víctimas”, tal como figura en el Protocolo contra la

¹¹ United Nations Office on Drugs and Crime, “Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Organized Crime and the Protocols thereto”, United Nations, New York, 2006 (emphasis added), (hereinafter UNODC. “Travaux Préparatoires...”), p. 483: “Notes by the Secretariat. 1 (...) Regarding paragraph 7, **there was consensus that migrants were victims and should therefore not be criminalized**. It was also agreed, however, that **migrants should not be given full immunity**”. “France proposed that paragraph 7 of article 4 should read as follows: “A person whose illegal entry or illegal residence is procured or intended to be procured shall not be held responsible for an offence established in accordance with this Protocol in respect of the illegal condition of the person’s entry or residence. Nothing in this paragraph shall prevent a State Party from prosecuting a person for other activities that would constitute an offence under the domestic law of the State Party concerned” (énfasis añadido).

Ver: http://www.unodc.org/pdf/ctoccop_2006/04-60074_ebook-e.pdf.

Buena práctica 3. No rechazo en frontera. No penalización por entrada o presencia ilegales

Trata, no era apropiada en el contexto del (actual) artículo 2 del Protocolo contra el Tráfico¹².

Además, el artículo 15. 2 del Protocolo contra el Tráfico dispone que “los Estados Parte cooperarán en el ámbito de la información pública a fin de impedir que los migrantes potenciales lleguen a ser **víctimas** de grupos delictivos organizados” (énfasis agregado).

Bastaría un examen literal del artículo 6 del Protocolo contra el Tráfico para constatar que las siguientes conductas **no están criminalizadas**:

Un migrante

- que facilite su propia entrada ilegal en un Estado Parte, o
- que lo haga con relación a otra persona, pero por razones humanitarias o familiares; o
- que cree, facilite, suministre o posea un documento de viaje o de identidad falso, con el fin de facilitar su propia entrada ilegal; o
- que se habilite a sí mismo para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos legales.

El Protocolo literalmente requiere que

La persona facilite la entrada ilegal *con el fin de obtener un beneficio financiero u otro beneficio material*, no la propia entrada ilegal o la de otras personas por razones familiares o humanitarias;

literalmente exige que la persona cree, facilite, suministre o posea un documento falso *con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes*, no la propia entrada irregular al Estado Parte;

finalmente requiere que la habilitación de una persona para permanecer ilegalmente en el Estado tenga lugar para obtener un beneficio económico, no la propia permanencia ilegal.

¹² UNODC, “Travaux Préparatoires”, p. 461: “Notes by the Secretariat (...) 5. At its eleventh session, the Ad Hoc Committee considered, finalized and approved article 3, as amended after extensive discussion. The protection of the rights of migrants was again in the forefront of the debate, while it was agreed that the **notion of “victims”, as incorporated in the corresponding article of the trafficking in persons protocol, was not appropriate in the context of the present article**”.

Buena práctica 3. No rechazo en frontera. No penalización por entrada o presencia ilegales

El Protocolo contra el Tráfico se aplica a delitos de carácter transnacional y que entrañan la participación de un grupo delictivo organizado (artículo 4).

Junto a la interpretación literal esbozada, contamos con un argumento sistemático:

Sería absurdo que a una persona objeto de tráfico ilícito de migrantes o de otras conductas previstas en el artículo 6 del Protocolo se la criminalizara como cómplice o participante en un esquema transnacional de crimen organizado.

La reducción al absurdo es en este caso un argumento de tipo sistemático porque tiene en cuenta el artículo 2 del Protocolo contra el Tráfico: Es propósito de este último prevenir y combatir el tráfico ilícito, promover la cooperación internacional y, al tiempo proteger los derechos de los migrantes que han sido objeto de dicho tráfico.

También nos asisten los trabajos preparatorios del Protocolo, según los cuales

La intención fue “incluir las actividades de los grupos delictivos organizados que actúan para obtener un beneficio económico, **pero excluir las actividades de quienes dan apoyo a los migrantes por razones humanitarias o familiares**”;

fue también entendido, durante las deliberaciones relativas al artículo 6, que “**un migrante que poseyera un documento fraudulento para habilitar su propia entrada ilegal (smuggling) no estaría incluido**”¹³ entre las conductas criminalizadas.

Los redactores del Protocolo contra el Tráfico pretendieron asegurar la consistencia entre el artículo 5 de este último y el actual artículo 4 del Protocolo contra la Trata¹⁴

¹³ UNODC, “Travaux Préparatoires”, p. 489: “Interpretative Notes (...) *Paragraph 1(b)*. The offences set forth in article 6 should be seen as being part of the activities of organized criminal groups. In this article, the protocol follows the precedent of the convention (art. 34, para. 2). The reference to “a financial or other material benefit” as an element of the offences set forth in paragraph 1 was included in order to emphasize **that the intention was to include the activities of organized criminal groups acting for profit, but to exclude the activities of those who provided support to migrants for humanitarian reasons or on the basis of close family ties**. It was not the intention of the protocol to criminalize the activities of family members or support groups such as religious or non-governmental organizations.

(c) Subparagraph 1 (b) was adopted on the understanding that subparagraph (ii) would only apply when the possession in question was for the purpose of smuggling migrants as set forth in subparagraph (a). **Thus, a migrant who possessed a fraudulent document to enable his or her own smuggling would not be included**” (énfasis añadido).

Ver: http://www.unodc.org/pdf/ctoccop_2006/04-60074_ebook-e.pdf.

¹⁴ “Artículo 4

Ámbito de aplicación

A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos”.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1305>

Buena práctica 3. No rechazo en frontera. No penalización por entrada o presencia ilegales

(relativo a la protección de las “víctimas” de trata), así como la consistencia con el triple propósito del Protocolo contra el Tráfico¹⁵.

Un Estado Parte infringe el artículo 5 si adopta medidas legislativas o de otra índole para tipificar como delito la conducta de un migrante que ha sido objeto de tráfico ilícito de migrantes u otra de las conductas establecidas en el artículo 6.

Podríamos tener la impresión de que *siempre* es contrario al Protocolo enjuiciar penalmente a un migrante que ha sido objeto de alguno de los delitos previstos en el artículo 6.

Estas páginas sugieren, en función de la evidencia disponible en cada caso concreto, distinguir entre

- a. casos claros y evidentes, o en los cuales la investigación anterior al inicio del procedimiento penal es suficiente para descartar que el migrante sea en realidad un traficante; y
- b. otro tipo de casos.

En el supuesto “a”, el texto del artículo 5 impide el **enjuiciamiento penal** del migrante objeto de tráfico y otras conductas previstas en el artículo 6.

En el supuesto “b”, el título del artículo 5, “responsabilidad penal de los migrantes” sugiere que lo leamos como una disposición que impide **penalizar** a un migrante objeto de tráfico u otras conductas previstas en el artículo 6.

No hacer la distinción anterior podría llevarnos a un resultado absurdo:

¹⁵ UNODC, “Travaux Préparatoires...”, p. 472: “Notes by the Secretariat. 3. After the finalization and approval of the text of the transnational organized crime convention at its tenth session, at its eleventh session the Ad Hoc Committee considered, finalized and approved article 5 of the migrants protocol, as amended (a) on the basis of a proposal submitted by Azerbaijan (see A/AC.254/5/Add.38) and (b) with the inclusion of a specific reference to “the protection of the rights of persons who have been the object of such offences” to ensure consistency with the content of article 3 (finally article 2) of the protocol (Statement of purpose). The general agreement was to adopt mutatis mutandis the approach adopted in the corresponding article 4 of the trafficking in persons protocol” (énfasis añadido).

Ver: http://www.unodc.org/pdf/ctoccop_2006/04-60074_ebook-e.pdf.

Buena práctica 3. No rechazo en frontera. No penalización por entrada o presencia ilegales

Conferir eventualmente inmunidad a un traficante de migrantes, dado que (salvo en casos claros y evidentes o cuando ha tenido lugar una investigación previa al enjuiciamiento) no es siempre fácil distinguir a los migrantes de los traficantes de éstos.

Si razonamos por reducción al absurdo, en el fondo razonamos sistemáticamente (pues leemos un artículo del Protocolo en relación con otros artículos). Insistamos entonces en la triple finalidad del Protocolo según su artículo 2: No solamente proteger los derechos de los migrantes, sino prevenir y combatir el tráfico y promover la cooperación.

La interpretación que estas páginas proponen tiene cuenta de los trabajos preparatorios del Protocolo contra el tráfico:

Sus redactores quisieron que el artículo 5 fuera una norma relativa a no criminalización. No lo hicieron, pero, hipotéticamente, pudieron haber diseñado una disposición análoga a la “inmunidad judicial” que cada Estado parte puede prever conforme al artículo 26.3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹⁶. Se ubicaron en terreno resbaladizo: Decidieron que los migrantes no debían ser criminalizados, pero que tampoco debía otorgárseles “inmunidad total” (*full immunity*)¹⁷.

El artículo 5 (no criminalización) es directa e inmediatamente aplicable, a diferencia del artículo 6 (penalización), que expresamente contempla la necesidad de adoptar medidas legislativas y de otra índole para tipificar como delito el tráfico ilícito de migrantes y otras conductas.

En los Estados Parte en que los tratados internacionales tienen valor de ley, el artículo 5 tácitamente deroga cualquier disposición doméstica anterior que se le oponga; con mayor razón, si el tratado tiene valor superior a la ley.

En virtud de la “cláusula de salvaguardia” (artículo 19 del Protocolo contra el Tráfico) nada de lo dispuesto en este último afectará a los derechos y obligaciones de los Estados conforme a la Convención de 1951.

¹⁶Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, artículo 26, “3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a las personas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención”.

¹⁷ UNODC, “Travaux Préparatoires...”, article 6 (criminalization), Notes by the Secretariat, p. 483: “Regarding paragraph 7, **there was consensus that migrants were victims** and should therefore not be criminalized. It was also agreed, however, that migrants **should not be given full immunity**” (énfasis agregado). Ver: http://www.unodc.org/pdf/ctoccop_2006/04-60074_ebook-e.pdf.

Buena práctica 3. No rechazo en frontera. No penalización por entrada o presencia ilegales

En otro lugar ha sido analizado con detalle el artículo 5 del Protocolo contra el Tráfico y sus conexiones con la Convención de 1951¹⁸.

A juicio del Comité Ejecutivo del ACNUR los solicitantes de la condición de refugiado y los refugiados interceptados en buques involucrados en el tráfico ilícito de migrantes no deben ser enjuiciados penalmente. Se fundamenta tanto en la Convención de 1951

como en el Protocolo contra el Tráfico, ya que *los solicitantes o refugiados habían sido objeto de tráfico ilícito de migrantes*¹⁹.

Por analogía, es razonable aplicar esta Conclusión del Comité Ejecutivo a los solicitantes arrestados al ingresar al territorio o encontrándose en tránsito en puestos fronterizos o aeropuertos.

A igualdad de razón igualdad de disposición. Igualmente necesitados de protección están los solicitantes de la condición de refugiado, se les intercepte en buques involucrados en el tráfico ilícito de migrantes o se les detenga cuando se encuentran en puertos o aeropuertos. Necesitan protección a dos títulos: Se les persigue en su país de origen y están encerrados en un esquema transnacional de tráfico.

Válganos ahora como ejemplo Chile, para mencionar el principio de interpretación del derecho interno conforme al derecho internacional.

En Chile estamos frente a un cuadro dudoso que requiere atenerse al principio según el cual el derecho nacional se interpretará conforme al derecho internacional:

La Ley sobre refugiados de 2010 (artículo 6) y el respectivo reglamento de 2011 (artículo 8) contemplan que los refugiados suelen estar inmersos en flujos mixtos, pero no son de fácil interpretación:

“Artículo 6°.- No Sanción por Ingreso Clandestino y Residencia Irregular. No se impondrán a los refugiados sanciones penales ni administrativas con motivo de su ingreso o residencia irregular, siempre que se presenten, dentro de los diez días siguientes a la infracción a la legislación que establece normas sobre extranjeros en Chile, ante las autoridades, alegando una razón justificada.

¹⁸ Rodríguez, Pablo, “Non-criminalization of smuggled migrants (Notes on the interpretation of article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air)”, 2014. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9791>

¹⁹ Comité Ejecutivo del ACNUR, 2003 (54° período de sesiones del Comité Ejecutivo), N° 97 (LIV) Conclusión sobre las salvaguardias de protección de las medidas de intercepción: “Recordando el marco jurídico en elaboración para combatir el tráfico ilícito y la trata criminales y organizados de personas, en particular el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (...) a) Recomienda que las medidas de intercepción se rijan por las siguientes consideraciones, a fin de velar por que se dé un tratamiento adecuado a los solicitantes de asilo y los refugiados que se encuentren entre las personas interceptadas:(...)”

vi) Los solicitantes de asilo y refugiados interceptados no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del Protocolo; las personas interceptadas tampoco deben ser sancionadas por su entrada o presencia ilegal en un Estado en los casos en que se reúnan las condiciones del artículo 31 de la Convención de 1951”. Énfasis agregado. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2411.pdf>

Buena práctica 3. No rechazo en frontera. No penalización por entrada o presencia ilegales

Respecto de los solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiados que hayan ingresado o que residan irregularmente en el territorio nacional, no se aplicarán las restricciones de circulación establecidas por las normas generales sobre extranjeros, **cuando aquellos se hayan visto forzados a recurrir a redes de tráfico ilícito de migrantes como forma de asegurar su ingreso al territorio y obtener protección.**"

"Artículo 8.

(...) En todo caso, a los solicitantes de la condición de refugiado que hayan ingresado o residan irregularmente en el territorio nacional, no se les aplicarán las medidas de control y traslado establecidas en las normas generales sobre extranjeros en Chile, **cuando aquellos se hayan visto forzados a recurrir a redes de tráfico ilícito de migrantes como forma de asegurar su ingreso al territorio y obtener protección**".

(Cuadro 7).

Desafortunadamente la redacción de las anteriores disposiciones no llega a reiterar el principio de no enjuiciamiento penal o no penalización de los migrantes que hubieran sido objeto de tráfico.

Rara vez está de más insistir en la interpretación del derecho interno conforme al derecho internacional, particularmente frente a legislación vaga, ambigua o incompleta; por ejemplo las disposiciones jurídicas chilenas que acabamos de leer.

Jueces y administradores interpretarán de conformidad con el derecho internacional las normas internas sobre no penalización por entrada o presencia ilegales y las relativas a protección de personas que han sido objeto de tráfico; a saber, entenderán el derecho interno conforme a la Convención de 1951 y el Protocolo contra el Tráfico.

Jueces y administradores elaborarán así una interpretación de las disposiciones internas que honre el principio de no criminalización de los migrantes objeto de tráfico.

Literalmente leídas, las disposiciones chilenas precitadas se circunscriben a señalar que a los solicitantes que se hubieran visto forzados a recurrir a redes de tráfico no les serán aplicadas las restricciones de circulación que figuran en los artículos 31.2 y 26 de la Convención de 1951²⁰.

Lo anterior no obsta para que el principio de no enjuiciamiento penal o no penalización se mantenga firme. Este principio es parte del derecho interno del estado parte del Protocolo citado y cabe interpretar, salvo inequívoca redacción en contrario, que el legislador nacional no ha querido dejarlo sin efecto.

²⁰ Las disposiciones transcritas parecen circunscribirse a señalar que a los solicitantes en esa situación no les serán aplicadas las restricciones de circulación que figuran en los artículos 31.2 y 26 de la Convención de 1951. Artículo 31.2; **"Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio.** Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país". **Artículo 26. -- Libertad de circulación.** Todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio el derecho de escoger el lugar de su residencia en tal territorio y de viajar libremente por él, siempre que observen los reglamentos aplicables en las mismas circunstancias a los extranjeros en general."

Buena práctica 3. No rechazo en frontera. No penalización por entrada o presencia ilegales

Con otras palabras: El legislador chileno no ha decretado literalmente que el principio de no enjuiciamiento penal o no penalización quede sin efecto²¹. En estas circunstancias, la administración y los jueces deben tomar medidas para hacer efectivo el derecho a que no se inicie un proceso penal o no se penalice al migrante traficado, si los hechos del caso reúnen los requisitos del mencionado Protocolo. Dichas medidas incluyen interpretar el derecho interno conforme a los instrumentos internacionales en vigor.

Por último, original buena práctica es la de la ley nicaragüense:

“Artículo 10

B) En el caso de que un solicitante de la condición de refugiado sea detenido por encontrarse indocumentado y/o haber ingresado al territorio nacional de forma irregular, la autoridad competente no podrá retenerlo por más de siete días, tiempo en el cual podrá realizar las investigaciones pertinentes. Una vez liberado, el solicitante deberá presentarse cada treinta días ante las autoridades migratorias mientras se resuelve la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado”.

(Cuadro 7)

El Programa “Fronteras Solidarias y Seguras” del Plan de Acción de Brasil (2014) aborda cuidadosamente las peculiaridades de la protección en las zonas de frontera²².

²¹ Si, hipotéticamente, lo hubiera decretado, sería una violación del Protocolo y eventualmente del derecho constitucional que manda el respeto de los compromisos internacionales.

²² Declaración de Brasil, “Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe”, Brasilia, 3 de diciembre de 2014, capítulo segundo:

“Las zonas de frontera se caracterizan por ser áreas de ingreso y tránsito, y a veces de permanencia y retorno, para las personas que participan en los movimientos migratorios, incluidas aquellas que buscan protección internacional.

A fin de preservar las fronteras como áreas seguras y de protección para las personas y para los Estados, se propone la realización de un programa “**Fronteras Solidarias y Seguras**” a implementar por medio del trabajo conjunto entre el Estado, el ACNUR, otros organismos internacionales y actores de la sociedad civil, que incluya las siguientes acciones:

a) Desarrollar, difundir e implementar lineamientos para la identificación, atención inmediata y referencia oportuna de personas con necesidades de protección internacional a los departamentos de gobierno competentes.

b) Reforzar la presencia de las Comisiones Nacionales de Refugiados (CONAREs) u órganos equivalentes y de otras instancias competentes de protección en áreas fronterizas.

c) Diseñar normas y reglamentos operativos sobre medidas alternativas a la detención administrativa migratoria de solicitantes de asilo, en particular de niños y niñas acompañados y no acompañados.

d) Capacitar de forma continuada a los funcionarios estatales en áreas fronterizas sobre los derechos de las personas, los perfiles de la población solicitante de asilo y refugiada en situación de vulnerabilidad y de las medidas adoptadas por el Estado a través del programa “Fronteras Solidarias y Seguras”.

e) Ejecutar campañas de difusión e información amplias, tanto en puestos fronterizos como en otros espacios de la ruta migratoria, sobre los riesgos y peligros a los que se exponen las personas que viajan en los movimientos migratorios mixtos y sobre los mecanismos de protección existentes en cada país.

f) Mejorar la infraestructura básica de atención y ayuda a los solicitantes de asilo y refugiados, así como el acceso a servicios sociales y comunitarios”.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9867>

Buena práctica 3. No rechazo en frontera.

No penalización por entrada o presencia ilegales

Para finalizar, digamos que más abajo será cuestión del no rechazo en frontera desde un punto de vista procesal. Diremos que estas buenas prácticas legislativas acarrearán consecuencias procesales de primer orden.

Los estados, pondremos énfasis, respetarán la protección de los refugiados contra devolución. La sola forma de hacerlo es instaurar un procedimiento para la determinación de la condición de refugiado. De lo contrario los estados no pueden identificar a los beneficiarios del derecho de no devolución (artículo 33.1 de la Convención de 1951).

Analizaremos allí que una persona interceptada en alta mar -sujeta como está a la efectiva autoridad y control del estado que la intercepta- o, con mayor razón, en aguas territoriales, tiene el derecho subjetivo de no devolución.

El traslado procesal de este último es el derecho a acceder al procedimiento para la determinación de la condición de refugiado en vigor en el estado que la intercepta.

Recopilado por la Unidad Legal Regional del Buró de las Américas, ACNUR