

Breve reflexión sobre la conducta del Estado ante la incidencia de las cláusulas de exclusión sobre los niños solicitantes de refugio

Brief reflection on the behavior of the State before the incidence of exclusion clauses on children seeking refuge

ANTONY-BARBOSA, Lahys Sandy*†

Universidad Autónoma de San Luis Potosí

ID 1^{er} Autor: *Lahys Sandy, Antony-Barbosa*

Recibido 29 de Marzo, 2018; Aceptado 30 Junio, 2018

Resumen

El presente artículo pretende reflejar sobre la posición del Estado receptor al encontrarse con un niño solicitante de refugio, que cumpla el criterio de exclusión de la condición de refugiado o asilado. Lo que se objetiva es saber si, en respeto al primordial principio del non-refoulement, el Estado cela (o no) por sus preceptos y por los del Derecho del Niño y del Adolescente, bajo los preceptos del Derecho Internacional de los Refugiados. Si este artículo instigar la curiosidad del lector sobre el asunto y llevarlo a realizar una investigación más apurada sobre la situación de los niños refugiados y los solicitantes de refugio en el mundo, habrá cumplido su papel y alcanzado su objetivo final, porque es necesario que se reflexione e investigue sobre el hecho de que hay niños que pueden ser considerados no merecedores del status de refugiados (o asilados) y que puede haber Estados que rechazan la concesión de refugio a ellos, bajo el argumento de que, valiéndose de su soberanía, representan un riesgo para la seguridad nacional.

Estado receptor, Niño solicitante de refugio, Principio del non-refoulement, Asilo, Seguridad nacional

Abstract

This article aims to reflect on the position of the receiving State when encountering a child seeking refuge, who meets the exclusion criteria of refugee or asylee status. What is objective is to know if, in respect to the primordial principle of non-refoulement, the State cela (or not) by its precepts and by those of the Child and Adolescent Law, under the precepts of the International Law of Refugees. If this article instigates the curiosity of the reader on the matter and lead him to carry out a more hurried investigation on the situation of refugee children and asylum seekers in the world, he will have fulfilled his role and reached his final goal, because it is necessary that reflect and investigate the fact that there are children who can be considered not deserving of refugee status (or asylum) and that there may be States that reject the granting of refuge to them, on the grounds that, using their sovereignty, they represent a risk to national security.

Receiving state, Child requesting refuge, Principle of non-refoulement, Asylum, National security

Citación: ANTONY-BARBOSA, Lahys Sandy. Breve reflexión sobre la conducta del Estado ante la incidencia de las cláusulas de exclusión sobre los niños solicitantes de refugio. *Revista de Filosofía y Cotidianidad*. 2018, 4-11: 33-38.

* Correspondencia del Autor (lahys.12@unesco.net)

† Investigador contribuyendo como primer autor.

Introducción

El objetivo del presente artículo es generar la curiosidad, en el lector, sobre la conducta del Estado receptor de una solicitud de refugio (o asilo) hecha por un niño que llena los criterios de exclusión de la condición de refugiado (o asilado), como por ejemplo niños soldados de grupos terroristas, y por ello puede ser considerados una amenaza a la seguridad nacional del país al cuál se destina la solicitud.

El problema aquí discutido surge a partir de la hipótesis de que un niño que fue forzosamente reclutado para un grupo terrorista, doctrinado y enseñado, por algunos años, bajo los preceptos de la ideología perversa y cruel del referido grupo y que él se ha convertido, en hecho, en un criminoso contra la paz o un genocida; y que, en medio, a un conflicto devastador entre dos grupos terroristas rivales, en su ciudad, toda su familia y personas a quién él conoce mueren; y que él solo y desconcertado no sabe para dónde ir, pero sigue caminando, en medio a la destrucción de ciudad, se esquivando del peligro, se encuentra con una embajada o consulado de algún país seguro y sabiendo que puede solicitar asilo, bate a la puerta del predio de esta representación consular, ¿qué respuesta se lo dará esta oficina internacional?

La situación hipotética expuesta instiga al pensamiento crítico (y no romantizado) en relación al actual y cada vez más creciente flujo migratorio de solicitantes de refugio y, específicamente, a la mirada sobre los niños que migran, acompañados o no, para las más diferentes partes del mundo – a partir del precepto constante en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, que prevé las cláusulas de inclusión y exclusión de la condición de refugiado, y repensar sobre lo que tiene más valor para un Estado (receptor): su seguridad nacional o la protección internacional del refugiado y el mejor interés del niño aún que él rellena una o más de las causas previstas en las cláusulas de exclusión de la condición de asilado. La pretensión de este artículo también es demostrar que un niño hasta puede haber sido doctrinado ideológicamente en un estilo de vida adverso del que el Estado de destino está acostumbrado o entiende como aceptable o políticamente correcto, pues la conducta o el histórico del él revela eso, de forma a representar una afrenta al país en que se solicita el asilo, pero que a él si se debe dar una chance de vivir bien.

Sin embargo, un niño soldado de grupo terrorista no debe ser rechazado por este motivo y, así, prácticamente, condenado a una sentencia de muerte con el cerramiento de las fronteras el referido país de destino. No hace sentido que un Estado signatario de la Convención de la ONU de 1951 y/o el Protocolo de New York de 1967 por ser solidario, viola el principio del *non-refoulement*, basado en la seguridad nacional, en detrimento de no posibilitar que el niño disponga de una vida mejor, y le considera un peligro emergente.

Desarrollo

El tema propuesto se justifica por su relevancia social, una vez que, delante de la crisis humanitaria que el mundo ha vivenciado – dónde definir lo que es moral y éticamente acertado ya no es más una simple tarea, y está cada vez más fragilizada. Por lo tanto, es necesario rever los valores que están se perdiendo gradualmente, incluso, con la corroboración de algunos Estados.

Así, se pretende promover una reflexión a respeto del camino que la humanidad está trillando, pues, luego después del fuerte impacto ocasionado por las dos grandes guerras mundiales, el desplazamiento de personas, que ya ocurría hacía mucho tiempo, se maximizó y estuvo acompañado por crisis sociales, políticas y económicas.

En primer lugar, si se debe traer a la luz una breve perspectiva histórica sobre el Derecho Internacional de los Refugiados, que se consolidó como tal a partir de las dos grandes guerras mundiales, momento en que las personas pasaron a desplazarse por el temor de sufrir alguna persecución o castigo (como la tortura o la muerte), ya que los conflictos y las guerras civiles acababan de suceder. Además, buscaban una vida mejor, aunque lejos de su país de origen.

Sin embargo, no significa que la materia "refugiados" sólo se concibió en este contexto. Hay que aclarar que desde mucho tiempo el hombre quiere emanciparse, seguir su rumbo en busca de la felicidad, eso bajo un sesgo histórico un tanto positivo.

Pero, hay un movimiento migratorio forzado que ocurre a lo largo de la historia de la humanidad como consecuencia del fundado temor o efectiva persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, grupo social u opiniones políticas, así como la causa de la discriminación de género y problemas económicos.¹

Los impactos de la posguerra implicaron la creación del Derecho Internacional de los Refugiados y, así, con los constantes y bruscos cambios que ocurrieron en la época, promovió la institucionalización, organización y estructuración de esta ciencia. En este norte, Casella² enseña que “antes da Primeira Grande Guerra, como os problemas existentes ainda não tinham proporcionado a criação do Direito Internacional dos Refugiados, as soluções se davam ou pela concessão de asilo, ou pelo procedimento de extradição [...]”.

A partir de entonces, el escenario político internacional pasó a madurar en cuanto a la protección internacional de los refugiados y la cuestión de los refugiados entró en pauta durante los principales convenios internacionales entre los Estados. Pero, esta dedicación a la causa de los refugiados necesitó de la Segunda Gran Guerra Mundial como estopín para sellar el esfuerzo de mantener a las personas salvaguardadas. De esta forma, es posible deducir que el marco inicial del Derecho Internacional de los Refugiados surgió a partir de la eclosión de la Primera Gran Guerra y los organismos de protección a los refugiados, a partir de la Segunda Gran Guerra.

Así, según los estudiosos del área, la Liga de las Naciones Unidas representa un marco en la protección internacional de los refugiados. Después, ocurrió una serie de actos cruciales para la constitución del Derecho Internacional de los Refugiados.

Por ejemplo, se celebró una Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, en 1930, y posteriormente se creó la Organización sobre Comunicaciones y Tráfico, el Comité de Expertos para la Asistencia de Indigentes Extranjeros, la Comisión de Investigación sobre la Trata de Mujeres y Niños para el Oeste, la Organización Internacional del Trabajo y la Organización Mundial para la Salud. Siendo que, actualmente, hay el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), cuyo núcleo jurídico es la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) y su Protocolo de 1967.³

Es imperativo destacar que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y todos los demás mecanismos internacionales de protección de derechos humanos y de los refugiados deben interpretarse a la luz de la Ley de los Refugiados, la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967.⁴

La Convención de 1951 conceptuó a los refugiados, considerando el "fundado temor de persecución en virtud de motivos étnicos, religiosos o políticos", cuyo concepto es decisivo para determinar las obligaciones contractuales o convencionales de los países signatarios tanto de la Convención y del Protocolo de 1967 e, incluso, la invocación del principio del *non-refoulement* - el principio *jus cogens* del Derecho Internacional de los Refugiados. Así, todos los signatarios podrán exigir, con fulcro, en la Convención de 1951, que los refugiados reciban lo que les es de derecho.⁵

Es importante sinalar que “os Estados, ao incorporarem em suas legislações nacionais os documentos que edificam esse ramo do direito internacional, obrigam-se a exercer tal proteção nas hipóteses de chegada de refugiados em seus territórios nacionais”.⁶ Y es en este momento que el principio del *non-refoulement* pasa a aplicarse en cada país signatario de la Convención de 1951.

¹ GUERRA, Sidney. *Direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

² CASELLA, Paulo Borba. *Refugiados: conceito e extensão*. En: ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 116.

³ ANDRADE, José Henrique Fischel de. *Breve reconstituição histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados*. In: ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 122-124.

ISSN: 2414-8857

ECORFAN® Todos los derechos reservados

⁴ Idem, p. 152.

⁵ CASELLA, Paulo Borba. *Refugiados: conceito e extensão*. In: ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 189.

⁶ LUZ FILHO, José Francisco Sieber. *Non-refoulement: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado*. En: ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 178.

El principio del *non-refoulement*, cuyo cual, se resalta, pertenece a uno de los principios del Derecho Internacional de los Refugiados, presupone que un extranjero solicitante del refugio no podrá ser expulsado, devuelto o rechazado al país de origen o al otro Estado que le persigue o del cual haya fundado temor de persecución, conforme a lo previsto en el art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.⁷ El principio del *non-refoulement* es una norma *jus cogens*, que tiene su vigencia que va de encuentro con el Estado que persigue al refugiado y se aplica al solicitante de refugio, aunque esté en la frontera.⁸

De esta manera, se tiene que *“o princípio da não devolução é a pedra angular da proteção internacional de refugiados, princípio estreitamente vinculado ao de gozar de uma série de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.”*⁹ Sin embargo, este principio ha sido afrontado por algunos países que, con base en el art. 2 de la Convención de la OEA de 1954, devuelven a los solicitantes de refugio al lugar de origen o incluso a un tercer lugar en el que hay persecución o riesgo inminente de ello contra sí.

En este sentido, Guerra¹⁰ comenta que *“a despeito de a vedação do refoulement ser considerada atualmente como princípio do Direito Internacional geral, inúmeros países violam-no com fulcro no artigo 2º da Declaração sobre Asilo Territorial, o qual preconiza que o Estado, em se tratando de casos de segurança nacional ou para proteger a população, como no caso de um afluxo em massa de pessoas, poderá não receber os refugiados, como é o caso dos chamados boat-people, particularmente no Vietnã, constituindo mais uma consequência de o direito de asilo ainda não ser considerado um direito da pessoa humana.”*

Na prática, quando um indivíduo dirige-se a outro Estado, se este não quiser aceitá-lo, tem duas alternativas: ser reconduzido ao Estado de onde veio ou ser enviado para um terceiro Estado. De qualquer modo, a primeira solução ainda viola o princípio do non-refoulement. No caso dos refugiados marítimos, o que ocorre na verdade quando o refugiado é compelido a embarcar novamente é a deportação, já que entrou e permaneceu no território de outro país por um breve espaço de tempo.”

Así, si se niega el estatus de refugiado a los solicitantes o si se rechaza a los refugiados ya reconocidos como tal, el país de destino efectuará una devolución forzosa de la persona al país de origen o de donde ocurre la persecución originaria de la causa del refugio, bajo el fundamento de seguridad nacional. Y, además, hay un Estado que argumenta *“que os solicitantes de refúgio provenientes de determinadas localidades ou pertencentes a certas etnias não sejam eles os perseguidos, e sim os perseguidores”*. Además de violar el principio del *non-refoulement*, *“o Estado no qual se requer o refúgio, ao fechar suas fronteiras e devolver refugiados e solicitantes, aplica, mesmo que de forma indireta, uma sentença de morte a estas pessoas, um verdadeiro genocídio.”*¹¹

Interesante pensar que los niños solicitantes de refugio pueden ser tan o más vulnerables a esta situación que los adultos de modo que su futuro estaría asignado al fracaso completo o a la muerte.

⁷ Art. 33 - Prohibición de expulsión y de devolución (*“refoulement”*) 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

⁸ LUZ FILHO, José Francisco Sieber. *Non-refoulement: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado*. En: ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme ISSN: 2414-8857

ECCORFAN® Todos los derechos reservados

Assis de (Coord.). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 181-183.

⁹ PITA, Agnis Castro. *À guisa de prefácio direitos humanos e direito internacional dos refugiados*. In: GEDIEL, José Antônio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de (Org.). *Refúgio e Hospitalidade*, Curitiba: Kairós Edições, 2016, p. 7-8.

¹⁰ GUERRA, Sidney. *Direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

¹¹ SILVA, Joana de Angelis Galdino. *O direito à não devolução e o reconhecimento do non-refoulement como norma jus cogens*. 2015. 176 f. Tesis (maestría) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, p. 110.

ANTONY-BARBOSA, Lahys Sandy. Breve reflexión sobre la conducta del Estado ante la incidencia de las cláusulas de exclusión sobre los niños solicitantes de refugio. *Revista de Filosofía y Cotidianidad*. 2018.

Sin embargo, es susceptible de análisis y estudio más profundo para descubrir si los Estados, que deberían ser los protectores de los pueblos y mantenedores de la paz, mediante el deber de solidaridad, se valen de sus respectivas soberanías para cerrar las puertas y, posiblemente, violar el más importante de los principios de los derechos humanos, el de la dignidad de la persona humana en contra de los niños o si realmente están dispuestos a proporcionar toda ayuda y protección posibles a ellos.

Delante de un eventual dificultad entre el *non-refoulement* y la seguridad nacional, ante la presencia de un niño que cumpla los requisitos de alguna de las cláusulas de exclusión, hay que verificar el contenido de cada una de las cláusulas de inclusión y exclusión previstas en la Convención de Ginebra 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y si alguna de ellas se aplica al caso concreto. Sabiendo que las cláusulas de inclusión en ella previstas son las siguientes: Art. 1. 2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. (ACNUR, 1951).

Por lo tanto, debe haber el fundado temor de persecución y la persecución tiene que ser por motivos de raza, religión, nacionalidad, grupo social u opiniones políticas, el solicitante debe estar fuera del país de origen y no puede o no desea regresar a su país.

O bien, el solicitante que no posee nacionalidad, se encuentra fuera del país donde tuvo su residencia habitual, no puede o no desea retornar a su país y la existencia de fundados temores de persecución.¹²

Además, las cláusulas de exclusión se dividen en tres partes, la primera es la que excluye de la condición de refugiado al que ya está en el goce de protección de organismo de la ONU, excepto el ACNUR; el segundo se invoca si el solicitante es equiparado o es similar al nacional del país de origen y la tercera cláusula que prevé que no se beneficiará con el estatus de refugiado al que haya cometido un crimen contra la paz, el crimen de guerra, contra la humanidad, el crimen hediondo, participado en actos terroristas o tráfico de drogas.¹³

Y, en el caso, de niños desacompañados llenar esta condición de exclusión ¿qué cosa sucedería?, ¿cómo el Estado va a reaccionar?, ¿un niño puede mismo ser considerado una amenaza a la seguridad nacional?, ¿en dónde se ubicarían los derechos humanos en medio a esta situación?, ¿y el mejor interés del niño?, ¿será que el Estado haría de él un prisionero, lo controlaría ejerciendo así su poder hegemónico sobre los demás?, ¿hay cómo ayudar al niño que, eventualmente, se encuentre bajo las cláusulas de exclusión?, ¿cuál es la conducta moral y éticamente aceptable a ser tomada por el Estado?

En suma, es importante explorar este vasto campo de conocimiento que está lleno de posibles nuevos descubrimientos, una vez que un tanto inédito el tema, no hay muchos autores dedicados específicamente a la causa de los niños refugiados o solicitantes de refugio que llenen una de las cláusulas de exclusión, previstas en la Convención de la ONU de 1951.

Reflexiones finales

El presente artículo tiene por objetivo despertar el interés en la temática, que se fortalece en la medida en que no hay respuestas listas para el problema propuesto.

¹²AGUIAR, Renan. Lei 9.474/97: cláusulas de inclusão e exclusão. In: ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 222.

¹³ Idem, p. 214-228.

Lo que se quiere dejar aclarado es que el breve abordaje del tema, sin pretensión de agótalo, se da por el anhelo de descifrar la razón por qué muchos de los Estados signatarios de la Convención de la ONU de 1951, por más soberanos que sean, tratan a los refugiados o solicitantes de asilo de forma ni siempre proteccionista y cuando se refieren a los niños refugiados - que, casi siempre, son víctimas de un sistema político y social fallido, cruel y opresor - realizan intervenciones que no se sabe con certeza si se trata de más otra conducta opresora que sin embargo, puede estar maquillada de populismo a las sombras de la "seguridad nacional" o si, de hecho, se pretenden dar solidaridad a las personas asiladas, velando, de esta forma, genuinamente por la protección internacional y dignidad humanos de todos los solicitantes de refugio y asilados. Es necesario celar por los principios de los Derechos Humanos y permitir a un niño que le sea garantizado su derecho a tener una vida digna, partiendo del presupuesto de que nadie nasce malo y que si se puede vivir libre del miedo de la muerte, tortura o persecución, independiente, de lo que un día le hayan enseñado o doctrinado.

Referencias

ACNUR. *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*. 1951. Disponible en: <<https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>> Aceso en: 30 nov. 2018.

AGUIAR, Renan. *Lei 9.474/97: cláusulas de inclusão e exclusão*. In: ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 211-232.

ANDRADE, José H. Fischel de. *Breve reconstituição histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados*. En: ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 99-126.

CASELLA, Paulo Borba. *Refugiados: conceito e extensão*. En: ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUERRA, Sidney. *Direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUZ FILHO, José Francisco Sieber. *Non-refoulement: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado*. En: ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 177-210.

PITA, Agnis Castro. *À guisa de prefácio direitos humanos e direito internacional dos refugiados*. En: GEDIEL, José Antônio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de (Org.). *Refúgio e Hospitalidade*, Curitiba: Kairós Edições, 2016.

SILVA, Joana de Angelis Galdino. *O direito à não devolução e o reconhecimento do non-refoulement como norma jus cogens*. 2015. 176 f. Tesis (maestría) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.