

Buena práctica 7

Derecho de apelación o revisión y debido proceso

Corte Interamericana de Derechos Humanos,
caso Pacheco Tineo (2013):

“159. La Corte considera que, de conformidad con las garantías establecidas en los artículos 8, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención, y tomando en cuenta las directivas y criterios de ACNUR, las personas solicitantes de asilo deben tener acceso a procedimientos para la determinación de tal condición, que permitan un correcto examen de su solicitud, (...) (e) implican las siguientes obligaciones para los Estados:

f) El recurso de revisión o apelación debe tener **efectos suspensivos** (...).”

Cuadro 10 anexo.
Ver también cuadro 43 anexo.

Declaración de Brasil.

Los gobiernos participantes reconocen:

”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 (...)

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fil>

Buena práctica 7.

Derecho de apelación o revisión y debido proceso

Según la Declaración de Brasil (2014) el programa “Asilo de Calidad” incluirá:

g) Establecer instancias de apelación administrativa y de revisión judicial independientes, respetando el derecho a un recurso con **efectos suspensivos** hasta tanto la autoridad competente adopte una decisión final (cuadro 9 bis anexo).

Una buena mayoría de las legislaciones latinoamericanas permite al solicitante apelar la decisión del órgano de determinación de la condición de refugiado (ODR)). Se tutela así el debido proceso. Los plazos varían: 3 días hábiles (El Salvador, para apelar la inadmisibilidad), 5 días (Chile), 15 días hábiles (Bolivia), 15 días (Brasil), 10 días (Argentina)...(cuadro 10 anexo).

Exploraremos a continuación el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, cuya sobresaliente exigencia es el acatamiento puntual del debido proceso.

Digamos de entrada que a juicio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos infringe el debido proceso rechazar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado sin otorgar al solicitante la oportunidad de una audiencia (*Interdicción de Haitianos contra Estados Unidos* (1997), *John Doe y otros contra Canadá* (2011)¹.

La ley nicaragüense o la argentina, por ejemplo, prevén general y abstractamente un procedimiento razonable, una tramitación para determinar la condición de refugiado. Si ponemos atención a una persona cuyas necesidades de protección son examinadas en Nicaragua o en Argentina hablamos del debido o indebido proceso a que esa específica persona ha sido sometida.

”El procedimiento para determinar la condición de refugiado” – manda la legislación argentina- “se llevará a cabo con arreglo a los principios de confidencialidad y de debido proceso legal. En especial, se reconoce al solicitante de estatuto de refugiado el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete calificado si no comprende o no habla el idioma nacional; debe concedérsele el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa de sus intereses y tendrá derecho a ser asistido por un defensor en todas las instancias del procedimiento”².

Establece la legislación nicaragüense:

“Todo solicitante deberá ser informado de los derechos inherentes al debido proceso legal, ser entrevistado por la Secretaría Ejecutiva de la CONAR o a quien ésta designe, ser asistido por un intérprete y/o traductor si lo precisare y

¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, INFORME No. 78/11, CASO 12.586 FONDO JOHN DOE Y OTROS v. CANADÁ, 21 de julio de 2011, párrafo 92. Ver <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/CAPU12586ES.doc>.

² Ley N° 26.165 de 2006 de Reconocimiento y Protección al Refugiado, Título V. Sobre los principios del procedimiento, Artículo 32. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4658.pdf>

Buena práctica 7.

Derecho de apelación o revisión y debido proceso

poder ponerse en contacto con el ACNUR o la Agencia Social de los programas del ACNUR en Nicaragua”³.

En Argentina, Nicaragua y Costa Rica (cuadro 43 anexo) la ley sobre refugiados expresamente exige el debido proceso, aunque en casi todas las legislaciones latinoamericanas los componentes característicos del debido proceso aparecen reconocidos ya por la ley específica, ya por el ordenamiento administrativo o constitucional

Puede apreciarse en el cuadro 9 bis anexo las cuestiones centrales para nuestro objeto que han sido zanjadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su primer caso relativo al derecho a buscar y recibir asilo (Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 2013). Limitémonos aquí al debido proceso:

“159. La Corte considera que, de conformidad con las garantías establecidas en los artículos 8, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención, y tomando en cuenta las directivas y criterios de ACNUR, las personas solicitantes de asilo deben tener acceso a procedimientos para la determinación de tal condición, que permitan un correcto examen de su solicitud, de acuerdo con garantías contenidas en la Convención Americana y en otros instrumentos internacionales aplicables, que, en casos como el presente, implican las siguientes obligaciones para los Estados:

- a) deben garantizarse al solicitante las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete competente, así como, en su caso, **el acceso a asesoría y representación legal**, para someter su solicitud ante las autoridades. En este sentido, el solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR;
- b) 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**;
- c) las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar **debidamente fundamentadas** en forma expresa.

³ Ley N° 130 del 9 de julio de 2008, Ley de Protección a Refugiados, artículo 18: “El procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado se basará en los principios de simplicidad, confidencialidad, celeridad, transparencia y gratuidad. Todo solicitante deberá ser informado de los derechos inherentes al debido proceso legal, ser entrevistado por la Secretaría Ejecutiva de la CONAR o a quien ésta designe, ser asistido por un intérprete y/o traductor si lo precisare y poder ponerse en contacto con el ACNUR o la Agencia Social de los programas del ACNUR en Nicaragua”.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6435.pdf>

Buena práctica 7.

Derecho de apelación o revisión y debido proceso

- d) con la finalidad de proteger los derechos de los solicitantes que puedan estar en riesgo, 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**;
- e) si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre como recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada; y
- f) **el recurso de revisión o apelación debe tener efectos** suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca 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.”

“154. El derecho de buscar **y recibir** asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana, leído en conjunto con los artículos 8 y 25 de la misma, **garantiza que la persona solicitante de estatuto de refugiado sea oída** por el Estado al que se solicita, con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo.”

El *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado* estima básicas la existencia de un recurso contra una resolución denegatoria y la obligación de proporcionar al solicitante los medios necesarios para presentar su caso a las autoridades competentes⁴. Van de suyo los derechos de audiencia del solicitante, de combatir la prueba de cargo, y de proponer y que le sea evacuada la de descargo.

Esta aproximación a la prueba obedece a la contraposición de intereses entre el solicitante y la administración (tensión inherente a todos los derechos subjetivos, espacios individuales contra la eventual arbitrariedad de la administración).

El *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado*⁵ recomienda que los procedimientos respeten “requisitos básicos”, entre ellos que la

⁴ ACNUR, “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, Reedición, Ginebra, 2011, párrafo 192 (“plazo razonable para apelar ante la misma autoridad o ante una autoridad diferente, administrativa o Judicial”).

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8983.pdf>

⁵ ACNUR, “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, citado, párrafo 192:

“i) el funcionario competente (funcionario de inmigración u oficial de la policía de fronteras) al que se dirija el solicitante en la frontera o en el territorio del Estado contratante debe tener instrucciones claras para tratar los casos que puedan estar incluidos en el ámbito de los instrumentos internacionales pertinentes. **Debe actuar en conformidad con el principio de no devolución (“non-refoulement”)** y remitir tales casos a una autoridad superior;

ii) el solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse;

iii) debe existir una autoridad claramente identificada – de ser posible una sola autoridad central – encargada de examinar las solicitudes de concesión de la condición de refugiado y de adoptar una decisión en primera instancia;

iv) **debe proporcionarse al solicitante los medios necesarios, incluidos los servicios de un intérprete calificado, para presentar su caso a las autoridades competentes.** Debe darse también al solicitante la

Buena práctica 7.

Derecho de apelación o revisión y debido proceso

autoridad de migración o la policía de fronteras actúen conforme al principio de no devolución, y que se faculte al solicitante a permanecer en el país hasta que la autoridad competente adopte una decisión sobre el caso.

El *Manual* ha sido invocado por prestigiosos tribunales para interpretar la Convención de 1951. Fue publicado a solicitud del Comité Ejecutivo del ACNUR para “orientación de los gobiernos” por lo que hace a “los procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado”⁶.

Para este tipo de desarrollos del debido proceso no nos bastan los artículos de la Convención de 1951. Acudamos una vez más al derecho internacional de los derechos humanos. La incidencia de los derechos humanos en los derechos de los refugiados está prevista en el Preámbulo de la Convención de 1951:

Los Estados se empeñaron allí en asegurar a los refugiados el más amplio ejercicio de los derechos humanos que hallamos en la Declaración de Derechos Humanos de 1948 y en la Carta de las Naciones Unidas. Tal es el propósito y objeto de la Convención en 1951.

¿Cuál es su propósito y objeto hoy?

El mismo que en 1951, pero nos situamos en un derecho internacional de los derechos humanos mucho más robusto.

La Declaración de 13 de diciembre 2001 (Ginebra, Reunión Ministerial de los Estados Parte de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967) confirma que los Estados siguen queriendo imbricar el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional de los derechos humanos⁷. También declararon los Estados Parte de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 que reconocen “la importancia de otros **instrumentos de derechos humanos** e instrumentos regionales de protección de los refugiados, incluyendo la Convención de 1969 de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre los Aspectos Específicos del Problema de los Refugiados en África y la Declaración de Cartagena de 1984”⁸.

oportunidad, acerca de la cual se le debe informar, de ponerse en contacto con un representante del ACNUR;

v) si se reconoce al solicitante la condición de refugiado, debe informársele al respecto y debe expedírsele el documento que certifique tal condición;

vi) si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, debe concedérsele 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;

vii) debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente a que se refiere el anterior inciso iii) adopte la decisión del caso, a menos que tal autoridad haya demostrado que la solicitud era claramente abusiva. **Debe permitírsele asimismo permanecer en el país mientras esté pendiente una apelación a una autoridad administrativa o judicial superior.**” (Énfasis agregado).

⁶ ACNUR, “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, citado, Prólogo, IV.

⁷ Declaración adoptada el 13 de diciembre 2001 en Ginebra en la Reunión Ministerial de los Estados Parte de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967, Preámbulo “2. Reconociendo la continua importancia de la Convención de 1951 como el principal instrumento para la protección de los refugiados, la cual, enmendada por su Protocolo de 1967, establece los derechos, **incluyendo los derechos humanos (...)**”. Énfasis agregado. Ver. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0747.pdf>

⁸ Declaración adoptada el 13 de diciembre 2001 en Ginebra en la Reunión Ministerial de los Estados Parte de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967, citado, Preámbulo, 3. Énfasis agregado.

Buena práctica 7.

Derecho de apelación o revisión y debido proceso

El derecho internacional de los derechos humanos ha sido significativamente ampliado⁹ por los órganos de vigilancia de derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos vigorosamente afirma el debido proceso. Observa la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Baena Ricardo contra Panamá* (febrero (2001) y *Tribunal Constitucional contra Perú* (2001):

“(C)ualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”¹⁰.

Baena Ricardo no comporta el examen de solicitantes de la condición de refugiados; la Corte Interamericana juzga el caso de funcionarios víctimas de violación al debido proceso, ya que no habían sido sometidos a un procedimiento administrativo previo a la sanción de destitución. La Corte estimó que el derecho al debido proceso había sido violentado.

A diferencia de *Baena Ricardo*, el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado no es disciplinario, pero obviamente es un procedimiento administrativo susceptible de afectar negativamente los derechos del solicitante. La determinación de la condición de refugiado supone el ejercicio por parte de la administración de una función materialmente jurisdiccional, cual es el criterio expresado en el caso *Tribunal Constitucional* para exigir el debido proceso (enero 2001)¹¹.

⁹ ACNUR, “Los derechos humanos y la protección de los refugiados”, módulo auto formativo 5, volumen II, 2006, “Panorama General”:

“La jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos, incluidos el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana, ha experimentado un desarrollo extenso, mientras que los órganos de vigilancia de derechos humanos de las Naciones Unidas (es decir, los órganos de los tratados) y los órganos regionales, tales como la Comisión Africana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, han desarrollado el contenido y ampliado el alcance de las normas de derechos humanos. De manera cada vez más importante, estas normas se aplican a la protección de los refugiados y de otras personas que se encuentran bajo la competencia del ACNUR, es decir, solicitantes de asilo, repatriados, apátridas y desplazados internos. De hecho, actualmente se reconoce que el derecho internacional de los refugiados, de los derechos humanos y el humanitario deben aplicarse de manera convergente para proteger mejor a los refugiados y otras personas que se encuentran bajo la competencia del ACNUR”.

Ver <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/489c142e2.pdf>.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001, párrafo 124 in fine.

Ver http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.doc

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas):

“71. De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera **que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional**, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”. Énfasis agregado.

Ver http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf

Buena práctica 7.

Derecho de apelación o revisión y debido proceso

Los procedimientos para determinar la condición de refugiado han de arreglarse al debido proceso legal. Ciertamente, así se exige en el antes citado caso Pacheco Tineo (2013), pero esta conclusión igualmente se nos impondría siguiendo, en casos no ligados al derecho de asilo, los razonamientos de la Corte Interamericana, cuya argumentación descansa en exigir “las garantías mínimas (que) deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”¹².

Por lo que hace a garantías de los menores en todo proceso migratorio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-21, 2014) expresa:

“116 (...) garantías que, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, deben regir en todo proceso migratorio que involucre a niñas o niños,

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, citado:

“124. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” (la Corte cita el precedente *Tribunal Constitucional*) a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. **Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal**”.

125. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. **Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.**

126. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.

127. **Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.**” (Énfasis agregado).

El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus incisos 1 y 2, señala que:

“1. **Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial**, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.” (Énfasis agregado)

Buena práctica 7.

Derecho de apelación o revisión y debido proceso

haciendo mención especial, cuando corresponda, a aquellas que cobran relevancia crítica en este tipo de proceso. En consecuencia, la Corte se referirá a los siguientes aspectos: (i) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; (ii) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; (iii) el derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; (iv) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; (v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; (vi) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; (vii) el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; (viii) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; (ix) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y (x) el plazo razonable de duración del proceso”(cuadro 17 bis).

Extrememos el cuidado. En ocasiones se califica al procedimiento de determinación de la condición de refugiado como procedimiento *no contencioso* o denominaciones similares. Acaso se tiene en mente que la administración no está sujeta en toda su amplitud a los estándares probatorios en materia civil, o se considera con razón que los interrogatorios no deben transformarse en un acoso del solicitante. Pero de aquí a considerar que elementales consideraciones de debido proceso no rigen, habría un largo trecho.

Entre la administración que examina su solicitud y la persona que alega temor fundado de persecución puede y suele haber contradicción que se oscurece si calificamos al procedimiento como “no contencioso”. Ciertamente, ¿no se establece en los procedimientos una contradicción entre el solicitante y un representante de su país de origen!

Pero no nos demoremos en discusiones sobre palabras (discusiones sobre definiciones). Denomínesele como se quiera, lo que importa al solicitante son las garantías que han de rodear al procedimiento en general y al debido proceso que se le sigue:

Si se lo llama proceso especial y se vela porque la carga y mérito de la prueba y la regulación de las probanzas estén sujetas a garantías (entre ellas las clásicas del debido proceso, junto a elementales cautelas humanitarias para auxiliar a una persona muy vulnerable y eventualmente traumatizada por la persecución), poco habría que objetar.

Establecida la credibilidad del solicitante y que sus declaraciones son compatibles con hechos de público conocimiento, la inexistencia de prueba documental, testimonial o pericial que fortalezca sus declaraciones no debe impedir la aceptación de la solicitud¹³.

¹³ ACNUR, “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, citado párrafo 196: “Es un principio general de derecho que la carga de la prueba incumbe al peticionario. Ahora bien, es frecuente que el solicitante no pueda aportar, en apoyo de sus declaraciones, pruebas documentales o de otra clase, y los casos en que pueda presentar pruebas de todas sus afirmaciones serán la excepción más que la

Buena práctica 7. Derecho de apelación o revisión y debido proceso

¿Qué hacer si hay aspectos del relato o probanzas que induzcan a duda?

El solicitante tiene derecho a que expresamente se le advierta de la situación, a combatir las probanzas en su contra, a presentar llegado el caso evidencia adicional, y a aclarar aspectos que el órgano de determinación de la condición de refugiado (ODR) no estime creíbles

Contará con la oportunidad de presentar evidencia en supuestos en que la administración dude si ciertos hechos importantes ocurrieron o si estuvieron vinculados con la solicitud^{14 15}.

La administración, bien entendido, está en su derecho de estimar que la versión del solicitante no es compatible con información de país de origen, o de sospechar de su credibilidad, pero habrá de advertírsele y de proponer y evacuar probanzas al efecto¹⁶.

El beneficio de la duda debe concederse, según el *Manual*¹⁷, una vez que el órgano de determinación de la condición de refugiado está convencido de la credibilidad del

regla. La mayoría de las veces, una persona que huya de la persecución llegará con lo más indispensable y, en muchos casos, incluso sin documentación personal. Por consiguiente, aún cuando, en principio, la carga de la prueba incumbe al solicitante, el deber de averiguar y evaluar todos los hechos pertinentes corresponde a la vez al solicitante y al examinador. Es más, en algunos casos el examinador habrá de recurrir a todos los medios que tenga a su disposición para conseguir las pruebas necesarias en apoyo de la solicitud. Sin embargo, puede ser que ni siquiera esa investigación independiente tenga siempre éxito y que haya además declaraciones que no sea posible probar. En esos casos, si el relato del solicitante parece verídico deberá concedérsele, a menos que existan razones de peso para no hacerlo, el beneficio de la duda.”

14 Immigration and Refugee Board of Canada, “Assessment of Credibility in Claims for Refugee Protection”, 2004, para. 1.5: “Al solicitante debe proporcionársele una oportunidad razonable para presentar pruebas. Cuando la Junta rechaza una reclamación, porque duda de si ciertos elementos esenciales ocurrieron o de si estos están relacionados con las actividades en que se basa la reclamación, algunas Cortes Federales han sugerido que se le debe dar al reclamante una oportunidad para testificar sobre esos eventos”. Ver <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4638af792.html>.

15 Gorlick, Brian, “Common Burdens and Standards: Legal Elements in Assessing Claims to Refugee Status”, NEW ISSUES IN REFUGEE RESEARCH, Working Paper No. 68, UNHCR, 2002.

Ver [http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home/opendocPDFViewer.html?docid=3db7c5a94&query="New%20issues%20in%20Refugee%20Research](http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home/opendocPDFViewer.html?docid=3db7c5a94&query=).

16 Immigration and Refugee Board of Canada, “Assessment of Credibility in Claims for Refugee Protection”, citado, para. 1.4. : “(...) en *Velauthar* la Corte Federal señaló: si los órganos de decisión tienen dudas acerca de la credibilidad pero le ordenan al abogado del solicitante que se ocupe solamente de otros aspectos de la petición, atentaría contra la justicia natural fundamentar una determinación negativa en cuestiones de credibilidad, ya que al solicitante se le habría negado la oportunidad de conocer y responder al caso que contra el se tiene. Similarmente es una negación de la justicia natural cuando un órgano induce al solicitante a creer que un asunto de identidad esta resuelto solamente para luego rechazar la petición precisamente en consideraciones de identidad. “

Ver <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4638af792.html>.

17 ACNUR, “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado”, citado, párrafos 203 y 204: “203. Puede suceder que después de haber hecho el solicitante un auténtico esfuerzo para acreditar la veracidad de su declaración todavía falta comprobar algunas de sus afirmaciones. Como se ha explicado antes (párrafo 196), es casi imposible que un refugiado “pruebe” en todos sus puntos los hechos expuestos, y si ello fuera condición indispensable la mayoría de los refugiados no verían reconocida

Buena práctica 7.

Derecho de apelación o revisión y debido proceso

solicitante. Se ha sugerido un beneficio de la duda más amplio: El proceso debe iniciarse sin presumir que las afirmaciones del solicitante son hechas para favorecerse personalmente.

El uso de informes confidenciales sin oportunidad de que el solicitante los conozca y eventualmente los contradiga puede perjudicar su caso: No estaría en posición de rebatir la evidencia o de proporcionar una completa e informada explicación.

Tutela el debido proceso el Reglamento mexicano de 2012 de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria en cuanto exige remitir al solicitante la información de país de origen (prueba muy importante que el solicitante puede entonces poner en cuestión):

“Artículo 40.- Previo al análisis de cada solicitud, la Coordinación solicitará a la Secretaría de Relaciones Exteriores su opinión sobre las condiciones prevalecientes en el país de origen de cada solicitante, misma que deberá ser remitida dentro de los 15 días hábiles siguientes contados a partir de la presentación de la solicitud, de conformidad con el artículo 24 de la Ley. Para ello, la Coordinación informará a la Secretaría de Relaciones Exteriores en cada caso el nombre del solicitante, el país de origen, los motivos de persecución alegados así como el agente de persecución alegado”. (Cuadro 12)

Un órgano de determinación de la condición de refugiado, como cualquier órgano administrativo, no deja de poner en juego un punto de vista eventualmente contrario al del solicitante, sin mengua de su obligación de evaluar imparcialmente las probanzas de cargo y de descargo en su conjunto.

Los abogados de refugiados lo saben. La evaluación de credibilidad es clave. Una vez más el debido proceso se impone. La decisión sobre la credibilidad del solicitante no es asunto de corazonadas e intuiciones sino de cuidadosa evaluación de la evidencia¹, obviamente, sin que se exija el rigor probatorio de la materia civil, ni la singular prueba más allá de toda duda, del derecho penal.

Si hubiera diferencias culturales significativas entre quien examina y el solicitante, serían muy arriesgadas las inferencias a partir del lenguaje corporal de éste al describir

su condición de tales. De ahí que suela ser necesario conceder al solicitante el beneficio de la duda. 204. Por otra parte, el beneficio de la duda no debería concederse más que cuando se hayan obtenido y comprobado todos los elementos de prueba accesibles y el examinador esté convencido de la credibilidad general del solicitante. Las declaraciones del solicitante tienen que ser coherentes y verosímiles, y no estar en contradicción con los hechos conocidos”.

Buena práctica 7.

Derecho de apelación o revisión y debido proceso

los hechos que fundamentan su solicitud (gestos, mirar o no de frente al entrevistador, cambios en la entonación de la voz, expresión de irritación o de fatiga...) ¹⁸.

Estas exigencias del debido proceso están lejos de constituir una singularidad de derecho de los refugiados. Virtualmente, en cualquier procedimiento la administración ostenta una doble posición pues debe actuar imparcialmente y al mismo tiempo hacer valer un enfoque eventualmente contrario al administrado. Dos ejemplos:

En un procedimiento disciplinario la administración debe formular cargos al funcionario que pretende sancionar, buscar aun de oficio las probanzas de cargo y de descargo, y al tiempo, juzgarlo imparcialmente.

En un procedimiento para invalidar un título profesional, la administración está obligada a intimar las causas de nulidad a la persona afectada, al tiempo que debe resolver sin parcialidad.

La discusión no es meramente académica. El presunto carácter no contencioso del procedimiento se utilizaba en Canadá para negar al solicitante el debido proceso a plenitud; por esto, al declarar inconstitucional la ausencia de una audiencia sobre el fondo en el proceso para determinar la condición de refugiado, la Corte Suprema ironizó sobre el particular:

La descripción del procedimiento como no contencioso es defectuosa, porque, efectivamente, es altamente contencioso (*adversarial*) pero la parte contrapuesta, el Ministro, está detrás de la esquina ("it is in fact highly adversarial but the adversary, the Minister, is waiting in the wings" ¹⁹).

Un estudio multidisciplinario en Canadá documenta el juego sutil de factores psicológicos, culturales y legales en el proceso de determinación de la condición refugiado ²⁰. Estudio útil porque este proceso es especialmente garantista en Canadá.

¹⁸Norman, Steven, "Assessing the Credibility of Refugee Applicants: A Judicial perspective", *International Journal of Refugee Law*, 2007, 19(2), p.289.

¹⁹ Singh v. Minister of Employment and Immigration, [1985] 1 S.C.R. 177, Canada: Supreme Court, 4 April 1985, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/470a4a6dd.html>, para. "61. Me parece que el error básico que hace el señor Bowie's cuando caracteriza el procedimiento (70 y 71) es la descripción del procedimiento como no contencioso (non adversarial) de hecho es profundamente contencioso pero el adversario, el ministro esta detrás de la esquina. Lo que la Junta tiene en frente es una determinación realizada por el ministro basada en parte en información y políticas a las cuales el solicitante no tiene acceso. El solicitante tiene derecho a presentar cualquier material pertinente que desee, sin embargo está frente al obstáculo de establecer ante la Junta que en un balance de probabilidades el ministro se equivoca. Además, debe hacer esto sin ningún conocimiento de las razones del ministro más allá de las rudimentarias razones que el ministro ha expresado al rechazar su solicitud. Es ese aspecto de los procedimientos establecidos en la ley que encuentra imposible de conciliar con los requisitos que justicia fundamental de la *Chart*".

²⁰ Rousseau, Cécile; Crépeau, Francois; Foxen, Patricia; Houllé, Francé, "The Complexity of Determining Refugeehood: A Multidisciplinary Analysis of the Decision-Making Process of the Canadian Immigration and Refugee Board", *Journal of Refugees Studies*, Vol. 15, No.1, 2002.

Ver <http://oppenheimer.mcgill.ca/IMG/pdf/Crepeau.pdf>.

Buena práctica 7.

Derecho de apelación o revisión y debido proceso

¡Qué tal en países que no tienen una tradición humanitaria y jurídica comparable! Cuarenta expedientes fueron examinados. El equipo encontró dificultades -cuando no franca indisposición de parte de la administración- en la evaluación de la evidencia, en los interrogatorios a los solicitantes y en la conducción no siempre humanitaria de las audiencias.

Estudio descarnado del proceso que buena falta nos hace. Buena práctica. Francamente se exponen los problemas de algunos integrantes de la administración afectados por “traumatización vicaria”:

El constante contacto con situaciones terribles, víctimas de violencia, contrastes culturales muy marcados, desconocimiento de las diversidades nacionales...termina menguando -por una reacción muy humana- la capacidad de *simpatizar* con las víctimas, endureciendo a veces a los integrantes del órgano de determinación de la condición de refugiado