



Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho

“El Refugio en Costa Rica, su evolución y el aporte jurisprudencial del caso de Chere Lyn Tomayko a esta figura.”

Tesis de Grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho

| | |
|------------------------------------|---------------|
| <i>Clarissa Castillo Cubillo</i> | <i>A31250</i> |
| <i>María Laura Elizondo García</i> | <i>A41898</i> |

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

San José, Costa Rica

2009

DEDICATORIA

*A mi familia y amigos, por estar siempre y por darle forma
a mi pequeño universo...*

Laura.

DEDICATORIA

*A Dios,
por sus pequeños inmensos regalos.*

*A Pi,
por ser mi fuerza de Sheccid, mi guía y amigo inolvidable.*

*A mi familia,
por sus consejos, palabras de aliento,
muestras de cariño y cuidado en el sendero de la vida.*

*Aquellas personas,
que difícilmente se pueden enumerar
pero me han regalado una semillita de
amistad, un granito de conocimiento y
han creado una marca indeleble
en mi corazón.*

Clarissa.

Agradecimientos

A nuestra Directora, a nuestras Lectoras y a los profesores que revisaron esta investigación. Su aporte ha sido fundamental para nosotras.

A los chicos de la Biblioteca de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cindy y Jairo, quienes, siempre con una sonrisa, soportaron nuestras múltiples dudas y se armaron de paciencia cuando la conversación se nos salía de las manos y quebrantábamos la paz de la Biblioteca...

A los funcionarios de las distintas Bibliotecas de la Universidad de Costa Rica, quienes se portaron maravillosamente durante nuestra investigación.

A doña Gloria Maklouf por su calidez, por brindarnos una sonrisa y buenos deseos.

A doña Mayra Fernández, por regalarnos su creatividad y hacer posible que nuestro deseo se cumpliera....

A don Gonzalo Monge por inspirarnos con sugerencias y hablarnos de la vida en sus clases de Derecho Internacional e impulsar la creatividad.

A las personas de ACAI y de ACNUR, que todos los días trabajan por mejorar las condiciones de los refugiados

“La violencia contra la mujer es quizás la violación de derechos humanos más vergonzosa. Y es quizás la más generalizada. No conoce ningún límite de geografía, cultura o riqueza. Siempre que siga, no podemos alegar estar logrando avances reales hacia la igualdad, el desarrollo y la paz.”

Secretaria General de las Naciones Unidas Kofi Annan, 1999.

Tabla de abreviaturas

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados: ACNUR.
- Convención sobre los Derechos del Niño: CDN.
- Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanos: CDSAHA.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer : CEDAW (con sus siglas en inglés).
- Consejo Nacional para Refugiados: CONAPARE.
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951: CONVENCIÓN DE 1951.
- Dirección General de Migración y Extranjería: DGME.
- Dirección General para la Protección y Asistencia de Refugiados: DIGIPARE.
- Instituto Nacional de la Mujer: INAMU.
- Immigration National Service (Servicio Nacional de Inmigración en Estados Unidos): INS.
- Junta de Inmigración y Refugiados de Canadá: UNRRA.
- Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales: LGBT.
- Organización de Estados Americanos: OEA.
- Organización Internacional para los Refugiados: OIR.

- Organización de las Naciones Unidas: ONU.

- Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente: OOPS.

- Organización Panamericana para la Salud: OPS.

- Organización para los Estados Africanos: OUA.

- Protocolo a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951: PROTOCOLO DE 1967.

- United Nations High Commissioner for Refugees (siglas en inglés del ACNUR): UNHCR.

Índice general

| | |
|--|------------|
| Resumen..... | xiii. |
| Introducción..... | 1. |
| Título Primero. Generalidades acerca del Refugio..... | 6. |
| Capítulo I. Concepto General de Refugio..... | 6. |
| Sección I. Definición..... | 6. |
| A. Definición de Refugio..... | 6. |
| B. Diferencia entre Asilo Político y Refugio..... | 8. |
| Sección II. Evolución Histórica..... | 14. |
| A. Antes y Después de la Segunda Guerra Mundial..... | 14. |
| B. Desarrollo Histórico en Latinoamérica..... | 21. |
| C. Proceso Histórico de Costa Rica..... | 30. |
| Sección III. Fuentes del Derecho de los Refugiados..... | 40. |
| A. Fuentes Escritas Contractuales..... | 40. |
| B. Fuentes Declarativas..... | 44. |
| C. Fuentes de Naturaleza Institucional..... | 48. |
| D. Fuentes de Autoridad Moral..... | 49. |
| E. Principios Generales..... | 50. |
| F. Órganos..... | 51. |
| Capítulo II. Análisis del Artículo Primero de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951..... | 55. |
| Sección I. Elementos Determinantes de la Condición de Refugiado..... | 56. |
| A. Elemento Subjetivo..... | 56. |
| B. Elemento Objetivo..... | 57. |
| C. Agentes Perseguidores..... | 60. |
| Sección II. Cláusulas de Inclusión a la luz del Género..... | 61. |
| A. Definición General..... | 61. |
| B. Raza..... | 62. |
| C. Religión..... | 63. |
| D. Nacionalidad..... | 64. |
| E. Opiniones Políticas..... | 65. |
| F. Pertenencia a un grupo social determinado..... | 67. |

| | |
|--|------|
| Sección III. Cláusulas de Cesación. | 72. |
| A. Definición General. | 72. |
| B. Interpretación de las Cláusulas. | 74. |
| Sección IV. Cláusulas de Exclusión. | 78. |
| A. Definición. | 78. |
| B. Casos Especiales. | 86. |
| Sección V. Procedimiento para determinar la condición de Refugiado. | 88. |
| A. Procedimiento dictado por ACNUR. | 88. |
| B. Procedimiento dictado por ACNUR en casos por motivo de género. | 91 |
| C. Procedimiento utilizado en Costa Rica. | 94. |
| Capítulo III. Medidas de Protección. | 95. |
| Sección I. Principios. | 95. |
| A. Principio de la No Devolución. | 95. |
| B. Principio de la No Expulsión. | 101. |
| C. Principio de la No Extradición. | 102. |
| D. Detención. | 104. |
| Sección II. Derechos Protegidos por la Figura del Refugio. | 108. |
| A. Derechos de la persona como solicitante de Refugio. | 108. |
| B. Derechos de la persona como Refugiado reconocido. | 117. |
| C. Derechos que protege el Estatuto de Refugiado. | 118. |
| Sección III. Soluciones Duraderas. | 123. |
| A. Repatriación. | 123. |
| B. Reasentamiento. | 126. |
| C. Integración Local. | 127. |
| Título II. La Violencia Doméstica como Causal de Refugio. | 128. |
| Capítulo I. Antecedentes del Caso de Chere Lyn Tomayko. | 128. |
| Sección I. El Caso en Concreto. | 128. |
| A. Narración de los Hechos. | 128. |
| B. Otorgamiento del Estatuto de Refugiada. | 137. |
| C. Criterios emitidos por la Dirección General de Migración y Extranjería, el Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública y la Sala Constitucional. | 141. |

| | |
|---|------|
| D. Casos Similares en Costa Rica y el aporte de éste caso..... | 146. |
| Capítulo II. Análisis del concepto “Pertenenencia a un Grupo Social Determinado.”..... | 152. |
| Sección I. Definición..... | 152. |
| A. Doctrina Internacional..... | 152. |
| i. Escuela Expansionista..... | 155. |
| ii. Escuela Restrictiva..... | 156. |
| iii. Escuela “Ejusdem Generis”..... | 156. |
| B. ACNUR..... | 157. |
| C. Criterios Jurisprudenciales..... | 160. |
| D. Grupos Sociales Emergentes..... | 188. |
| Sección II. Particularidades..... | 191. |
| A. Criterios en el Common Law..... | 191. |
| i. Características Protegidas. | 191. |
| ii. Percepción Social..... | 193. |
| iii. Principio de No Discriminación..... | 196. |
| B. El rol de persecución..... | 199. |
| i. Basado en Grupo Social Determinado..... | 202. |
| ii. Basado en Género..... | 205. |
| iii. Los agentes de Persecución y la Protección del Estado..... | 215. |
| C. El Grupo Social Determinado y las otras categorías del Artículo Primero de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951..... | 218. |
| D. Jurisprudencia de Género..... | 219. |
| Capítulo III. La No Violencia Doméstica como un Derecho Humano Incipiente..... | 241. |
| Sección I. Definición de Violencia Doméstica..... | 241. |
| A. Concepto..... | 241. |
| B. Tratados Internacionales y Legislación Local..... | 271. |
| C. Actualidad de la Violencia Doméstica..... | 285. |
| D. Violencia Doméstica como Causal de Refugio..... | 296. |

| | |
|---|-------------|
| Sección II. Incorporación de la Violencia Doméstica a la Protección Internacional..... | 299. |
| A. Generalidades..... | 299. |
| B. Perspectivas al Respecto..... | 306. |
| i. Violencia Doméstica como un asunto de Salud Pública..... | 306. |
| ii. Violencia Doméstica como Tortura Privada..... | 313. |
| iii. La No Violencia Doméstica como un Derecho Humano..... | 326. |
| iv. Los Costos Económicas de la Violencia Doméstica..... | 337. |
| C. Formas de luchar contra la Violencia Doméstica..... | 347. |
| Conclusiones y Propuestas Finales..... | 354. |
| Bibliografía..... | 367. |

Resumen

CASTILLO CUBILLO, Clarissa y ELIZONDO GARCÍA, María Laura. **“EL REFUGIO EN COSTA RICA, SU EVOLUCION Y EL APOORTE JURISPRUDENCIAL DEL CASO DE CHERE LYN TOMAYKO A ESTA FIGURA”**. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2009.

DIRECTORA: Licda. Melissa Salas Brenes.

LISTA DE PALABRAS CLAVES:

Derechos Humanos

Derecho Internacional

Refugiados

América Latina

Violencia Doméstica

Grupo Social Determinado

“El Refugio en Costa Rica, su evolución y el aporte jurisprudencial del caso de Chere Lyn Tomayko a esta figura” es una investigación que expone las características del Refugio, su concepto y generalidades. Desarrolla la definición de este instituto, sus diferencias y similitudes con la figura afín del asilo político, e intenta esclarecer las distintas confusiones que puedan surgir alrededor de ambos términos. En el trabajo se continúa narrando la historia del Refugio, su nacimiento, su desarrollo histórico y su posición actual. Asimismo, se evalúan en él las distintas fuentes que le dan origen dentro del Derecho de los Refugiados.

Consecutivamente se analiza el artículo primero de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra en 1951, el cual es un artículo clave que rige el derecho de los Refugiados; ya que contiene el concepto y las pautas mediante las cuales a un solicitante de refugio se le puede otorgar dicha condición, se le puede excluir de la misma, o bien, cuando cesa dicha condición.

Aunado a lo anterior, en este trabajo de investigación se presenta el procedimiento que ACNUR ha formulado para otorgar la condición de refugiado y las medidas que los protegen.

En esta investigación se plasman los datos más relevantes y posibles de recabar sobre el caso de Chere Lyn Tomayko, ya que se le debe advertir al lector, que los expedientes de los solicitantes de refugio son privados, debido al estado peligro en el que se encuentran. Por lo tanto, para exponer y analizar el caso se tomaron como referencia, el Voto de la Sala Constitucional número 11576-2008 de las nueve horas y veintinueve minutos del veinticinco de julio de 2008 y diversos artículos de periódicos nacionales.

Posteriormente la investigación analiza el concepto de "pertenencia a un grupo social determinado" que funge como el pilar fundamental de este trabajo de investigación, al ser el motivo dentro de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra en 1951 con más interpretaciones e imprecisiones. Sobre este tema se expone el concepto general que existe sobre él en doctrina, varias escuelas de pensamiento que se originan para tratar de dar una explicación sobre el concepto, lo que considera el ACNUR y los criterios jurisprudenciales que han tomado forma a través de su desarrollo.

Finalmente, la investigación entra a evaluar las condiciones de la no Violencia Doméstica como un Derecho Humano incipiente. Por lo tanto, se estudia el concepto de Violencia Doméstica, su realidad, la legislación internacional y local que la aborda implícita y explícitamente, y la Violencia Doméstica como una causal de refugio. Además propone la incorporación de

este tipo de violencia a la protección internacional por medio de la exposición de diversas teorías que fomentan su inserción en esta rama del derecho.

Introducción

La figura del Refugio ha evolucionado significativamente a través del tiempo. Inició como un instituto humanitario otorgado para dar respuesta a problemas ocasionados por la Segunda Guerra Mundial, y tomó forma en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra en 1951.

Posteriormente al surgir necesidades a nivel regional, se confeccionaron instrumentos que suplieran las carencias de la Convención arriba mencionada; que se adaptaran más a la realidad de su región y todo ello sirvió para regular de una forma concreta el instituto, como por ejemplo la Declaración de Cartagena en 1984 y la Declaración sobre los Refugiados de la Organización para la Unidad Africana.

Históricamente se ha interpretado que la figura del refugio es más que todo europea, mientras que el asilo político se confina al sistema latinoamericano. Debido a esto han surgido imprecisiones terminológicas que conducen a confusión. Sin embargo, cabe destacar que sólo en Latinoamérica se hace la diferencia entre este instituto y la figura del asilo político con sus diversas modalidades como las sería el asilo territorial y el asilo diplomático.

Debido a que la figura del Refugio en nuestro país y en Latinoamérica ha jugado un papel de importancia y ha tomado fuerza en los últimos años; ello nos motivó a realizar nuestra investigación en éste campo, aunado a la incidencia positiva y enriquecimiento a la figura que ha brindado a Costa Rica el caso de la norteamericana Chere Lyn Tomayko.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia internacional y cierto sector doctrinario, la evolución del refugio ha sido en gran parte consecuencia de la inserción de un concepto ambiguo en el artículo primero de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra en 1951; se trata de la “pertenencia a un grupo social determinado”. Este concepto se ha definido e

interpretado en diferentes jurisdicciones del mundo, siendo más desarrollado en países pertenecientes al Sistema del Common Law.

Con el caso de Chere Lyn, Costa Rica logra un avance significativo en materia de Refugio ya que reafirma que la Violencia Doméstica constituye una base para otorgar la condición de Refugiado a una persona. Así nuestro país se apega a lineamientos de corte internacional sin pecar de restrictivo y se involucra en la lucha por constituir éste tipo de violencia como un Derecho Humano. Siendo este caso de tanta relevancia, nos damos a la tarea de estudiar y analizar el fundamento de la resolución que le concedió el estatus de refugiado a la señora Tomayko.

De esta forma, esta investigación intenta demostrar que la evolución significativa que ha tenido la figura del Refugio se debe a la imprecisión terminológica que ha existido siempre alrededor del concepto de "pertenencia a un grupo social determinado" y a que dentro de esta evolución se desarrolla la teoría en la que la Violencia Doméstica puede perfectamente ser una causal por la cual se le deba otorgar la condición de refugiado a una persona.

En este estudio se pretende comprobar la siguiente hipótesis:

La apertura del alcance de la figura del Refugio se debe al empleo del término "pertenencia a un grupo social determinado", plasmado en el Artículo Primero de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951.

Esta investigación tiene como objetivos generales, determinar la magnitud del desarrollo que ha tenido la figura del refugio a nivel nacional e internacional desde sus orígenes hasta la actualidad, como también analizar el caso de la señora Chere Lyn Tomayko con el fin de establecer los aportes y repercusiones que tiene con respecto al instituto del Refugio.

Los objetivos específicos que se esperan lograr son los siguientes: definir puntualmente el concepto de Refugio y así señalar las diferencias y

similitudes existentes entre la figura del Asilo Político y el instituto del Refugio; establecer las fuentes de las cuales emana el Derecho Internacional de los Refugiados, evidenciar el desarrollo alcanzado en los países del Common Law en materia de Refugio en comparación con las naciones del Civil Law; analizar el alcance del concepto de “pertenencia a un grupo social determinado” que aparece en la Convención de 1951; evaluar los criterios emitidos por la Sala Constitucional, el Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública , y la Dirección General de Migración y Extranjería, para otorgar la condición de refugiado en el caso específico de Chere Lyn Tomayko; investigar cuál ha sido la jurisprudencia con respecto a la Violencia Doméstica como causal de refugio a nivel nacional e internacional.

Para el desarrollo de esta tesis se utilizó la metodología deductiva, ya que se partió de aspectos generales para llegar a otros en específico; y los métodos interpretativos: literal-gramatical y sociológico-voluntarista. Se han utilizado estos métodos por resultar los más aptos para comprobar la hipótesis por cuanto para su determinación se ha partido de una análisis general que ha desencadenado en el surgimiento de aspectos más específicos; y ha sido necesaria la interpretación de jurisprudencia y criterios legislativos no tan recientes que datan de hasta hace cincuenta años.

Puntualmente ha sido necesario descifrar las intenciones de los redactores de la Convención de 1951, esclarecer conceptos de la misma que han probado ser nebulosos, escudriñar en los criterios jurisprudenciales de países ajenos a nuestro sistema de derecho y hacer una lectura detenida de importantes autores expertos en el tema para poder dar construcción al siguiente trabajo.

Para comprobar nuestra hipótesis se analizaron los aspectos generales de la figura del Refugio, en algunos casos se recurrió a las normas de la lengua para dar sentido a textos poco claros y se echó mano de de trabajos preparatorios, jurisprudencia e interpretaciones proporcionadas por algunos autores de legislación internacional.

Posteriormente se abordó la cláusula de inclusión de pertenencia a un grupo social determinado contenida en la Convención de 1951, pilar de nuestra investigación; para ulteriormente desarrollar la figura de la Violencia Doméstica, su papel dentro del Refugio y sus repercusiones dentro del mismo.

El trabajo se realizó mediante investigación e interpretación en su mayoría de documentos escritos, aunque sí se recurrió a un par de entrevistas y al uso de estadísticas proporcionadas por diversos institutos. Específicamente se utilizaron libros sobre el Refugio, trabajos finales de graduación en su mayoría de la Universidad de Costa Rica, periódicos nacionales, artículos académicos de autores internacionales y nacionales, jurisprudencia y legislación internacional, y se tomó como referencia el caso en concreto de la señora Chere Lyn Tomayko en Costa Rica.

El presente trabajo de investigación está estructurado en dos títulos que se desarrollan, el primero exponiendo las generalidades que engloba la figura del Refugio y el segundo, las generalidades de la Violencia Doméstica como causal de Refugio.

El título primero se compone de tres capítulos: en el primer capítulo se desarrolla el concepto de Refugio, para lo cual se estudia su evolución histórica y las fuentes del derecho que le dan origen. En el segundo, se analiza el artículo primero de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951, evaluando los elementos determinantes de la Condición de Refugiado, las cláusulas de inclusión, exclusión y cesación, y el procedimiento para determinar la condición de Refugiado. En el capítulo tercero se desarrollan las Medidas de Protección existentes en el Derecho de los Refugiados, para lo cual se estudiaron los principios, los derechos protegidos por la figura del Refugio y las soluciones duraderas.

El título segundo consta de tres capítulos: en el primer capítulo se exponen los antecedentes del caso Chere Lyn Tomayko. En el segundo capítulo se aborda el motivo "pertenencia a un grupo social determinado", se desarrolla la definición del motivo como tal y las particularidades que lo rodean.

Finalmente en el capítulo tercero se desarrolla la concepción de la no Violencia Doméstica como un Derecho Humano incipiente, en el cual se analiza la definición del concepto de Violencia Doméstica, la legislación local e internacional que la comprende, la incorporación de la No Violencia Doméstica como un Derecho Humano y varias teorías que lo respaldan.

En la parte final del trabajo se encuentran las conclusiones alcanzadas con su confección, el aporte y las recomendaciones que decidimos agregar.

Título Primero. Generalidades acerca del Refugio

Capítulo I. Concepto General de Refugio

Sección I. Definición

A. Definición de Refugio

El Refugio es una construcción legal que abarca la posibilidad que una persona o grupo de personas solicite protección en un Estado distinto al suyo y que éste se la conceda. Lo anterior implica ciertos derechos a favor del solicitante y el acceso a medidas de protección que pueden estar o no en su país, así como varias condiciones con las que debe cumplir para que el Estado lo acepte. De igual manera, se le tiene como una especie de “estatus” o situación transitoria de la persona hasta que se regularice su situación en el Estado o pueda obtener admisión en otro país.¹

El concepto alcanza uniformidad con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967 que lo definen así:

“Toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera de su país de 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 fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él.”²

Galindo Pohl³ caracteriza al Refugiado amparado por la Convención de Ginebra así:

¹ SAN JUAN, CESAR W. (2005): 37.

² ACNUR. (2000). “Protección y Asistencia de Refugiados en América Latina. Documentos Regionales 1981-1999”. Pág.74.

³ GALINDO POHL, REYNALDO. (1986):155.

→ Se trata con frecuencia de grupos muy numerosos que simultáneamente buscan protección en países extranjeros.

→ Son personas de todos los estratos sociales.

→ Son personas que usualmente pertenecen a grupos, asociaciones o comunidades que han sufrido persecución, sin determinaciones individuales, por motivos de raza, religión, pertenencia a un grupo social determinado, nacionalidad u opiniones políticas.

→ Precisamente por el motivo por el que sufren persecución, estas personas sufren de un temor fundado de perder su libertad o su vida, por lo que tratan de escapar al peligro actual o potencial, moviéndose de su país.

Posteriormente en la Convención de la Organización para los Estados Africanos (OUA) se le aporta a esta definición ampliando el alcance de las circunstancias que puedan dar origen al refugio:

*“El término ‘refugiado’ se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad”.*⁴

En 1985 con la Declaración de Cartagena también surgen nuevas contribuciones a la definición:

“La definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países, porque su vida,

⁴ Ob. Cit. ACNUR: 74.

*seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.*⁵

Tanto la Declaración de Cartagena como la Convención de la OUA, contribuyen a la definición de Refugiado contemplada en la Convención de 1951; lo que a su vez genera dinamismo en la aplicación de dicha definición de acuerdo a cada región, adaptándose a las circunstancias y necesidades imperantes a cada época.

De esta forma existe un complemento a la definición creada por la Convención de Ginebra que poco a poco ha ido extendiendo el ámbito de selección en los países que han suscrito estos instrumentos. Sin embargo, hay países que intentan restringir el concepto mediante la interpretación en la que es necesaria la responsabilidad del Estado como agente de persecución, argumentando que todo Estado tiene el deber de proteger a sus ciudadanos y la búsqueda de protección en el extranjero sólo se justificaría si el Estado faltara a ese deber.

Dicha restricción es contraria a la finalidad del instituto y se presenta sumamente limitada, además de que es carente de cimientos sólidos en los que apoyarse, pues cada país debe seguir un proceso específico para determinar la condición de refugiado y no puede otorgarlo en forma discrecional.

B. Diferencia entre Asilo Político y Refugio

Ha existido la tendencia, de comparar y a veces confundir los conceptos de Asilo Político y Refugio (inclusive hay todo un debate académico), cuando son significativamente diferentes. Con el fin de evitar las imprecisiones definiremos claramente cada concepto.

⁵ Ob. Cit. ACNUR: 74.

Debe quedar establecido que el concepto universal de Refugio o Refugiado es el que emana del artículo Primero de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951; mientras que el Asilo Político se refiere a una práctica discrecional del Estado por la cual se le otorga a una persona asilo o protección dentro del país otorgante siempre que sea por motivos de origen político.

López Garrido considera que el asilo es como el permiso de entrada y de estancia en un determinado país, que inclusive podría ser definitiva; y el refugio simplemente sería la prohibición de rechazo de la persona solicitante⁶. Sostiene además, que ambas figuras son parte de un derecho humano de asilo que define así:

“El derecho de asilo es un derecho humano fundamental en la actualidad, necesitando, desde luego, de una más rigurosa regulación; es el derecho de toda persona que huye de la persecución, a ser acogida y protegida por autoridades y sociedades diferentes de aquellas de las que huye.”⁷

Esta hipótesis tiene validez por cuanto es una consecuencia segura que del otorgamiento de ambas condiciones se le brindará a la persona amparo y protección, lo que constituye ese derecho de asilo.

A nuestro parecer la confusión entre ambas figuras se origina precisamente en no distinguir de la mejor manera la hipótesis anteriormente mencionada, ya que efectivamente se trata de un derecho que globalmente abarca el cobijo y protección del estado al refugiado o asilado. Además los derechos que se les ampara a los dos son los mismos para uno y para otro, como también los principios que los salvaguardan.

⁶ LOPEZ GARRIDO, DIEGO. (1991): 17.

⁷ Ob. Cit.: 18.

Por otro lado, existen varias acepciones en América Latina sobre estos dos conceptos que deben ser esclarecidas para poder establecer las diferencias o similitudes que pueda haber entre ambos términos.⁸

“...se han desarrollado tesis contrarias soportadas en diversas razones que distinguen el régimen del asilo del refugio. Mientras unos sostienen que el asilo es un sistema regional y el refugio universal, otros desafortunadamente han querido establecer la diferencia entre ambos sistemas en términos de números, es decir, el refugio para grupos y el asilo para casos individuales, tampoco han faltado aquellos que consideran que el refugio opera para los desamparados y el asilo para los que tienen recursos propios, todas estas interpretaciones resultan bastante débiles al carecer de un fundamento jurídico sólido.”⁹

1. El “asilo” como una figura Latinoamericana y el “refugio” como instituto universal: es cierto que ambas figuras encontraron su mayor desarrollo en América Latina y Europa, respectivamente; pero no por ello es posible afirmar que son figuras exclusivas de cada sistema. Ambas figuras coexisten pacíficamente en Latinoamérica, se trata simplemente de aplicar el instrumento que corresponde según el caso concreto.

2. “Asilo” y “Refugio” como sinónimos: esto se deriva de la tradición Latinoamericana de usar asilo territorial y refugio indistintamente, lo cual es también erróneo. Explica el Licenciado Rodolfo Antonio Parker Soto que según los instrumentos regionales (Tratado de Derecho Penal Internacional, Convención sobre el Asilo de la Habana y la Convención sobre el Asilo Territorial de Caracas de 1954), el asilo territorial es otorgado en territorio extranjero a personas que son perseguidas sea por delitos políticos o simplemente por motivos políticos¹⁰. Esta definición es en extremo similar a la de asilo político, se diferencia según el autor, en que el asilo político puede ser

⁸ ACNUR. (2001). “Derechos Humanos y Refugiados en las Américas: Lecturas Seleccionadas.” : 179.

⁹ ORTIZ AHLF, LORETTA. (2004): 43.

¹⁰ PARKER SOTO, RODOLFO A. (1985): 83.

otorgado en navíos de guerra, legaciones, barcos, entre otros, mientras que el asilo territorial se da en territorio extranjero.

3. “Refugio” como traducción simplista, al idioma español, de los términos “asilo”: se debe a la traducción al español de los términos “asile” del francés y “asylum” en inglés de todos los instrumentos clásicos de derechos humanos. Así, pedir refugio según esta acepción sería solicitar el asilo extendido por un Estado a refugiados.

4. “Asilo” como protección a individuos y “Refugio” como protección a grupos: Siguiendo esta acepción, el asilo sería una figura sólo aplicable a una persona, a título individual con base en su persecución, mientras que el refugio es un instituto que brinda protección a grupos. Lo anterior tampoco es correcto, pues ya se ha definido que ambas figuras difieren en los motivos por las cuales se conceden y no en el número de personas a las que se les otorga. Cada caso es diferente y cada persona tiene motivos distintos para solicitar tal condición.

5. “Refugio” como protección mínima, en casos de afluencia a gran escala: se refiere a la creencia de que el refugio existe sólo como garante del principio del “non- refolement” y sólo dura y otorga derechos mínimos hasta que se logra obtener el asilo.

En el 2004 el ACNUR y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús realizaron una investigación haciendo un análisis crítico del dualismo asilo-refugio a la luz del derecho internacional y los derechos humanos¹¹. Dicha obra explora diversas causas y consecuencias que afloran con la presencia en el ámbito jurídico internacional de estas confusiones y la terminología imprecisa.

Dentro de las causas cabe mencionar: que existe una tendencia considerar la excelsa tradición de asilo como algo meramente latinoamericano;

¹¹ VER SAN JUAN, CESAR. Ob. Cit.: 40.

el indefinido uso que se hace entre “asilo” y “refugio” en la normativa latinoamericana; el desprestigio emergente hacia la práctica del asilo por representar concesiones que en muchas ocasiones favorecen la impunidad; la conveniencia que representa la discrecionalidad del otorgamiento del estatus de asilado; la diferencia económica que existía entre los tradicionales asilados políticos y las personas refugiadas debido a los movimientos de los 70 y 80 en Latinoamérica; la influencia de la legislación española, que hacía distinción entre el asilo y el refugio, y ciertas iniciativas en materia de capacitación de funcionarios del ACNUR en América del Sur, que denominaron refugio al sistema universal de los refugiados.¹²

Todo lo anterior ocasiona una gran confusión entre los Estados, los académicos y distintos sectores, ya que los conceptos pierden vigor y las supuestas diferencias entre ambos se fundan en premisas erróneas. Además se intenta conservar esa exclusividad histórica de la tradición de brindar asilo respecto del desarrollo a nivel internacional, sustrayendo el contenido de la protección de asilo y relegándolo al sistema latinoamericano, un sistema en que está en abierto desuso.

Por otro lado, el contenido del derecho de asilo sería limitado a los supuestos del asilo latinoamericano y no alcanzaría a cubrir a las personas que solicitan protección bajo la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 ni a los refugiados reconocidos bajo dichos instrumentos.¹³

En razón de lo ya mencionado y para concluir este apartado, nos parece importante insistir en el punto de las diferencias existentes entre ambas figuras por lo que a continuación expondremos de forma somera la enumeración efectuada por el autor Jaime Ruiz de Santiago en “La Protección Jurídica de los Refugiados en la Región Centroamericana”.¹⁴

¹² Ob. Cit.: 41.

¹³ Ob. Cit.: 42.

¹⁴ RUIZ DE SANTIAGO, JAIME. (1990): 86.

- a.** El asilo es una institución convencional regional, mientras que el refugio es universal.

- b.** El conceder el refugio representa un acto de carácter declarativo, por que desde que la persona huye es refugiado; en tanto que el acto por el cual se otorga el asilo es constitutivo, pues se trata de un acto administrativo.

- c.** En el asilo existe la posibilidad de que éste sea concedido en el propio país de origen del peticionante, mientras que el solicitante de refugio debe estar fuera de su país de origen.

- d.** El asilo es un acto discrecional y soberano de un Estado, el refugio es una condición que se otorga siguiendo lineamientos determinados por un órgano estatal.

- e.** La persecución a la que es sujeto el solicitante de asilo debe ser actual y presente, la persecución que sufre el solicitante de refugio no debe necesariamente ser actual y efectiva, es suficiente que exista temor fundado de persecución.

- f.** Las causas por las que se entrega el asilo son mucho más reducidas que las que conceden el refugio.

- g.** Cuando un Estado decide si otorga o no el asilo, no toma en consideración si el perseguido ha actuado en contra de las finalidades y principios de la ONU, lo que si se considera como un punto importante para reconocer el refugio (Sección F, letra c del artículo 1 de la Convención de 1951).

Es claro que ambos conceptos, aunque muy parecidos, resultan ser términos autónomos. Por esa razón y para evitar futuras equivocaciones, es necesario concretar tanto sus diferencias como sus similitudes y de esta forma se logra acabar con las imprecisiones terminológicas que a veces nos llevan a errar en esta materia.

En el caso de Costa Rica, sí se separan los términos. El Doctor Hugo Alfonso Muñoz expone las siguientes diferencias¹⁵ a nivel nacional en su artículo. “El Acto de Reconocimiento de la condición de refugiado”:

- Nuestra Constitución Política sólo regula la figura del asilo político en su artículo 31.
- El asilo es otorgado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, mientras que el refugio lo concede la Dirección General de Migración y Extranjería.
- Se puede afirmar que el asilo es un acto político que dicta el Estado, en el ejercicio de su soberanía y como sujeto de derecho internacional.
- El asilo es un acto de discrecionalidad muy amplia, mientras que el refugio está sujeto a condicionamientos y categorías que deben ser cumplidos.
- Según el artículo 31 de la Constitución Política, existe un derecho constitucional de asilo en Costa Rica, en consecuencia el Estado lo concederá de acuerdo con criterios lógicos de justicia y de oportunidad.

Sección II. Evolución Histórica

A. Antes y Después de la Segunda Guerra Mundial

Antes de 1951 la regulación internacional de la condición de refugiado y la figura como tal se desarrollaba solamente como método para tratar de solucionar los problemas jurídicos que surgían ante la presencia de poblaciones enteras desplazadas de su país de origen. Se trataba de personas en su mayoría sin documentos viviendo una situación que los dejaba en un limbo jurídico al tener que huir de su país abruptamente. El fenómeno inició en

¹⁵ MUÑOZ QUESADA, HUGO A. (1986): 50.

1912 con las guerras balcánicas y en mayor proporción con el estallido de la Revolución Rusa en 1917 y el subsecuente surgimiento de la Primera Guerra Mundial.

Europa se despierta en una situación de caos y de cambio:

“...caen cuatro imperios en Europa en el espacio de pocos años (ruso, alemán, austro-húngaro y otomano), aparecen y adquieren vigor el fascismo y el nazismo, la guerra civil que asola a España presenta ramificaciones internacionales vastas y complejas, comienza la segunda guerra mundial una generación después de la primera, caen y cambian regimenes y Europa se polariza en Este y Oeste.”¹⁶

Con los abatimientos de la época, las personas comienzan su éxodo hacia otras naciones de la misma Europa e inclusive de America Latina, creando un fenómeno sin precedentes para la comunidad internacional que se ve obligada a unirse y encontrar una manera de ayudar a estos migrantes forzados.

Como primer paso en 1921 la Sociedad de Naciones, organismo basado en los principios de cooperación internacional y seguridad colectiva creada en 1919, decidió crear la figura del Alto Comisionado para los Refugiados nombrando al Doctor Fridtjof Nansen en el puesto debido a su experiencia dirigiendo la repatriación de refugiados en nombre de ese organismo.

Sin embargo Nansen solo tenía competencia para actuar con refugiados rusos, pues mucho antes de alcanzar una definición universal del refugio, se les dividía en categorías nacionales.

Paulatinamente la figura del Alto Comisionado se extendió a otras nacionalidades lo que probó ser de gran ayuda cuando se creó el llamado “pasaporte Nansen”. Este documento constituía una cédula personal destinada

¹⁶ KOULISCHER, GEORGES. (1983): 5.

a servir de documento de viaje, expedida a los refugiados que no tenían documentos, de acuerdo con las disposiciones de instrumentos de la anteguerra.¹⁷

Asimismo la participación de Nansen fue fundamental en cuanto a la promulgación de instrumentos internacionales para ciertos grupos de refugiados y la creación de organizaciones intergubernamentales que se preocuparan de estos grupos.

Estos son algunos de los instrumentos más importantes de los años anteriores a la Convención de 1951 que cita Koulischer en su obra:¹⁸

→ “Arreglo del 12 de mayo de 1926” (instrumento que beneficiaba a refugiados rusos y armenios).

→ “Arreglo del 30 de junio de 1928” (sobre refugiados sirios, asiriocaldeos y turcos).

→ “Convención del 28 de octubre de 1933” (en esta se consolidan los textos precedentes).

→ “Protocolo del 14 de septiembre de 1939” (relativo a los refugiados austriacos víctimas de la persecución nazi).

Posteriormente en 1931 se decidió crear una oficina autónoma, con un órgano directivo propio, La Oficina Internacional Nansen para los refugiados. Se ocupaba de los refugiados que por mandato le correspondían a Nansen y a partir de 1935, la protección de los refugiados que dejaban el Saar luego de su anexión a Alemania.¹⁹

¹⁷ Conforme definición establecida en la nota nº 4 al punto 33, apartado 1, sección A, capítulo II del [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](#).

¹⁸ Lista de Instrumentos tomada de la obra de KOULISCHER, Ob. Cit. : 6.

¹⁹ GESULFO, ANTONELLA. (2009) “La Comunidad Internacional se hace cargo del problema”. ACNUR <http://www.acnur.org/index.php?id_pag=374> Consultado el 6 de abril del 2009.

En 1933 surgieron nuevos problemas en Alemania con respecto a los refugiados. La nación alemana, que también era miembro de la Sociedad de Naciones, no permitió que Nansen realizara su labor de Alto Comisionado por lo que fue necesaria la creación de una administración alterna que trabajara en conjunto con la Sociedad de Naciones. De esta forma se nombró a James C. McDonald, bajo la denominación de Alto Comisionado para los Refugiados de Alemania, con el mandato de asegurar a los perseguidos un reasentamiento en Europa o ultramar.

En 1935 Mc Donald renunció y en su lugar fue nombrado Sir Neil Malcolm.

En enero de 1938, La Sociedad de las Naciones decidió que la Oficina Internacional Nansen para los Refugiados y el Alto Comisionado para los Refugiados de Alemania terminaran su actividad a fin del año.

En julio de ese mismo año, la reunión de La Sociedad de las Naciones creó un organismo que sirviera como ente regulador y que asegurara la emigración de personas que quisieran abandonar Alemania. Fruto de esta reunión surge el Comité Intergubernamental para los Refugiados, este organismo determinó que para poder recibir ayuda era necesario que las personas hubiesen huido en razón de sus opiniones políticas, creencias religiosas o raza.²⁰ Así, a partir de 1939 una sola persona fue designada Director del Comité Intergubernamental y Alto Comisionado.

Desgraciadamente esta iniciativa no duró, pues permaneció siempre la imposibilidad de operar en territorio alemán y el surgimiento de la Segunda Guerra Mundial sirvió como acelerador de su caída. El 31 diciembre 1940, ambas organizaciones, la Sociedad de las Naciones y el Alto Comisionado terminaron su labor. La actividad que solía realizar Comité sería asumida, a partir de julio de 1947, por la Organización Internacional para los Refugiados (OIR).²¹

²⁰ ACNUR/OEA. (1984) : 4.

²¹ VER GESULFO, ANTONELLA. Ob. Cit.

No obstante, en 1943, antes de la OIR y antes de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, se estableció un nuevo órgano la Administración de la Naciones Unidas de Socorro y Reconstrucción (UNRRA).

Este organismo no era per se para encargarse de los refugiados, si no más bien una entidad pensada para asistir en la reconstrucción y el socorro en las zonas devastadas. Sin importar su propósito inicial, el UNRRA probó ser una organización de suma importancia para las personas afectadas por la Segunda Guerra Mundial interviniendo en la repatriación y proporcionando auxilio a millones de refugiados y desplazados internos.

Tiempo después, a razón de polémica por la naciente oposición a las repatriaciones, la organización fue perdiendo seguidores dentro de las Naciones Unidas y fue cerrada.

“Finalmente, el gobierno de los Estados Unidos, que aportaba el 70 por ciento de los fondos de la UNRRA y ejercía en gran parte el liderazgo de la organización, se negó a ampliar el mandato de ésta a partir de 1947 y a darle más apoyo económico y, con la firme oposición de los países del bloque oriental, presionó con fuerza para que se crease una nueva organización para los refugiados con una orientación diferente.”²²

La Organización Internacional de Refugiados y el ACNUR

La Organización Internacional de Refugiados fue instituida en 1940 como una institución dedicada enteramente al problema de los refugiados con el objetivo esencial de solucionar de manera rápida el problema de los refugiados y desplazados. A pesar de haber sido creada en 1940, se inició en funciones hasta 1947.

²² ACNUR. (2000). “La Situación de los Refugiados en el Mundo”.
<<http://www.acnur.org/publicaciones/SRM/cap11.htm#tit11>> Consultado el 7 de abril del 2009.

Surgió como un encargo de la Asamblea General de las Naciones al Consejo Económico y Social, cuya respuesta fue la de fusionar la UNRRA y el Comité Intergubernamental en una sola organización temporal encargada de todo lo relativo a los refugiados. Estuvo vigente hasta 1952, dos años más de lo que originalmente se había planeado.

“Aunque la labor de la OIR se circunscribía a ayudar a los refugiados europeos, fue el primer organismo internacional que abordó de forma exhaustiva todos los aspectos relativos a la cuestión de los refugiados, pues sus funciones abarcaban su repatriación, su identificación, su registro y clasificación, su atención y asistencia, su protección legal y política, su transporte, su reasentamiento y su reinserción.”²³

Sin embargo, el problema de los refugiados no pudo ser solucionado por la OIR al vencer su plazo. Aunado a esto se hacía cada vez más clara la necesidad de un órgano permanente, no sólo se trataba de lidiar con la situación de la posguerra sino que nuevas crisis nacían en el mundo: empezó la Guerra Fría, Alemania se partió en dos, se inició la guerra de Corea en 1950, entre otras.

Fue así como en 1949 la Asamblea General de las Naciones Unidas creó el ACNUR (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados). Al igual que órganos anteriores se estableció para que durara sólo tres años y sus funciones principales eran proporcionar protección internacional a los refugiados y buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados ayudando a los gobiernos a facilitar su repatriación voluntaria o su asimilación dentro de unas nuevas comunidades nacionales.²⁴

“En la actualidad, el ACNUR ayuda a cerca de 33 millones de personas, de los que casi la mitad son refugiados y solicitantes de asilo, y la Convención, que ha sabido adaptarse con gran flexibilidad en tiempos de cambios

²³ ACNUR. Ob. Cit.

²⁴ ACNUR. Ob. Cit.

*vertiginosos, sigue siendo la piedra angular de la protección de los refugiados.*²⁵

ACNUR persiste hasta hoy y es la organización más exitosa de las que han trabajado con el tema de los refugiados a través de la historia. Su arduo trabajo de asistencia a los refugiados, su amplísima producción bibliográfica sobre el tema, su constancia y facultad para evolucionar conjuntamente con el problema de los refugiados, la hacen uno de los organismos internacionales más eficientes en el mundo. Con más de 50 años, ha logrado ayudar a más de veinte millones de personas y continuar transformarse de acuerdo a las necesidades del problema.

A partir de 1951

Para 1951 el mundo ya contaba con un organismo dirigente de la protección a los refugiados, pero no existía todavía un documento internacional en el que se definiera un concepto universal de refugiados o sus distintos derechos y obligaciones, por el cual se pudieran regir los diferentes países miembro.

Así surge la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados el 28 de julio de 1951 adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los refugiados y de los apátridas. Este instrumento entró en vigencia el 22 de abril de 1954 y se convirtió en el más completo en materia de refugiados al definir sus derechos básicos, sus obligaciones y sentar un código de comportamiento para los Estados parte.

Sus redactores tomaron como base la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados para desarrollar la Convención de 1951, esta constitución ya había tratado de encontrar un concepto más universal al definir ciertas categorías de refugiados.²⁶ Además se utilizó como base el Estatuto de

²⁵ ACNUR. (2007). "La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Preguntas y Respuestas" < <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5754.pdf> > Consultado el 7 de abril del 2009.

²⁶ GOODWIN-GILL, GUY S. (1996) : 18.

la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en el que aparece por primera vez el concepto de protección internacional con carácter general así como una definición general de la condición de refugiado.

En sus inicios la Convención fue pensada para tratar con los problemas de Europa, pero posteriormente se hizo evidente que el problema de los refugiados era mundial. Por esa razón se logró extender su alcance fuera de las fronteras europeas, ahora más de 147 países²⁷ han adoptado la Convención que aún hoy sigue probando ser efectiva en su cometido dada su adaptabilidad a las condiciones cambiantes de la historia.

B. Desarrollo Histórico en Latinoamérica.

En el siglo anterior, en América Latina se pueden distinguir tres periodos de movimientos de asilados y refugiados. Los cuales están comprendidos desde los inicios de los años mil novecientos hasta los finales de mil novecientos ochenta y se dieron a raíz de los conflictos imperantes en aquella época.

Los años noventa por su parte no tuvo el mismo flujo de refugiados de los años citados, pues la situación que se vivió era diferente ya que en este periodo los gobiernos centroamericanos estaban trabajando por la pacificación de la región. Por esta razón a nivel bibliográfico no se logra recavar mucha información acerca de refugiados.

En la década del año dos mil, el éxodo mundial de refugiados ha disminuido, debido a que los grandes conflictos bélicos del siglo pasado no se han hecho presentes. Actualmente, se hace evidente la variación de las circunstancias por las cuales se solicita refugio, pues las solicitudes que se hacen a los países ya no son solo por razones de guerra, sino que se van diversificando por violencia de género, por pertenecer a un grupo social determinado, entre otros.

²⁷ VER ACNUR/OEA. Ob. Cit. : 5.

Seguidamente se va a exponer una línea de tiempo donde se indicará primeramente los tres grandes movimientos de refugiados, para luego llegar a la actualidad.

1. Desde comienzos del siglo XX y hasta los años cincuenta, América Latina fue básicamente un continente de recepción de inmigración de refugiados y personas desplazadas provenientes de Europa, sobre todo en razón de la guerra civil española y de las dos guerras mundiales o de los cambios políticos que siguieron a las mismas²⁸.

Para cooperar con los gobiernos de América Latina en la asistencia a los refugiados del Viejo continente, el ACNUR se estableció en Buenos Aires, Argentina.²⁹

En este periodo los países latinoamericanos también comenzaron a producir sus propios asilados los cuales en su mayoría, se trataban de dirigentes y líderes de estos países y se radicaron por lo general en el continente americano.

Según el señor Jorge Santiesteban, entre los asilados latinoamericanos y refugiados europeos existe una diferencia:

*“Los primeros, en general, por ser en su mayoría activistas, los hacedores de las luchas políticas en sus respectivos países, miraban su propio exilio como situación temporal. Buscaban el cambio de condiciones en su país para retornar a él, a la actividad política, lo más pronto posible. Los segundos, los europeos, se mudaban del continente, en su mayoría vinieron para siempre, buscando una situación permanente en la que pudieran rehacer sus vidas con la huella nostálgica de su tierra pero ciertamente lejos de ella”.*³⁰

²⁸ JANA SÁENZ, JAIME. (1985) : 29

²⁹ ODIO BENITO MARTA. : 62

³⁰ JANA SÁENZ, JAIME (1985) :29

Dado a la tradición de asilo imperante en América Latina, se llegó a considerar que jurídicamente los latinoamericanos son asilados y se les aplican las convenciones latinoamericanas sobre la materia, y que los europeos son refugiados y se acogen preferentemente a los instrumentos internacionales sobre refugiados.

Lo anterior se refiere a una arraigada creencia entre los latinoamericanos de que el asilo es un instituto puramente latino. Esto no es correcto. Si vemos el mismo sistema universal, contiene el instituto del asilo político con la sustancial diferencia de que no ha sido utilizado tan fervientemente como en los países del sistema interamericano.

2. A partir de 1960

Se inicia un desplazamiento masivo de perseguidos en América Latina como consecuencia, en primer término, del golpe de Estado efectuado en República Dominicana contra el Régimen Constitucional de Juan Bosch y el triunfo de la Revolución cubana.³¹

Los golpes de Estado militares, seguidos por una gran represión a la oposición política en el cono sur del continente, y los principios de seguridad nacional, dieron como resultado un número sin precedente de refugiados y asilados por motivos políticos. Miles de sudamericanos salieron al exilio a partir del derrocamiento del presidente Joao Goulart, que efectuaron los militares en Brasil en 1964. Siguió las experiencias de Argentina en 1966, Bolivia en 1971 y 1980; Uruguay y Chile donde en 1973, con expresiones distintas, se instauraron gobiernos militares de extrema derecha en 1976, al llegar al poder el general Jorge Videla. Por su parte, Paraguay produjo una gran cantidad de exiliados.³²

Según el autor Leonardo Franco los refugiados y asilados de este periodo, procedían en su gran mayoría de sectores urbanos, incluyendo una

³¹ JANA SÁENZ JAIME. Ob. Cit.: 29.

³² JANA SÁENZ JAIME. Ob. Cit.: 29.

buena porción de dirigentes políticos y sindicales, profesionales e intelectuales.³³

3. Finales de años setenta y continuando durante el decenio del ochenta.

A comparación de la época anterior a ésta, según el mismo autor, la composición de sus refugiados era socialmente distinta, pues en su mayoría dichos refugiados eran de origen campesino, con bajo nivel de escolaridad y calificación laboral, que huían de la violencia generalizada que perturbaba a sus países.

En estos años reinó el conflicto armado y las guerras civiles en Nicaragua, el Salvador y Guatemala, por lo tanto los problemas de los refugiados se trasladaron a Centroamérica.

Durante los años setenta y ocho y setenta y nueve, se libró una guerra civil en Nicaragua entre el Frente Sandinista de Liberación Nacional y las fuerzas militares gubernamentales del General Anastasio Somoza, que se llamó la Revolución Nicaragüense o Revolución Sandinista y tenía como objetivo derrocar la dictadura existente del General Somoza por parte del Frente, el cual era de ideología de Izquierda. Esta Revolución provocó un desplazamiento masivo de perseguidos.

Hacia mil novecientos ochenta y tres, la situación de violencia en este país volvió a intensificarse con la arremetida de las fuerzas de coalición al régimen establecido por el gobierno revolucionario.³⁴

En El Salvador desde mil novecientos setenta y ocho se dio una grave crisis política debido al cuestionamiento de la legalidad del régimen político mantenido por los grupos tradicionales; como también surgió la propuesta de

³³ FRANCO LEONARDO. (1986): 30.

³⁴ ODIO BENITO MARTA. : 63.

un proyecto político alternativo por sectores populares y medios, ello causó que el conflicto se trasladara al terreno militar, para luego desencadenar en una guerra civil.

Por otra parte, entre mil novecientos setenta y ocho a mil novecientos ochenta en Guatemala se dieron enfrentamientos entre las extremas de izquierda y derecha que provocaron una etapa de violencia política y conflictos internos.

Estos desplazamientos masivos tuvieron como consecuencia, que los procedimientos que se venían utilizando para atender estos flujos migratorios, se tornaran inoperantes a la hora de determinar la condición de refugiado, y al incorporarlos a sus nuevas sociedades. Por lo tanto, se llegaron a adoptar fórmulas colectivas, que una vez tomados en cuenta los hechos, las circunstancias de los grupos y comprobado lo fundado de sus temores bajo los supuestos establecidos, los integrantes de estos grupos califican como refugiados prima facie, salvo prueba en contrario.

Cabe señalar, que el estatus de refugiado fue aplicado en países que en la mayoría de los casos, habían ratificado la Convención del Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

La gran mayoría de los solicitantes de refugio fueron reconocidos dentro del marco de apoyo y protección del ACNUR. En países de acogida (por ejemplo, en Honduras, frontera de México con Guatemala, Belice, Costa Rica y Panamá) se implementaron los campamentos temporales de refugiados, donde se cubrían las necesidades básicas de esta población.³⁵

En nuestro país esos campamentos estuvieron ubicados en las provincias de Guanacaste y Limón, a inicios de la década de los ochenta.

³⁵ RODRÍGUEZ PIZARRO, GABRIELA. (2004) : 136.

- **Centro de Tránsito de Tilarán**

Este refugio temporal se encontraba ubicado en Guanacaste, en las instalaciones del Instituto Costarricense de Electricidad de Tilarán e inició sus funciones en el año 1983.

Estaba constituido por un aproximado de dos mil cien refugiados, en su mayoría ladinos.³⁶

La vigilancia externa de este centro, era realizada por guardias civiles y rurales, los cuales controlaban las entradas y salidas a las instalaciones, reglamentadas por la administración. La permanencia en dicho centro era obligatoria, y solo se concedía permiso para salir, si los refugiados realizaban labores temporales (por lo general agrícolas) en la zona. A pesar de ello, algunos refugiados abandonaron el centro, debido a la reclusión forzada, a la inactividad, y a las mínimas oportunidades para trabajar imperantes.

En relación con la organización del campamento, éste contaba con un Comité General que supervisaba las tareas comunales asignadas a los refugiados, y un personal compuesto por un administrador, un contador, una secretaria, dos médicos, una trabajadora social, un nutricionista y dos choferes de ambulancia.

La preparación de los alimentos era colectiva, turnándose las mujeres para realizar la comida. Y la calidad de ésta era controlada por el nutricionista.

En el ámbito de la salud, se presentaban casos de bronquitis, asma, diarrea, pero la desnutrición era una de las principales preocupaciones, ya que afectaba principalmente a la población infantil. El Ministerio de Salud, llevó a cabo tratamientos preventivos contra la malaria.

³⁶ Mestizo que solamente habla castellano.

Consultado en el Diccionario de la Lengua Española. "Ladino"
<http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura> (27/09/09).

- **Centro de Tránsito de Pueblo Nuevo de Limón**

Este centro se estableció en las instalaciones que anteriormente ocupaba la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE) y a diferencia del Centro de Tilarán, el de Pueblo Nuevo estaba habitado por menos personas, por doscientas setenta y dos, con un origen étnico más variado como por ejemplo, miskitos, sumos, ramas y ladinos, por otra parte contaba con una cantidad menor de población infantil.

Dicho centro poseía un administrador, un contador, un médico y un enfermero.

En él se abrió un consultorio médico con el fin de atender regularmente a la población del campamento, enfatizándose en los casos de desnutrición infantil.

Con respecto a los alimentos, eran realizados igualmente por las mujeres organizadas en turnos. Pero se daban dos tipos de servicios, uno para los ladinos y otro para los de origen indígena, esto debido a sus costumbres dietéticas.

En la actualidad en nuestro país no se cuentan con campamentos para refugiados y dicha población se encuentra asentada principalmente en zonas urbanas del Valle Central (en las provincias de Alajuela, Heredia y San José, mas que todo en el cantón de Desamparados).

Es de importancia señalar la relevancia que tuvo el año mil novecientos ochenta y siete y sus repercusiones positivas, ya que se iniciaron los procesos de paz en Centroamérica con la firma del Acuerdo Esquipulas II por parte de los gobiernos de las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica.

El plan de paz fue propuesto por el gobierno de nuestro país en la administración de Oscar Arias Sánchez (Premio Nobel de la Paz, por su iniciativa para obtener la paz en la región).

El Acuerdo Esquipulas abogaba por la democracia, el diálogo, el respeto a los Derechos Humanos y a las demás naciones, el logro de una reconciliación nacional en los países donde había brechas dentro de la sociedad, la paz en la región y el fin a la guerra.

Por lo tanto dicho Acuerdo fue una, *“llave para dialogar, para buscar cada uno en su país la forma de concluir los conflictos. Fue un hecho histórico, por la grave tensión que se vivió en aquellos años”*³⁷.

4. Década de los noventa

Después de haber cesado los conflictos armados en los países anteriores y la firma del Acuerdo Esquipulas II, se efectuó la repatriación voluntaria de la mayoría de los refugiados a sus países y esto tuvo como consecuencia la exclusión social y la escasez de oportunidades reales de desarrollo local. Esto se evidenció en la dificultad de adaptación de las poblaciones retornadas, en el aspecto social, cultural, político y económico de sus países de origen.

Esto provocó que las personas emigraran nuevamente a los países que les habían concedido refugio.

A mediados de esta década en toda la región comienza a aumentar la cantidad de migrantes indocumentados y en condiciones administrativas irregulares.

A este grupo de ex refugiados que retornaron a los países de acogida, así como a los solicitantes de refugio, que en la década de los ochentas no fueron

³⁷ RODRIGUEZ, LUISA. (2007 07 Agosto) “Celebran 20 años del proceso de paz”. <<http://www.prensalibre.com/pl/2007/agosto/07/179122.html>> (06/04/09).

reconocidos como tales, se les categorizó como desplazados externos, y empezaron a engrosar las listas de migrantes sin protección internacional.³⁸

5. Década de los dos mil

Actualmente nos encontramos con que la cifra mundial de refugiados ha descendido significativamente desde el año 2000 hasta llegar a sólo nueve millones en el año 2005. El fin de muchos conflictos y el éxito de la repatriación se ven como las principales razones, aunque debe aclararse que las guerras de hoy han dejado de ser entre países para convertirse en conflictos civiles que generan una increíble cantidad de desplazados internos, lo que significa menos refugiados.

Por otra parte, se ha dado un menor número de solicitantes de asilo y ello se debe a las medidas restrictivas que han adoptado ciertos países para restringir el acceso a la condición de refugiado, por tratar de controlar las migraciones y salvaguardar su seguridad nacional.

Por otro lado, ACNUR ha continuado desarrollando iniciativas para fortalecer aun más el régimen de protección internacional e inclusive ha trabajado en la ampliación de políticas no planteadas específicamente en la Convención de 1951. Al presente, los críticos de la Convención la califican de inflexible y disconforme, como una complicación dentro del contexto actual; y muchos países opinan que les trae más desventajas que beneficios. También contribuye a esto una aplicación severamente prohibitiva de la Convención y su Protocolo de 1967 y la proliferación de mecanismos alternativos de protección que garantizan menos derechos que los de la Convención.³⁹

Además, en los últimos años el fenómeno migratorio se ha visto asociado en algunos casos con fenómenos y problemas como el terrorismo, la seguridad ciudadana y hemisférica, el narcotráfico, el crimen organizado, el tráfico de migrantes y trata de personas, los conflictos internos y la apertura de

³⁸ RODRÍGUEZ PIZARRO GABRIELA. (2004) : 137.

³⁹ ACNUR. (2000). "La Situación de los refugiados en el Mundo" : 10.

mercados laborales producto de la globalización y los tratados de integración regional.⁴⁰

Lamentablemente nuestro país no ha estado exento de esta situación, pues en ocasiones solicitan refugio personas que no merecen dicha condición, ya que han cometido delitos, como por ejemplo, tráfico de drogas, trata de personas; pretendiendo así abusar de la figura.

Con la esperanza de evitar mayores problemas, ACNUR ha implementado la política iniciada en los noventa de cooperación entre agencias y gobiernos para dar protección a desplazados internos y ayudar a la integración y al desarrollo.

C. Proceso Histórico de Costa Rica

En las décadas de los setenta y ochenta, la mayoría de los procesos socio-políticos latinoamericanos se habían distinguido, lamentablemente por el enfrentamiento y violencia institucionalizados, acompañados por su inevitable secuela de represión y violación generalizada de los derechos humanos. Frente a ella contrastó notoriamente la estabilidad democrática y la pacífica evolución interna del sistema político y social de Costa Rica, paradójicamente situada en el centro de la zona de mayor violencia y conflicto de Latinoamérica.⁴¹ Esto se refleja en que la mayoría de los refugiados establecidos en nuestro país, provinieran de Estados cercanos como lo son, Nicaragua, El Salvador y Guatemala.

Antes de 1980 Costa Rica permitía sin complicaciones la entrada al país aquellos que buscaran asilo; los exiliados y refugiados eran sujetos a pocas restricciones siempre y cuando no se percibiera que fueran a causar un impacto negativo en la economía o en el ámbito social.

Eventos regionales trajeron consigo cambios en las políticas costarricenses, las cuales se evidenciaron en las administraciones

⁴⁰ RODRÍGUEZ PIZARRO, GABRIELA. Ob. Cit.: Vii.

⁴¹ JANA SÁENZ. JAIME. (1985): 30.

presidenciales de Rodrigo Carazo (1978-1982), Luis Alberto Monge (1982-1986), Oscar Arias Sánchez (1986-1990), que se explicaran más adelante. Ellos tuvieron que lidiar con los problemas internos del país como con los del resto del istmo. Este balance de situaciones tuvo como resultado que los criterios para aceptar a los refugiados fueran más restrictivos.⁴²

Cuando estalló la guerra civil en Nicaragua durante los años setenta y ocho y setenta y nueve, hubo un desplazamiento masivo de perseguidos a nuestro país y setenta mil personas se refugiaron acá. Cuando concluyó el enfrentamiento armado, casi la totalidad de los mismos fueron repatriados a su país.

Pero en el año ochenta y tres las fuerzas de coalición de ese país, arremetieron contra el régimen establecido por el gobierno revolucionario y esto produjo otra fuga de nacionales de ese país al nuestro.

En los albores de la década del ochenta, una oleada de refugiados salvadoreños irrumpió en el territorio costarricense, debido a la violencia generalizada que desencadenó el enfrentamiento entre las fuerzas populares y el ejército. En mil novecientos ochenta y dos se estimó que en el país existían cerca de dieciocho mil salvadoreños sin posibilidades de repatriación a corto plazo.⁴³

Por su parte, el arribo de guatemaltecos a nuestro se inició en 1981, y trataba de casos individuales y familiares, por lo tanto no se constituyeron flujos masivos o constantes.

Los fenómenos anteriores coincidieron con la crisis económica mundial que afectó la economía costarricense. Consideramos que esto explica un poco las políticas migratorias restrictivas que limitaban el acceso de refugiados a nuestro país y como la protección a los refugiados se consideró una intromisión

⁴² LARSON ELIZABETH M. (1992): 331.

⁴³ ODIO BENITO MARTA. : 63.

en los asuntos internos del país.⁴⁴ A pesar que ciertos autores consideren lo siguiente:

“El asilo y la protección de los refugiados ha sido y es un principio básico y permanente de la política exterior de Costa Rica, al margen de las orientaciones ideológicas y políticas de los distintos gobiernos de la república.”⁴⁵

Como también:

“La concesión y el respeto tanto al asilo como al refugio goza una larga y honrosa tradición en el sistema nacional. Ello no ha sido únicamente el resultado de la vigencia de los mecanismos e instituciones jurídicas que lo tutelan. Papel principalísimo han desempeñado para ello las especiales características humanitarias y democráticas del ser de la nacionalidad costarricense”.⁴⁶

A esto se puede acotar, que los refugiados en la década de los ochenta fueron objeto de rechazo por la sociedad costarricense debido en gran medida al desprestigio que propagaban los medios de comunicación. Y en la actualidad no están exentos al rechazo y discriminación.

Según la autora Marta Odio Benito, *“Refugiado ha llegado a ser sinónimo de delincuente, portador de enfermedades, usurpador de empleo nacional; en síntesis extranjeros indeseables por las mencionadas etiquetas, que portan a modo de credenciales y que pesan en su presentación como estigmas difíciles de superar”.⁴⁷*

En el aspecto jurídico Costa Rica ha sido organizada ya que, en el ámbito externo se adhirió a instrumentos internacionales, y en lo interno, creó

⁴⁴ Ver al respecto, ZAMORA, NEDDY. (1985). “Los Refugiados y el conflicto centroamericano”, en la revista Aportes, No 25, Vol. 5, Julio-Agosto.

⁴⁵ JANA SÁENZ JAIME. (1985):30.

⁴⁶ JANA SÁENZ, JAIME. Ob. Cit.: 30.

⁴⁷ ODIO BENITO MARTA.: 67.

de la oficina para Refugiados en la Dirección General de Migración, que pertenecía al Consejo Nacional de Migración.

En la década de los ochenta, las dificultades que se presentaron en nuestro país con respecto a los refugiados tuvieron lugar en la asistencia y el aspecto laboral. En relación con la asistencia, hubo desorganización y mala administración por parte de los organismos gubernamentales. En cuanto a lo laboral los refugiados tuvieron restricciones para poder trabajar, porque solo estaban autorizados a integrarse en proyectos financiados por el ACNUR y otros organismos⁴⁸.

Los cambios más significativos en nuestra legislación nacional, políticas y afluencia de refugiados se experimentaron en esta década. Por lo tanto se van a exponer cuatro fases que se dieron en el país durante este periodo y las disposiciones legales que se derivaron de las mismas.

Primera Fase

Tuvo lugar durante el gobierno del presidente Rodrigo Carazo, desde 1978 a 1982, y en este periodo se experimentó inexperiencia e improvisación en relación con el asunto de refugiados.

Como el conflicto en Centroamérica continuaba y muchos solicitantes de refugio acudían a nuestro país, las restricciones para conceder asilo se tornaron más severas. Por lo tanto, desde marzo de 1981 los solicitantes requerían aportar documentos adicionales.

Este gobierno jugó un rol significativo en la toma de decisiones y administración en los asuntos de refugiados (como es la creación de La Comisión Nacional para Refugiados CONAPARE), al mismo tiempo le restó poder al ACNUR en el país.⁴⁹

⁴⁸ ZAMORA CH. NEDDY (1985): 35.

⁴⁹ LARSON ELIZABETH M. (1992): 331.

Segunda Fase

Esta fase va desde a finales de 1982 y concluye a mediados de 1985. Por lo tanto tuvo lugar durante la administración de Luis Alberto Monge.

Las principales preocupaciones en este periodo fueron la seguridad nacional, el control del mercado laboral y la implementación de las soluciones duraderas para los refugiados.⁵⁰ Pero la integración de los refugiados en la sociedad costarricense no era una de las metas del gobierno, y la administración estaba interesada en proteger a sus propios ciudadanos del desplazamiento que pudieran ser objeto con relación a los refugiados en el ámbito laboral.

En el ochenta y dos, se le exigían a los solicitantes de refugio aún más documentación, como lo sería, que probaran su situación económica durante su estadía en el país, el requerimiento de un tiquete de regreso a su país (siendo este requisito particular, porque muchos de los refugiados habían llegado al país a pie o en bus), de exámenes de sangre y tuberculosis. Por otra parte, la determinación de la condición de refugiado en forma individual quedaba a discreción de servidores civiles.⁵¹

Esta etapa se caracterizó por ser restrictiva en la admisión de refugiados, estricta en lo que a su integración respecta y los aspectos burocráticos en lo concerniente a los asuntos de refugiados se tornaron más complicados.

Tercera Fase

Inicia de la segunda mitad de 1985 hasta finales de 1986, y en ella se encuentra el primer año de administración del presidente Oscar Arias. Esta etapa se caracterizó en la reestructuración administrativa y programática.⁵²

⁵⁰ LARSON ELIZABETH M. Ob. Cit.: 328.

⁵¹ LARSON ELIZABETH M. Ob. Cit.: 333.

⁵² LARSON ELIZABETH M. Ob. Cit.: 328.

En octubre de 1985, se crea un decreto donde se refiere a la necesidad de establecer políticas estables y apropiadas, seguido de un criterio uniforme para conceder los permisos para trabajo que le permita a los refugiados solicitarlo, sin desestabilizar la armonía de la fuerza obrera del país.

Cuarta Fase

Inició durante el segundo año de la Administración de Oscar Arias y se extiende hasta los inicios de 1990.

De las tres administraciones fue la de Arias, la que menos modificaciones realizó con respecto a las políticas de Refugio. Pero su contribución se basó en el manejo coordinado entre organizaciones gubernamentales y no gubernamentales en el manejo de refugiados.

En esta fase, se reiteró el apoyo a los proyectos de soluciones durables fundados por la Comunidad Económica Europea. El gobierno se percató que los nicaragüenses no tenían intención de dejar el país pronto, por eso se tomaron medidas para incorporarlos en la economía del país.⁵³

Concluidas estas etapas hubo un largo periodo en que la sociedad costarricense no recibía significativos flujos de refugiados. Fue hasta el año dos mil cuando un importante desplazamiento de ciudadanos colombianos llegó a nuestro país como solicitantes de refugio. Debido a los conflictos existentes en ese país, como son las amenazas generalizadas a la población, las amenazas específicas, las masacres, el conflicto armado, la toma de poblados por las partes de dicho conflicto, el reclutamiento de cualquiera de los grupos en confrontación.

El conflicto armado interno en Colombia se desarrolla desde principios de la década de los años sesenta, pasando por una serie intensificaciones, en especial cuando algunos sectores se comenzaron a financiar con el narcotráfico. El conflicto, tiene antecedentes históricos como por ejemplo, el

⁵³ LARSON ELIZABETH M. Ob. Cit.: 339.

periodo de *La Violencia* (1948-1953), el cual se caracterizó por las luchas entre [Liberales](#) y [Conservadores](#) de ese país, como también cuando el presidente Virgilio Barco en 1988 rompió diálogos de paz con las guerrillas.

La problemática en Colombia se ha intensificado con el accionar del Estado, las guerrillas, grupos de narcotraficantes y paramilitares.

Disposiciones legales

En mil novecientos setenta y ocho Costa Rica ratificó la Convención del Estatuto de los Refugiados del 1951 y su Protocolo de 1967, por lo tanto en nuestro país se considera refugiado aquella persona que reúna las condiciones estipuladas en el artículo primero de la Convención.

Además de los instrumentos anteriormente citados en Costa Rica están vigentes los siguientes: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del mismo año, la Convención sobre Asilo de la Habana, la Convención sobre Asilo Político de Montevideo, la Convención sobre Asilo Diplomático y sobre Asilo Territorial de Caracas.

El gobierno costarricense mediante una serie de decretos ejecutivos puso en práctica disposiciones normativas con respecto a procedimientos y acciones acerca de refugiados de acuerdo a los instrumentos internacionales. Creó además, instituciones encargadas de asistir a la población de refugiados, a saber el Consejo Nacional para Refugiados (CONAPARE) en 1980, para luego convertirse en la Dirección General para la Protección y Asistencia de Refugiados (DIGIPARE).

En la actualidad ninguna de estas entidades se encuentran vigentes.

Antes de haberse promulgado el primer decreto en nuestro país, el ACNUR se encargaba de reconocer la condición a los refugiados

individualmente, por que no se contaba con la legislación apropiada en esta materia.

A los refugiados reconocidos "bajo mandato" se les tramitaba una cédula de residencia para lo cual el ACNUR contrataba asesores jurídicos nacionales. Es entonces en mil novecientos ochenta donde nuestro Estado comienza a participar en coordinación con el ACNUR en las gestiones para el reconocimiento, así como la tramitación de su correspondiente documentación.⁵⁴

Seguidamente se expondrá en forma somera los decretos dictados por nuestro Poder Ejecutivo:

- **Decreto Ejecutivo Número 10685-S de 16 de abril de 1979:** promulga el Reglamento del Consejo Nacional de Migración, siendo este Consejo “el organismo superior encargado del movimiento migratorio del país”, con atribuciones para definir la política migratoria nacional y coordinar las dependencias oficiales atinentes.⁵⁵ Además crea la Oficina de Refugiados, la cual depende del Consejo anteriormente citado.

- **Decreto Ejecutivo Número 6712 de 9 de junio de 1980:** autoriza que se establezca en nuestro país la Oficina del Representante Regional del ACNUR.

- **Decreto Ejecutivo Número 11939 de 24 de octubre de 1980:** crea el Consejo Nacional de Refugiados adscrito al Ministerio de Justicia, con atribuciones para coordinar con los organismos internacionales. Y dispone además que la Oficina de Refugiados sea la encargada de ejecutar las políticas que emanan del consejo.⁵⁶

⁵⁴ UNIVERSIDAD NACIONAL. (1987): 141.

⁵⁵ ODIO BENITO MARTA. : 67.

⁵⁶ ODIO BENITO MARTA. Ob. Cit.: 67.

- **Decreto Ejecutivo Número 11950 de 30 de octubre de 1980:** establece la participación del Ministerio de Seguridad Pública, encargando al Consejo de Migración la determinación de la condición de refugiado por medio de un procedimiento que en el mismo decreto se establece.
- **La Ley Número 6812 de 21 de septiembre de 1982:** se reestructura al Poder Ejecutivo en lo concerniente a Refugiados. Por otra parte, dispuso que las decisiones del Consejo Nacional de Migración pasarían a la Dirección General de Extranjería.
- **Decreto Ejecutivo Número 13964-G de 22 de octubre de 1982:** el reconocimiento de la condición de refugiado lo va a realizar el Ministerio de Gobernación y Policía, sustituyendo al Ministerio de Seguridad Pública.
- **Decreto Ejecutivo Número 14156-J:** este va a reestructurar el Consejo Nacional de Refugiados.
- **Decreto Ejecutivo Número 14845-G de 29 de Septiembre de 1983:** le corresponde a la Dirección General de Migración y Extranjería elegir de forma exclusiva quien califica como refugiado. Por otra parte el Decreto define nuevos procedimientos para conceder la condición de refugiado y le da como tarea a la Dirección General de Migración extender carné de identificación a los refugiados y permisos de trabajo. Este decreto deroga el número 11950-S para establecer los criterios para determinar la condición de refugiado de conformidad con lo estipulado en la Convención de 1951.
- **Decreto Ejecutivo Número 16479-P de 1 de Septiembre de 1985:** dispone que el Consejo Nacional para refugiados, va a depender exclusivamente a la Presidencia de la República y podrá definir y aplicar políticas en materia de refugiados en consulta al ACNUR. Además sus atribuciones y competencias se regirán por la Ley de Administración Pública.

En la actualidad, la Entidad Gubernamental relacionada al régimen jurídico de los refugiados es la Dirección General de Migración del Ministerio de

Seguridad Pública la cual, le corresponde decidir sobre la condición de refugiado.

Esta entidad pretende reinstalar el Departamento de Refugiados (abolido en el 2005), el cual es un departamento específico para atender a la población refugiada, brindarles una atención y protección especializada, y crear un archivo particular para los solicitantes y la población refugiada.

Con respecto a leyes, en la actualidad se cuenta con Ley Número 8487 de Migración Y Extranjería la cual entró en vigencia en agosto de 2006.

El ACNUR considera que ley citada cuenta con implicaciones negativas con respecto al régimen de protección a refugiados y son las siguientes:⁵⁷

- Incremento en el costo de los documentos de identidad para personas refugiadas (lo cual afecta las posibilidades de integración local).
- Nuevas cláusulas consideradas erróneamente como de “cesación”.
- Interpretación ampliada de las cláusulas de exclusión.
- Las personas refugiadas son colocados bajo una categoría migratoria denominada “categoría especial”.

En marzo del año en curso, La Directora de la Oficina del ACNUR para las Américas, Mérida Morales, en una reunión con la Ministra de Seguridad Janina Del Vecchio, destacó la importancia de impulsar la nueva Ley de Migración ya que integra un capítulo sobre refugiados respetuoso de las normas internacionales.

⁵⁷ ACNUR. (2006) “La situación de los Refugiados en Costa Rica 2006: Informe de Trabajo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR.” Pág 03. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5136.pdf>. (06/04/09).

Sección III. Fuentes del Derecho de los Refugiados

El Derecho Internacional de los Refugiados, es una especialidad del Derecho Internacional Público, la cual es definida por el internacionalista Héctor Gros Espiell de la siguiente manera:

*“Una rama del Derecho Internacional de los Derechos Humanos latu sensu, pero con características especiales que requiere medios de aplicación específica que suponen procedimientos y órganos propios”.*⁵⁸

De lo anterior se desprende la importancia de especificar las fuentes que la conforman. Para realizarlo se tomaron como referencia y se complementaron las divisiones realizadas por los autores Leonardo Franco y Marta Odio Benito de las fuentes para una mayor comprensión y orden.

A. Fuentes Escritas Contractuales

i. Convención de los Refugiados de 1951.

Se dice que ella constituye la codificación más completa en relación a materia de refugiados pues, define quienes son refugiados en su artículo primero, indica las reglas básicas para el tratamiento de los mismos y sus derechos básicos.

En dicho artículo, se encuentran dos limitantes, una temporal y otra geográfica. La primera se refiere a que se establece una fecha límite (Primero de enero de 1951), después de la cual no se reconocía validez a las causas que podrían motivar el temor de persecución; y la segunda hace referencia al señalar un ámbito (Europa) donde debían haberse desarrollado los hechos que motivaron la persecución alegada.⁵⁹

⁵⁸ FRANCO LEONARDO. (1986): 173.

⁵⁹ LARENAS SERRANO GALO.(1993): 35

En esta Convención se establece además, la condición jurídica de los refugiados y las disposiciones sobre sus derechos a un empleo remunerado y al bienestar, sobre la cuestión de sus documentos de identidad y de viaje, sobre la aplicabilidad de los gravámenes fiscales, y sobre su derecho a transferir sus haberes a otro país, en el cual hayan sido admitidos con fines de reasentamiento. Otras disposiciones tratan de derechos como el acceso a los tribunales, la educación, la seguridad social, la vivienda y la libertad de circulación.⁶⁰

Por otra parte, prohíbe la expulsión o devolución de las personas que se les ha reconocido el status de refugiado.

Y para su aplicación no es necesario que cada Estado la complemente con legislación interna, pero claro, si lo hicieren la efectividad de la norma internacional se refuerza.

ii. Protocolo Facultativo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.

Este instrumento nace como repuesta a las nuevas necesidades que se estaban presentando en la época, ya que los desplazamientos de refugiados no eran resultado temporal de la segunda guerra mundial. Se puede citar como ejemplo, el caso de los refugiados en África a finales de los años cincuenta y sesenta, donde éstos necesitaban protección pero no se les podía brindar por no estar dentro del parámetro temporal establecido en la Convención de 1951.

Por lo tanto, el Protocolo amplió la aplicación de la Convención a las "*nuevas situaciones de los refugiados*" es decir, a quienes reunían las condiciones de la definición de la Convención, pero habían pasado a tener la condición de refugiados como consecuencia de los acontecimientos ocurridos

⁶⁰ NACIONES UNIDAS. (1994): 7.

después del primero de enero de 1951.⁶¹ Aportando al instituto del Refugio una dimensión internacional.

Con el Protocolo de 1967 la institución del Refugio se orienta hacia una esfera del derecho individual, inherente a la persona humana; ya no se trata de simples concesiones por parte de un Estado en el cumplimiento de sus deberes soberanos, ni se está en el plano de las meras relaciones internacionales entre Estado y comunidad internacional: se vislumbra una nueva perspectiva para la figura jurídica del Refugio.⁶²

La Convención y el Protocolo son dos instrumentos independientes pero relacionados, que cubren conjuntamente los siguientes tres grandes temas⁶³:

- La definición del término refugiado, así como las condiciones de cesación y exclusión de la condición de refugiado.
- El estatuto jurídico de los refugiados en su país de asilo, sus derechos y obligaciones, incluido el derecho de ser protegido contra una expulsión o devolución a un territorio donde su vida o libertad peligre.
- Las obligaciones de los Estados, incluida la de cooperar con el ACNUR en el ejercicio de sus funciones y facilitar su tarea de supervisar la aplicación de la Convención.

A estos dos instrumentos se les ha llegado a considerar la Carta Magna del Derecho Internacional de Refugiados.

⁶¹ NACIONES UNIDAS. Ob. Cit. : 8

⁶² LARENAS SERRANO GALO. Ob. Cit. : 38

⁶³ ACNUR. (2003). "Protección de los refugiados: Guía sobre el Derecho Internacional de los Refugiados". Pág. 10.

iii. Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969.

A esta Convención se le considera un instrumento fundamental en el tratamiento y aplicación de disposiciones en materia de refugiados, para aquellos Estados no partes de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, pero sí partes del Pacto San José.⁶⁴

iv. Convenciones Interamericanas sobre Asilo y Extradición.

- **Tratado de Derecho Penal Internacional de 1889:** aboga por la inviolabilidad del asilo.
- **Convención sobre Asilo de la Habana de 1928:** indica se puede otorgar asilo en las legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares.
- **Convención sobre Asilo Político de Montevideo de 1933:** establece la calificación de la naturaleza (común o política) por la que se persigue al asilado corresponde al Estado que preste el asilo.⁶⁵
- **Tratado sobre Asilo y Refugio Político de Montevideo de 1939:** indica que asilado será aquella persona, que es perseguida por el Estado al imputársele la comisión de delitos políticos donde no cabe la extradición.
- **Convención sobre Asilo Diplomático y Convención sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954):** en ellas se establecen los derechos, las condiciones que se deben cumplir para que se pueda solicitar y recibir dichos asilos.

⁶⁴ ODIO BENITO MARTA. : 55

⁶⁵ JANA SÁENZ JAIME. (1985): 25.

B. Fuentes Declarativas

i. Art 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948⁶⁶

Este artículo consiste en el derecho que tienen las personas de solicitar protección a un país en caso que sean víctimas de persecución en otro.

ii. Art 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 1948

Este artículo al igual que el anterior tiene como objetivo proteger el derecho de asilo, indicando lo siguiente:

"Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales".⁶⁷

iii. Declaración sobre Asilo Territorial de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1967 (Resolución 2312(XXII) de 14 de diciembre de 1967)

En ella se indican las características fundamentales del asilo territorial.

iv. Declaración de Cartagena de las Indias sobre Refugiados de 1984

Esta Declaración nace como respuesta al desarrollo y diversificación de conflictos que se dieron en Centroamérica (expuestos con anterioridad en la sección segunda). En consecuencia a ello aporta una definición regional de refugio incluyendo cinco elementos los cuales son, la violencia generalizada, la agresión externa, la violación masiva de los derechos humanos, los conflictos

⁶⁶ ARTÍCULO 17: En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

⁶⁷ ARTICULO 27. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 1948.

internos, otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público; los cuales se expondrán más adelante.

Por lo tanto, ella va a considerar refugiado a : "*las personas que han huido de sus países por que su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público*".⁶⁸

La definición regional contenida en la Declaración de Cartagena contempla la situación objetiva existente en el país de origen y la situación particular del individuo o grupo de personas que buscan protección y asistencia como refugiados. En otras palabras, esta definición requiere que las personas afectadas reúnan dos características: por un lado, que exista una amenaza a la vida, seguridad o libertad y, por otro, que dicha amenaza sea resultado de uno de los cinco elementos enumerados en el texto.⁶⁹ Los cuales se expondrán a continuación.

La Violencia Generalizada: va a comprender los conflictos armados internacionales, como también no internacionales.

Los primeros conflictos se dan mínimo entre dos Estados, y se aplicarán en los casos donde la guerra ha sido declarada o bien, en de cualquier otro conflicto armado entre dos o varias partes aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra.⁷⁰

Los segundos conflictos hacen referencia, aquellos que se efectúan en el territorio de un país entre sus fuerzas armadas y las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejercen sobre una parte del territorio un control tal que le permite

⁶⁸ ACNUR: (1992). "Compilación de instrumentos jurídicos internacionales: Principios y Criterios relativos a refugiados y derechos humanos". Pág. 381.

⁶⁹ ACNUR: Ob. Cit.: 382.

⁷⁰ De acuerdo al artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 1 del Protocolo Adicional I de 1977

realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo (Protocolo Adicional II).⁷¹

Para que dicha violencia se considere generalizada debe ser continua, general y sostenida; por lo tanto las tensiones internas y los disturbios no caben en este tipo de violencia.

La Agresión Externa: ha sido definida por la Asamblea General de las Naciones Unidas como, el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado o de cualquier otra manera incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.⁷²

Los Conflictos Internos: se pueden considerar como conflictos armados no internacionales.

Otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público: estas circunstancias se definen como, aquellas situaciones en las cuales no hay un conflicto armado como tal, pero existe una confrontación dentro del país, la cual está caracterizada por una cierta gravedad o duración y la cual conlleva actos de violencia. Esta última puede asumir varias formas, desde la generación espontánea de actos de revuelta, hasta la lucha entre grupos más o menos organizados y las autoridades en el poder.⁷³ Ejemplo de los anteriores serían, los motines, los actos de violencia aislados y esporádicos.

Por otra parte, para que las circunstancias estén comprendidas en este apartado deben ser hechos producidos por el hombre y no por la naturaleza.

Violaciones masivas de los derechos humanos: este elemento se cumple cuando se producen violaciones en gran escala que afectan los derechos humanos y las libertades fundamentales consagradas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros instrumentos relevantes. Se pueden citar como ejemplo los siguientes casos: la negación de los derechos

⁷¹ De acuerdo al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 1 del Protocolo Adicional II.

⁷² ACNUR: (1992). "Compilación de instrumentos jurídicos internacionales: Principios y Criterios relativos a refugiados y derechos humanos". Pág. 384.

⁷³ ACNUR: Ob. Cit.: 383

civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en una forma grave y sistemática.⁷⁴

A pesar que esta Declaración no constituye un instrumento legal obligatorio para los Estados, cuenta con una importancia fundamental, puesto que refleja un consenso sobre determinados principios y criterios, y ha servido de guía a los Estados en el tratamiento de los refugiados. En realidad, la Declaración reviste la tradición latinoamericana de asilo y al mismo tiempo tiene como vocación consolidar la costumbre regional en el tratamiento de los refugiados, repatriados y personas desplazadas.⁷⁵

Se debe acotar que nuestro país no la ha ratificado a pesar de su relevancia.

v. Acta para la Paz y la Cooperación Centroamericana

Esta acta fue elaborada por los Gobiernos de las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua en Ciudad de Panamá en 1986, en sus esfuerzos por lograr la paz en la región. Como respuesta a la situación de conflicto imperante en aquella época.

vi. Acuerdo de Esquipulas II

Este acuerdo lo tomaron las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica en 1987, inspirados por la voluntad del Grupo Contadora (quien elaboró el Acta de la Paz) en favor de la paz en Centroamérica.

Como se indicó en la sección dos, el Acuerdo Esquipulas abogaba por la democracia, el diálogo, el respeto a los Derechos Humanos y a las demás naciones, que se lograra una reconciliación nacional en aquellos países donde había brechas dentro de la sociedad, el fin a la guerra.

⁷⁴ ACNUR: Ob. Cit.: 385

⁷⁵ ACNUR: Ob. Cit.: 377

vii. Declaración de San José de 1994

Este documento se da como consecuencia del Coloquio celebrado en nuestro país en celebración del décimo aniversario de la Declaración de Cartagena.

En el mismo se reconocen los criterios establecidos en la Declaración sobre el tratamiento del refugio. Pero aborda la problemática de este instituto desde otra óptica, y de otras personas afectadas por la violencia, proponiendo nuevos lineamientos a considerar para la búsqueda de soluciones a las personas con esta situación. Así mismo promueve el desarrollo y aplicación armoniosa entre los derechos de los refugiados, el derecho humanitario y los derechos humanos.⁷⁶

C. Fuentes de Naturaleza Institucional

Estas fuentes están conformadas por las siguientes resoluciones; las cuales van conformando un "corpus" humanitario con pautas de comportamiento de aceptación internacional para el tratamiento de la población⁷⁷:

i. Resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, referidas al mandato del ACNUR

En 1967, La Asamblea General de las Naciones adoptó la Declaración sobre el Asilo Territorial, que está dirigida a los Estados. La Declaración reitera que el otorgamiento de asilo *"es un acto pacífico y humanitario y que, como tal, no puede ser considerado inamistoso por ningún otro Estado"*. Especifica

⁷⁶ HERRERA ORTÍZ MARÍA ELENA. (1999): 97.

⁷⁷ ODIO BENITO MARTA.: 56.

además que corresponde al Estado que concede asilo calificar las causas que lo motivan.⁷⁸

i.i. Resolución 428 (V) de 14 de diciembre de 1950

Estas resoluciones son de relevancia, especialmente aquella donde se concretó por primera vez el concepto de protección internacional, y se le atribuyó al ACNUR la función de proporcionar dicha protección a los refugiados que se encontraren bajo su mandato.

ii. Resoluciones de la Asamblea General de los Estados Americanos

En especial donde se apoya la Declaración de Cartagena e incorpora elementos que son útiles para el tratamiento de los refugiados.

iii. Conclusiones del Coloquio de México de 1981

En estas conclusiones se establecieron las bases para la definición ampliada de refugiado, que recoge con posterioridad la Declaración de Cartagena.

D. Fuentes de Autoridad Moral

i. Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR.

El Comité Ejecutivo del ACNUR (Excom) asesora al Alto Comisionado en el desempeño de sus funciones. Sus conclusiones anuales se inscriben en el marco del régimen internacional de protección de los refugiados. Se fundan en los principios enunciados en la Convención de 1951, se elaboran y se adoptan por consenso en respuestas a los problemas de protección específicos. Las Conclusiones del Comité Ejecutivo emanan de un acuerdo de entre más de cincuenta países que presentan un interés manifiesto por la protección de los

⁷⁸ ACNUR. (2003). "Protección de los refugiados: Guía sobre el Derecho Internacional de los Refugiados". Pág. 15.

refugiados y cuentan con una gran experiencia en ese ámbito. Estos y otros países suelen remitirse a las conclusiones del Excom al elaborar sus propias leyes y políticas.⁷⁹

Por otra parte, estas conclusiones tienen fuerza dispositiva ya que cuentan con suficiente autoridad moral.

E. Principios Generales.

A pesar de ser dos figuras diferentes las de asilo y refugio persiguen lo mismo, proteger la integridad física, la libertad y la seguridad de los individuos; por lo tanto estos derechos se ven salvaguardados con los siguientes principios los cuales son comunes entre ambas.

i. Derecho de los Estados de conceder asilo.

Este derecho consiste, en que un Estado puede otorgar asilo a una persona a pesar que terceros Estados se opongan.

Aunque el derecho internacional no contenga una definición de asilo en términos generales, abarca toda la protección que un país brinda a los refugiados en su territorio. Es decir, un refugiado no puede por expulsión o devolución, ser puesto en las fronteras de los territorios donde su vida o libertad sea amenazada.⁸⁰

En nuestra Constitución tanto este principio como el de “No Devolución” están contemplados en el artículo 31, el cual reza lo siguiente:

Artículo 31: El territorio de Costa Rica será asilo para todo perseguido por razones políticas. Si por imperativo legal se decretare su expulsión, nunca podrá enviársele al país donde fuere perseguido.

⁷⁹ ACNUR: Ob. Cit.: 16.

⁸⁰ ACNUR: Ob. Cit.: 15.

La extradición será regulada por la ley o por los tratados internacionales y nunca procederá en casos de delitos políticos o conexos con ellos, según la calificación costarricense⁸¹.

ii. Principio de la “No Devolución” (Non- Refoulment).

Se expondrá en forma breve este principio para ahondar más adelante en el capítulo tres.

Para Cesar Sepúlveda este principio consiste en:

“La obligación de abstenerse a devolver por la fuerza a un refugiado a su país o un tercer país en donde puede eventualmente sufrir las persecuciones políticas que motivaron su huida”.⁸²

Pues como se dijo con anterioridad, lo que se pretende con la figura del refugio es proteger la vida, la integridad física y libertad de las personas y ello se logra con el cumplimiento de este principio.

Este principio forma parte del derecho internacional consuetudinario. Esto implica que incluso los Estados que no son parte en la Convención de 1951 deben respetarlo.⁸³

F. Órganos.

i. ACNUR.

El Alto Comisionado para los Refugiados fue creado en mil novecientos cincuenta por la Organización de las Naciones Unidas, y establecido en nuestro continente primeramente en Buenos Aires Argentina, para cooperar

⁸¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA. (17/06/2009).

<http://www.asamblea.go.cr/proyecto/constitu/const2.htm>. (13/04/2009)

⁸² JANA SÁENZ. JAIME. (1985): 27.

⁸³ ACNUR. “Protección de los refugiados: Guía sobre el Derecho Internacional de los Refugiados”. Pág. 14.

con los gobiernos latinoamericanos en asistencia a los refugiados de Europa, víctimas de la segunda guerra mundial. Y específicamente en nuestro país se estableció a finales de los años setenta.

El ACNUR es un ente internacional especializado que tiene como funciones principales la protección de los refugiados y la búsqueda de soluciones permanentes de sus problemas.

Cuando se dice que su función es proteger a los refugiados, se refiere a que este organismo promueve la adopción de normas internacionales y su aplicación con respecto al trato de los refugiados, asuntos de residencia, libertad de desplazamiento y protección contra la devolución o extradición a un país en que éste tenga fundados temores de ser perseguido.

La protección internacional ejercida por el ACNUR tiene un carácter universal, ya que se aplica a todos los refugiados independientemente de su origen nacional y geográfico.⁸⁴

Cuando se habla de la búsqueda de soluciones permanentes a los problemas de los refugiados, esto significa que el ACNUR procura facilitar la repatriación voluntaria de estos individuos y la reunión familiar de los refugiados en el país de que gozan protección.⁸⁵

Aparte de las dos funciones anteriores este organismo realiza otra labor en cooperación de los gobiernos, la cual consiste en asegurar que a los refugiados se les trate conforme a las normas internacionales y que gocen de una condición jurídica adecuada. Además promueve la adhesión de los países a instrumentos básicos internacionales y garantizar que éstos se apliquen eficazmente mediante la adopción de medidas legislativas o administrativas a nivel nacional. Un ejemplo de ellos sería, asegurar que no se obligue al refugiado volver al país donde tenía el temor fundado de ser perseguido.

⁸⁴ JANA SÁENZ, JAIME.(1985): 26.

⁸⁵ JANA SÁENZ, JAIME. Ob. Cit.: 26

Cabe destacar que el ACNUR se encarga de financiar los programas de protección y asistencia de refugiados, para así aliviar la carga financiera de los países asilantes.

Se dice aliviar dicha carga, porque aún así los países asilantes corren con gastos de salud, educación, documentos y trabajo.

Se debe de indicar que existen los llamados refugiados en el sentido de la Convención como también aquellos amparados por el mandato del ACNUR.

- **Refugiados en el sentido de la Convención.**

Son aquellas personas que son reconocidas como refugiados por las autoridades de los Estados que se han adherido a la Convención y/o Protocolo.⁸⁶

- **Refugiados amparados por el mandato del ACNUR.**

Son aquellas personas que son consideradas como refugiados por el ACNUR en virtud de su Estatuto o en aplicación del mandato más amplio que le ha otorgado la Asamblea General.

Cabe señalar, que esas personas a las que este organismo les ha considerado refugiado, no se les tiene previstas como tales en la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967.

En resumen, el ACNUR protege y asiste a las siguientes personas⁸⁷:

- Los Refugiados en el sentido de la Convención de 1951.

⁸⁶ ACNUR. "Protección de los refugiados: Guía sobre el Derecho Internacional de los Refugiados". Pág 22.

⁸⁷ ACNUR: Ob. Cit.: 23

- Las personas que huyen de un conflicto o de acontecimientos que han perturbado gravemente el orden público (o sea, los refugiados en el sentido de la Convención de la OUA y la Declaración de Cartagena).
- Los repatriados, o sea los ex refugiados.
- Los apartidas, estas personas son aquellas que ningún Estado las considera como nacionales conforme a su legislación. Pueden ser refugiados, pero no necesariamente.
- Los desplazados internos (en algunas ocasiones).

Estas son personas que han huido de su hogar, a menudo durante una guerra civil, pero que no han buscado protección en otro país.

Por regla general, las personas desplazadas tienen las mismas necesidades que los refugiados en materia de protección pero no están cubiertas por la Convención de 1951 ni por el Estatuto del ACNUR, pues no han cruzado una frontera internacional.⁸⁸

El ACNUR a parte de la función de protección que ofrece a las personas que son de su interés, les brinda asistencia. Esto último significa que les ayuda a satisfacer sus necesidades físicas y materiales. Como por ejemplo, víveres, material médico, ropa, albergues, semillas y herramientas, servicios sociales, apoyo psicosocial, así como la construcción o reconstrucción de infraestructuras, como escuelas y caminos.

La asistencia humanitaria tiene fines humanitarios, o sea apolíticos, no comerciales ni militares.

La protección y la asistencia están íntimamente relacionadas en la práctica del ACNUR.

⁸⁸ ACNUR. Ob. Cit.: 20.

Aunque el mandato de esta organización sea brindar protección a los refugiados, la asistencia contribuye a menudo a que un país acepte refugiados, pues permite aliviar la carga financiera. De ahí que se considere que la asistencia sustenta la protección. Por otra parte, los refugiados necesitan una protección jurídica eficaz, pero también tienen necesidades básicas, como lo son el alojamiento, los víveres, agua, saneamiento y atención médica.⁸⁹

Como acotación, es de importancia señalar que en América Latina, las resoluciones de la Organización de los Estados Americanos (OEA), los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como las decisiones y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos proporcionan un conjunto de principios y criterios en materia de derechos humanos y la protección del refugiado.⁹⁰

Capítulo II. Análisis del Artículo Primero de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951.

El artículo primero inciso segundo de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951 reza lo siguiente:

*“Toda persona que como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a **fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas**, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.*⁹¹

⁸⁹ ACNUR. “Guía sobre el Derecho Internacional de los Refugiados”. Pág. 25.

⁹⁰ ACNUR: Ob. Cit.: 379.

⁹¹ Artículo 1. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

Según el autor Leonardo Franco, el elemento fundamental de la definición anterior se encuentra en el concepto “temor fundado de persecución” por una o más de las causas establecidas por la Convención, “motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas”.⁹²

Aunque el título del anterior artículo se denomina, “*definición del término refugiado*”, el autor Simon Reyes indica, que en realidad no se trata de una verdadera definición, sino más bien de una descripción, que contiene elementos indefinibles como: “persecución”, “temor”, “fundados”. Dichas expresiones han causado muchos problemas de interpretación y de doctrina. Pero a pesar que estas críticas, según las cuales la terminología es anticuada, ésta ha permitido su aplicación e interpretación amplia y liberal.

Sección I. Elementos Determinantes de la Condición de Refugiado.

A. Elemento Subjetivo.

El elemento “temor” inserto en el artículo primero constituye el aspecto subjetivo para definir la condición de refugiado. Y es, una perturbación del ánimo, que hace tener recelo a un daño futuro, o bien huir o rehusar aquello que se considera dañoso, arriesgado, peligroso.⁹³

Por lo tanto dicho elemento tiene una connotación psicológica y anímica que posee el solicitante en particular. Este elemento es evaluado por las autoridades de Migración y Extranjería en nuestro país, en base a las declaraciones de los solicitantes, su bibliografía, y personalidad. Este último aspecto es de importancia que se tome en cuenta, pues las reacciones psicológicas que un individuo tenga, van a variar en comparación con otro, a pesar de que vivan las mismas situaciones.

⁹² FRANCO LEONARDO (1986): 192.

⁹³ Diccionario Real Academia Española. “Cultura”.

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura.(19/05/09).

Se debe tener en cuenta, que en caso que exista incertidumbre de los hechos relatados por el solicitante y su credibilidad, se le debe conceder el beneficio de la duda. Como por ejemplo, en el caso particular de las mujeres, ellas en ocasiones pueden presentar dificultades a la hora de establecer la solicitud de refugio, ya sea por que han sufrido de maltratos, abusos sexuales, violaciones y contar su historia se torna difícil y traumatizante y/o bien su grado de alfabetización es bajo o nulo; y como consecuencia relatan su historia en forma confusa y desordenada, como también pueden provenir de países donde se les prohíbe participar en aspectos sociales, políticos, viven en reclusión y es muy poco lo que se puede saber el adjudicador de ellas, por lo tanto éste debe de cerciorarse de poder determinar los aspectos más relevantes y poner en práctica el beneficio de la duda.

B. Elemento Objetivo.

Al temor se le agrega el calificativo de “fundado”, el cual va a configurar el elemento objetivo. Por lo tanto, no solamente el estado anímico del solicitante va a determinar su condición.

La objetividad se mide de acuerdo a la situación existente en el país de origen del solicitante, a las leyes imperantes en el mismo, la aplicación de las mismas, y su efectividad.

Por lo tanto, el temor de ser perseguido se considera fundado cuando se justifica según la situación imperante en su país y las circunstancias concretas del individuo, como por ejemplo si es una figura allí, sus antecedentes, su condición económica y personalidad.

En general, los temores de solicitante pueden considerarse fundados si puede demostrar, en la medida de lo razonable, que la permanencia en su país de origen se le ha hecho intolerante por las razones indicadas en la definición o

que, por esas mismas razones, le resultaría intolerable en caso de que regresara a él.⁹⁴

Las consideraciones anteriores no necesariamente deben estar basadas en la experiencia personal del solicitante, si no en la de sus parientes, amigos, miembros de su mismo grupo social o racial que hayan sufrido de persecución, que le permita deducir que más adelante puede llegar a ser víctima también.

Otro elemento relevante en el aspecto objetivo es la persecución. Aunque este término no ha sido definido expresamente por la Convención en la práctica se le ha interpretado como una violación de los derechos humanos básicos lo suficientemente grave como para que sea necesaria la protección de otro Estado.⁹⁵ Esos derechos básicos son los siguientes: el derecho a la vida; contra la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; esclavitud o servidumbre; el derecho a no ser perseguido por actos que no constituyeran delito común en la legislación vigente en el momento en que se realizaron; a ser reconocido como persona ante la ley; a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

También configura persecución la amenaza a la vida o libertad de una persona por motivos de raza, religión, pertenencia a un grupo social determinado, u opiniones políticas. Como lo indica el artículo primero de la Convención.

Los criterios de interpretación para conceder el status de refugiado tienen sus variaciones según el país. Y un concepto crucial para atribuir dicho status es el de persecución; el cual contiene varias definiciones, las cuales pueden hacer toda la diferencia en la toma de decisión.⁹⁶

Por otra parte, se considera que no existe una definición universalmente aceptada de persecución, aunque como se expuso con líneas atrás, la

⁹⁴ ACNUR. "Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado". Pág. 13.

⁹⁵ AMINISTÍA INTERNACIONAL (1997): 28.

⁹⁶ ARBOLEDA, E. HUY I. (1993): 66.

persecución se configura a partir de la violación de algún o algunos derechos humanos.

A esto, el autor Rodger Haines⁹⁷ Q C aporta a la definición de persecución, la siguiente fórmula la cual comprende dos elementos:

Persecución: Daño Grave + Fracaso en la protección por parte del Estado

Por lo consiguiente para que exista persecución, se debe producir un daño grave al individuo y el Estado por su parte no le protege efectivamente. Al respecto se ahondará, en la sección segunda.

Es de importancia señalar, que discriminaciones menores que no hacen la vida imposible normalmente no constituyen persecuciones. Pero diversos elementos de una situación, tomados en conjunto, pueden provocar en una persona un estado de espíritu que permita la conclusión que ella se sienta realmente y subjetivamente perseguida, por razones que se llaman acumulativas.⁹⁸

Uniendo el elemento objetivo y subjetivo se puede definir que,

“El temor fundado es la representación psicológica, individual e irresistible, que orilla a un individuo a vislumbrar la salida del país donde se encuentra como la única opción que le resta en salvaguarda de su vida, su seguridad o su libertad”⁹⁹

Por lo tanto aquellas personas que huyen de su país por desastres naturales o hambre, quedan excluidas de esta definición.

⁹⁷ UNHCH. “Refugee Protection in Internacional law. UNHCR’s Global Consultation on Internacional Protection”. Pág. 329.

⁹⁸ ACNUR. “Asilo Político y Situación del Refugio.” Pág. 39.

⁹⁹ IZQUIERDO SILVIA. (1989): 23.

En la definición que se nos presenta en el artículo primero, hay una relación de causalidad entre persecución y temor. De ahí radica, que para que el temor sea fundado, debe haber persecución (ya sea que exista como tal o bien, que se desee evitarla). Y la evaluación de la persecución dependerá de un conjunto de circunstancias de carácter social y político del caso.¹⁰⁰

El autor Hugo Alfonso Muñoz indica que cuando se examina “temor fundado de persecución”, se debe de tener en cuenta que el refugiado es una víctima o posible víctima de injusticia y no un fugitivo de la justicia.¹⁰¹

Para concluir, este mismo autor señala que con el fin de determinar si existe persecución o un fundado temor de ella, se deben de tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- Lo declarado por el solicitante.
- La situación política del país.
- Posición particular del solicitante en relación con dicha situación.

C. Agentes Perseguidores.

Los agentes perseguidores pueden ser tanto las autoridades y funcionarios estatales como por ejemplo, miembros del ejército del país, grupos paramilitares; que actúan clandestinamente o bien al margen de la ley. Como también pueden ser agentes perseguidores entes no estatales, como lo serían ciertos sectores de la población, el cónyuge o el compañero de una relación.

Un ejemplo de este tipo de agente sería el caso de Chere Lyn Tomayco, quien sufría violencia doméstica por parte de su esposo.

Además el comportamiento vejatorio o gravemente discriminatorio observado por ciertos sectores de la población local puede equipararse a la

¹⁰⁰ FRANCO LEONARDO (1986): 193.

¹⁰¹ MUÑOZ HUGO ALFONSO (1986): 93.

persecución si es deliberadamente tolerado por las autoridades o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo.¹⁰²

De los agentes perseguidores se hablará más ampliamente en el título segundo.

Sección II. Cláusulas de Inclusión a la luz del Género

A. Definición General

Las cláusulas de inclusión establecen los requisitos que deben satisfacer los solicitantes de refugio para ser considerados como tales. Éstas indican que para obtener dicho status, la partida del solicitante de su país se debe al temor fundado de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado o bien por sus opiniones políticas.

Para determinar si un solicitante en particular ha cumplido con los criterios de la definición de refugiado es importante asegurarse que cada uno de los motivos contemplados en la Convención se interprete desde una perspectiva sensible al género.¹⁰³ Por lo tanto cada cláusula de inclusión se expondrá principalmente a la luz del género, pero también en forma general para una mayor comprensión de la misma.

Primeramente se debe establecer que género es el término que utiliza cada sociedad para indicar las características que poseen los hombres y las mujeres pertenecientes a ella. Es entonces el significado de ser mujer u hombre en una sociedad determinada y se va a aprender a través de la socialización. El sexo por su parte no, pues se refiere a las características

¹⁰² ACNUR. "Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado". Pág. 18

¹⁰³ ACNUR (2003). "Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas". Pág. 116 <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3667.pdf>. (07/04/ 2009).

biológicas, congénitas de cada género y sus diferencias se limitan a sus funciones reproductivas fisiológicas.¹⁰⁴

A continuación se expondrán las cláusulas de inclusión. Pero antes, se indicará que la persecución puede ser producida por una o más de dichas cláusulas o bien por su combinación; y el solicitante puede no conocer los motivos por los cuales se le persigue, ni está obligado a poder especificarlos. Por lo tanto son las autoridades de migración las encargadas de examinar, investigar los hechos, los motivos de la persecución y decidir si el solicitante reúne los requisitos establecidos en la Convención.

B. Raza

Desde el punto de vista racial es difícil que una sociedad sea homogénea, porque en ella existen diversos grupos étnicos y esto ha ocasionado diferencias de trato a ciertos de ellos; claro ejemplo se presenta en la época de la Alemania Nazi con los judíos.

Y en una sociedad la igualdad absoluta no existe ni entre los grupos ni entre las personas. Indica Hugo Alfonso Muñoz¹⁰⁵ que, es la desigualdad originada en la naturaleza de las cosas, lo general; y la igualdad al contrario, resulta ser la excepción.

Se debe de tener claro que no todo acto discriminatorio constituye persecución, a menos que esas acciones tengan consecuencias graves. En ocasiones algunas medidas discriminatorias que no implican persecución de modo directo, ni son de naturaleza grave, en ciertos casos podrían producir un sentimiento de aprensión e inseguridad que justifique, en determinadas circunstancias, la protección.¹⁰⁶

¹⁰⁴ ACNUR. Ob. Cit.: 111.

¹⁰⁵ MUÑOZ HUGO ALFONSO (1986): 97.

¹⁰⁶ ACNUR. "Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado". Pág. 16.

Desde la perspectiva de género, la persecución por motivos raciales se puede manifestar de diferentes maneras de acuerdo al género.

Por ejemplo, un agente de persecución para destruir la identidad étnica de un grupo o su prosperidad puede asesinar, mutilar o encarcelar a los hombres pertenecientes a ese grupo; pero en cambio a las mujeres las pueden violar, abusar sexualmente o bien controlar su reproducción.

C. Religión

Pertenecer a determinada religión significa un acto personal de adhesión hacia una de las concepciones del mundo y de la vida. Si existe libertad religiosa en un país, cualquier individuo puede adherirse a una religión determinada o cambiarla, o no adherirse a ninguna.¹⁰⁷

La libertad religiosa abarca, libertad de pertenencia a un grupo religioso, opinión, de conciencia, de enseñanza religiosa y cultural. Por lo tanto se configuraría persecución si se le prohíbe a un individuo pertenecer a cierta religión o si se le sanciona por ello, o bien si se le discrimina por dicha pertenencia.

En algunos Estados, la religión asigna ciertos roles o códigos a cada género. En los casos donde las mujeres no cumplen con las funciones asignadas o no obedecen los códigos sociales, o no quieran sostener las creencias, comportamientos o las prácticas de esa religión, se les castiga por ello, pues demuestran que su opinión religiosa es inaceptable, sin importar las creencias que esas mujeres tengan.

Por lo tanto, esto puede producir un fundado temor de persecución por motivos de religión.

¹⁰⁷ MUÑOZ HUGO ALFONSO (1986): 99.

Existe un cierto solapamiento entre los motivos de religión y opinión política en las solicitudes por motivos de género, sobre todo en lo relativo a opinión política imputada. Cuando doctrinas religiosas exigen a las mujeres cierto tipo de comportamiento, una conducta contraria puede ser percibida como evidencia de una opinión política inaceptable.¹⁰⁸

Por ejemplo, en algunas sociedades el rol establecido a las mujeres se le puede achacar a las exigencias de la religión oficial del Estado. Pero en ocasiones los agentes de persecución pueden creer que la negativa a realizar esas creencias religiosas son una opinión política inaceptable.

Con frecuencia a las mujeres se les atribuyen la religión de sus familias o de los miembros masculinos de estas, y sufren persecución a causa de las actividades de dichos miembros.

D. Nacionalidad

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva Oc- 4/84 del 19 de enero de 1984, indicó que:

“La nacionalidad puede ser considerada como un vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática.”¹⁰⁹

Por lo tanto se puede configurar persecución por motivos de nacionalidad, cuando se toman medidas y comportamientos distintos hacia una minoría nacional, y en ocasiones la pertenencia a la misma, puede causar fundados temores.

¹⁰⁸ ACNUR. “Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas”. Pág. 117.

¹⁰⁹ GUILLÉN SOLANO, SIMÓN (2005): 16.

Aunque la persecución por motivos de nacionalidad (lo mismo que por raza) no es específico de hombres o mujeres, en muchos casos, la naturaleza de la persecución adopta una forma específica de género, y comúnmente, manifestada a través de la violencia sexual contra mujeres y niñas.¹¹⁰

Nancy Kelly en su artículo “Directrices para las Solicitudes de Asilo de las Mujeres” (Guidelines for Women’s Asylum Claims), se basa en las “Directrices sobre Refugiados de las Mujeres Canadienses” (Canadian Women Refugee Guidelines) para indicar que este tipo de persecución se puede presentar en aquellos casos donde la ley hace que la mujer pierda su nacionalidad por casarse con un extranjero.¹¹¹

E. Opiniones Políticas

El concepto de ‘opinión política’ debe entenderse en un sentido amplio que incluya cualquier opinión o asunto en el que esté involucrado el aparato estatal, gubernamental, social o político.¹¹²

En las sociedades pluralistas resulta ser natural y deseable que haya distintas concepciones políticas. En consecuencia, el primer aspecto que requiere análisis consiste en determinar si en el país de donde proviene el solicitante de refugio existe pluralismo político.¹¹³ Y si las opiniones de las personas son toleradas por quienes las emiten o bien por las autoridades, llámese gobierno o cierto sector de la sociedad.

Se debe tener en cuenta que en ocasiones el temor de persecución se presenta también, en aquellos casos donde la opinión no ha sido emitida por la persona, pero se le atribuye ser partidario de dicha opinión.

¹¹⁰ ACNUR. “Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas”. Pág. 117.

¹¹¹ KELLY, NANCY. (1994): 525.

¹¹² ACNUR. “Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas”. Pág. 119.

¹¹³ MUÑOZ HUGO ALFONSO (1986): 102.

Por lo tanto, la solicitud por los motivos de esta cláusula supone que el solicitante tiene, o se supone que posee, opiniones que son críticas de las costumbres, políticas, o métodos de las autoridades o la sociedad y que no son toleradas por éstas.

Como por ejemplo, una mujer puede ser perseguida por oponerse a la discriminación de género, por que al no estar de acuerdo con este tipo de opresión su resistencia es política.

Este tipo de persecución se puede evidenciar también, cuando las mujeres no siguen las normas sociales, culturales, religiosas o bien las critican.

No es necesario que la opinión haya sido expresada, o que la persona haya sufrido anteriormente alguna forma de discriminación o persecución. En tales casos, la prueba de temor fundado se basaría en una evaluación de las consecuencias que el/la solicitante tendría que sufrir si retornara.¹¹⁴

Por lo general, los refugiados que huyen debido a su participación directa en actividades políticas no siempre son mujeres. Ellas por lo general realizan otras labores como cuidar a los rebeldes enfermos, reclutar simpatizantes o preparar y distribuir panfletos. Y el no realizar estas labores puede inducir a interpretar que poseen una opinión política en contraria.

Pero, al igual que sucede con la religión, a las mujeres se les atribuye las opiniones políticas emitidas por los miembros masculinos de su familia. Teniendo como consecuencia, que a ellas se les persiga por las actividades realizadas por dichos miembros.

La situación anterior se puede analizar bajo el motivo de opinión política, o bien por razones de pertenencia a un determinado grupo social: su familia.

¹¹⁴ ACNUR. "Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas". 119.

Autores indican que ciertas cuestiones del ámbito “privado” de las mujeres pueden ser considerados políticos como aquellos que han tenido lugar en la esfera pública, como por ejemplo, la libertad de utilizar o no la burka, de estudiar o realizar ciertos trabajos, de decidir su actividad sexual, de escoger libremente su esposo, de rechazar ser sometida a la mutilación genital femenina.

F. Pertenencia a un Grupo Social Determinado

“...un determinado grupo social es un grupo de personas que comparten una característica en común distinta al hecho de ser perseguidas, o que son percibidas como grupo por la sociedad. A menudo, la característica será innata, inmutable o fundamental para la identidad, la conciencia o el propio ejercicio de derechos humanos.”¹¹⁵

De los 5 motivos contenidos en el artículo primero de la Convención de 1951, es la pertenencia a un grupo social determinado la que presenta el significado más nebuloso. En muchas ocasiones es utilizado como el motivo “comodín”, en el sentido de que todas las situaciones que no caben en los otros motivos se enclavan en la pertenencia a un grupo social determinado. A lo largo de su existencia se han dado muchas interpretaciones, lo que la hace un motivo variante y algunas veces inseguro. Su mayor desarrollo ha sido en los países que ostentan el sistema del Common Law, mientras que los países del Civil Law han dado más énfasis a la persecución.

En el sistema del Common Law predominan dos interpretaciones: la de la percepción social y la característica protegida. La percepción social examina si un grupo comparte una característica común que la aparta de la sociedad mayoritaria. La característica protegida se refiere a la determinación de si un grupo está unido por una característica tan fundamental a la dignidad humana que una persona no debería ser obligada a renunciar a ella. Una característica

¹¹⁵ ACNUR. Ob. Cit.: 118.

inmutable podría ser innata (como el sexo o etnia) o inalterable por otras razones (como el hecho histórico de una asociación pasada o un estatus).¹¹⁶

Muchas categorías de grupos sociales particulares han sido reconocidas, incluyendo, por ejemplo, subcategorías de mujeres, familias, grupos ocupacionales, homosexuales, entre otros. En el caso del género ACNUR ha establecido que las mujeres constituyen un subgrupo social no sólo por poseer una característica innata e inmutable que vendría a ser el sexo, si no porque son globalmente tratadas de forma distinta por la sociedad. Esta definición abarca también a homosexuales y a transexuales.

La situación social de la mujer la hace vulnerable a distintos actos de violencia que constituyen persecución y muchas veces el Estado no puede o no quiere hacer nada para protegerlas. Con el enfoque de género se intenta cambiar el panorama y ayudar a erradicar la violencia contra las mujeres, está más que claro que por su condición biológica y social, las mujeres necesitan de un tratamiento diferenciado a la hora de valorar si califican o no para ser refugiadas. No es lo mismo una mujer víctima en conflicto armado a la que, por ejemplo, violaron (pues los soldados lo hacen sólo porque pueden y porque se trata de mujeres del bando enemigo), que un hombre al cual aprehendieron por luchar en el bando contrario.

Antes de concluir advertimos al lector que en esta sección queremos dar solamente una pincelada de lo que establece la definición del ACNUR de Grupo Social Determinado, dejando claro que para esta organización el género si es un factor determinante a la hora de otorgar el estatus de refugiado a una mujer. Sin embargo, es más adelante en nuestro trabajo que realizaremos un exhaustivo examen del motivo y de los criterios encontrados que lo rodean, pues existen autores con novedosas propuestas y diferentes interpretaciones sobre lo que ya el ACNUR ha pronunciado.

¹¹⁶ UNHCH. "Refugee Protection in International law. UNHCR's Global Consultation on International Protection". Pág. 292.

- **Género**

Para no inducir a error al lector, se debe indicar que la persecución por motivos de género no se encuentra establecida expresamente como una cláusula de inclusión en la definición del artículo primero de la Convención, a pesar que se exponga en esta sección.

Debido a la relevancia que este tipo de persecución tiene, consideramos incluirla acá para dar un panorama general del tema y luego abordarlo con mayor profundidad en el Título Segundo.

La persecución por motivos de género es incluida dentro de la cláusula de pertenencia a un grupo social determinado.

Diversos autores consideran que esto no debería ser así, y que se debe establecer una sexta cláusula basada en el género. Por lo consiguiente se indicará de qué trata este motivo.

Históricamente, la definición de refugiado ha sido interpretada a la luz de la experiencia masculina, lo cual ha significado que muchas de las solicitudes presentadas por mujeres y homosexuales hayan pasado inadvertidas. Sin embargo, en la última década, el análisis y el concepto de género y sexo dentro del contexto de los refugiados han avanzado sustancialmente en la jurisprudencia, la práctica de los Estados en general y la doctrina. Estos avances han tenido lugar paralelamente a los avances del Derecho de los derechos humanos y sus estándares internacionales.¹¹⁷

No se puede negar, que el género puede, influenciar o determinar el tipo de persecución o daño de las que han sido o pueden ser víctimas, o bien las razones por las cuales se les ha dado ese trato. Como por ejemplo: la violación, la mutilación genital femenina, la trata de personas, la violencia

¹¹⁷ ACNUR. “Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas”. Pág. 112.

relacionada con la dote, la violencia doméstica y, aquellos actos que constituyan u ocasionen un profundo sufrimiento, daño mental y/o físico y que hayan sido utilizadas como medios de persecución.

Como respuesta a ello, en el año dos mil dos el ACNUR publicó directrices sobre la Persecución por Motivos de Género, en ellas da consejos prácticos sobre cómo la Convención de 1951 atiende las necesidades de todas las personas que huyen por motivos de persecución, pero sin hacer distinción respecto a los roles de cada género.

Dichas directrices extienden información para que el o la entrevistadora o quien toma la decisión para conceder la condición de refugio, tenga el conocimiento suficiente, la sensibilidad necesaria para comprender y reconocer las solicitudes de asilo por motivos de género.

Por otra parte, pretenden servir de guía legal interpretativa a los gobiernos, a los practicantes del derecho, a los jueces, y al personal del ACNUR que determina dicha condición.

La “persecución por motivos de género” es un concepto que carece de un sentido legal *per se*. Se usa más bien para referirse al conjunto de solicitudes en las cuales el género representa una variable de relevancia en la determinación de la condición de refugiado.¹¹⁸

El ACNUR en el libro Violencia Sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas,¹¹⁹ considera que aunque la definición de refugiado no se refiere directamente a la cláusula de género, si ésta se interpreta correctamente abarca las solicitudes por dicho motivo. Siendo así, no es necesario agregar una nueva cláusula a la definición contenida en la Convención de 1951.

¹¹⁸ ACNUR. Ob. Cit.: 111.

¹¹⁹ ACNUR. Ob. Cit.: 112.

Diversos autores discrepan de esta posición, como Sushil Raj¹²⁰ quien indica que, el no reconocimiento del género como base de la persecución específicamente, conlleva a un problema interpretativo y a una consecuente negación del status de refugiado, particularmente en términos de reasentamiento en terceros países, hasta aquellos casos en que genuinamente merecen el status. Los Estados pueden fácilmente negarles la condición de refugiado a aquellas mujeres a quienes se les ha violentado sus derechos, por no existir un motivo de género establecido en la Convención.

Nosotras concordamos con aquellos autores que indican que la persecución por motivo de género debe ser establecido como una cláusula de inclusión en la Convención, ya que al incluirse esos casos como pertenencia a un grupo social determinado está sujeto a interpretación, y que una mal hecha efectivamente vulnera a la mujer solicitante de refugio. Mientras sí se establece expresamente como un motivo, se podría evitar esta situación.

Recientemente en Costa Rica se ha planteado un proyecto legislativo de migración para una nueva ley¹²¹ en la cual se incluirá una definición de refugio en la que género formará parte de los motivos por los cuales a una persona se le podrá reconocer la condición de refugiada.

En otro orden de ideas, el ACNUR sostiene el criterio que no es necesario que el solicitante cuente con alguna prueba documental para probar que ha sufrido de persecución con base en su género. Y ello se debe que en situaciones de persecución, las personas salen de su país con el objetivo de salvar su vida y no cuentan con el tiempo de traer consigo documentos.

¹²⁰ RAJ, SUSHIL. (2001) "The Gender Element in International Refugee Law: It's impact on Agency Programming and the North South Debate." <<http://www.worldlii.org/int/journals/ISILYBIHRL/2001/9.html>>. Consultado el 5 de abril del 2009.

¹²¹ LEY GENERAL DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA N. 8764. Artículo 106.

Sección III. Cláusulas de Cesación

A. Definición General

Las cláusulas de cesación son incluidas en la Convención para regular los casos en que el refugiado deja de tener las condiciones para ostentar esa calidad, esto debido a que ya no necesita de la protección internacional o esta no está justificada.

La razón de ser de las cláusulas de cesación se encuentra en las primeras fases de redacción de la Convención de 1951, en las que el primer Alto Comisionado para los Refugiados G. J. Van Heuven Goedhart, declaró que el estatus de refugiado no debería ser concedido por un día más de lo que era absolutamente necesario y que debería finalizar si, de acuerdo a los términos de la Convención, la persona obtenía la ciudadanía, en otras palabras si ahora poseía todos los derechos y obligaciones de un ciudadano común.¹²²

Las cláusulas de cesación se dividen en dos tipos: las que se relacionan con las circunstancias personales del refugiado, construidas por él mismo y que resultan en la adquisición de la protección nacional por lo que la protección internacional ya no es necesaria; y el segundo tipo que se refiere a cambios en las circunstancias objetivas en conexión las que ha sido reconocido el refugiado.

Estas cláusulas casi no son utilizadas por los países ya que ocasionan un costo administrativo elevado que incluye costos como el de la implementación de los procedimientos de revisión. Además de eso los Estados prefieren la naturalización bajo el artículo 34 de la Convención.

Las cláusulas de cesación son:

¹²² ACNUR. "Note on the Cessation Clauses".
<<http://www.unhcr.org/excom/EXCOM/3ae68cf610.html>>

Sección C: *“En los casos que se enumeran a continuación, esta Convención cesará de ser aplicable a toda persona comprendida en las disposiciones de la Sección A precedente:*

1) *Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad; o*

2) *Si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; o*

3) *Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; o*

4) *Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida; o*

5) *Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiado, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad;*

6) *Si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual;*

Queda entendido, sin embargo, que las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán a los refugiados comprendidos en el párrafo 1 de la sección A del presente artículo que puedan invocar, para negarse a acogerse a la protección del país donde tenían su residencia habitual, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores.”¹²³

¹²³ CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS. Artículo Primero.

B. Interpretación de las Cláusulas

1) **“Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad”**: esta cláusula se refiere a la posibilidad que existe de que la persona refugiada se acoja a la protección de su país, lo que haría que no necesitara más de la protección internacional que ha estado recibiendo.

Para que se pueda aplicar esta cláusula es necesario que se den tres condiciones:

a) voluntariedad: el refugiado debe actuar voluntariamente;

b) intención: el refugiado debe tener el propósito, con su comportamiento, de acogerse de nuevo a la protección del país de su nacionalidad;

c) efectos: el refugiado debe obtener efectivamente esa protección.

Como lo destacan las condiciones mencionadas, se trata de un acto en su totalidad voluntario. No puede, por ejemplo, una autoridad gubernamental pretender obligar a una persona que posee la calidad de refugiado a renunciar a ella.

*“El refugiado que pide protección a las autoridades del país de su nacionalidad sólo ‘se ha acogido de nuevo’ a esa protección cuando su petición ha sido efectivamente atendida”.*¹²⁴

Como dato importante, el refugiado que logra la protección de su país de origen pero por alguna razón decide a última hora no aceptarla, deberá pasar nuevamente por el proceso de evaluación para determinar su condición de refugiado en el país anterior; debe probar que las condiciones que

¹²⁴ ACNUR. "Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado". Pág. 21.

originalmente le concedieron la condición todavía están presentes y especificar por qué motivos rechazó la nueva protección.

2) “Si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente”: de manera similar a la anterior cláusula, esta se aplica en los casos en los que la persona recobre voluntariamente su nacionalidad, se refiere específicamente al país del cual la persona tuvo los temores fundados para huir.

La diferencia entre esta cláusula y la anterior está en que en la primera la persona deja de ser refugiado porque se acoge a la protección que su nacionalidad le brinda, mientras que en la presente cláusula la persona deja de ser refugiado porque recupera la nacionalidad que había perdido.

Como en la primera cláusula, es imperativo que se trate de un acto voluntario de la persona, no se concreta la cesación de la condición de refugiado si la nacionalidad le es concedida por decreto o ley. Tampoco puede dejar de ser refugiada una persona por el sólo hecho de tener la opción de recobrar su nacionalidad anterior.

3) “Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad”: como en los casos anteriores, esta cláusula deriva del principio de que una persona que posee la protección de su nacionalidad no necesita de la protección internacional.¹²⁵

4) “Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida”: se debe entender que “establecerse de nuevo” significa regresar al país abandonado con el objetivo de vivir en él, se refiere a refugiados que no perdieron la condición de refugiado por la primera o segunda cláusula de cesación.

¹²⁵ ACNUR, Ob. Cit.: 22.

5) “Sí, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiado, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad”: por circunstancias debe entenderse cambios fundamentales en la situación del país que permitan suponer que los motivos que originaron la necesidad de solicitar condición de refugiado hayan cesado.

Para esta cláusula existe la excepción de las personas que han tenido persecuciones muy graves anteriores y que aún cuando hayan sucedido cambios importantes en su país de origen, no perderá su condición de refugiado.

6) “Si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual”: esta cláusula se aplica exclusivamente a los apátridas que están en condiciones de regresar a su país de origen.

En Costa Rica

Las cláusulas mencionadas anteriormente son las expuestas en la Convención de 1951 y Costa Rica como estado miembro de ésta las ha suscrito, sin embargo, la ley actual de Migración y Extranjería además de contemplarlas también añade otras.

“ARTÍCULO 115.¹²⁶

La condición de refugiado o de asilado cesará cuando la persona extranjera:

¹²⁶ LEY DE MIGRACION Y EXTRANJERIA. N.º 8487. Artículo 115.

a) *Voluntariamente, se haya acogido a la protección de su país de origen o del que originó el refugio o asilo.*

b) *Haya adquirido una nueva nacionalidad y disfrute de la protección del país de su nueva nacionalidad.*

c) *Se haya establecido voluntariamente en el mismo país que había abandonado por temor o en el que era perseguida.*

d) *No podrá negarse a recibir la protección de su país de origen o estará en condiciones de regresar al país donde antes haya tenido su residencia habitual, por haber desaparecido ya las circunstancias por las cuales le fue reconocido el refugio o asilo.*

e) Radique o viaje, periódicamente o más de dos veces por año, al país donde se originó la persecución en su contra, salvo casos de fuerza mayor debidamente comprobados.

f) Haya sido condenada, en sentencia firme, por un delito doloso penado con prisión superior a tres años por los tribunales costarricenses.

g) Sea considerada responsable de la comisión de un crimen internacional, por motivos fundados.

h) Renuncie expresamente.

i) No comunique a la Dirección General ni al Ministerio de Relaciones Exteriores, según corresponda, el país o los países a los que se dirigirá.

j) Participe en la política nacional.

k) Ingrese o egrese por lugares no habilitados, sin sujeción a los controles migratorios, por los puestos habilitados para el movimiento internacional de personas.

l) Realice manifestaciones o acciones que pongan en peligro la seguridad pública, el estado de derecho o las relaciones exteriores del país.” (La negrita no es del original).

Con el artículo plasmado podemos ver que las primeras cuatro cláusulas de cesación contienen las estipuladas en la Convención mientras que las sobrantes ocho son enteramente decisión del país.

Sección IV. Cláusulas Exclusión

A. Definición

Las cláusulas de exclusión son aquellas disposiciones legales que limitan la determinación de la condición de refugiado a personas debido a ciertos aspectos que se refieren al solicitante. Se trata de personas que sí cumplen con los requisitos para ser refugiados pero que a su vez poseen también un motivo que los excluye de la protección de ACNUR. Dichas limitaciones se encuentran en las secciones D, E y F del artículo primero de la Convención de 1951.¹²⁷

Este tipo de cláusulas fueron concebidas para cumplir con dos objetivos: primero, se piensa en el estatus de refugiado como una categoría de suma importancia que debe ser protegida, por eso no es otorgada en los casos en los que no es merecida. El segundo objetivo fue asegurar que aquellos que hubieren cometido graves crímenes durante la Segunda Guerra Mundial u otros crímenes serios, o que fueran culpables de actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas, no escaparán a un juicio.¹²⁸

¹²⁷ CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS. Artículo Primero.

¹²⁸ ACNUR. “Refugee Protection in International law. UNHCR’s Global Consultation on International Protection”. Pág. 428.

La aplicación de estas cláusulas debe ser restrictiva y bajo un análisis exhaustivo del caso, pues está en juego la vida de la persona que solicita la condición de refugiado.

Sección D. *"Esta Convención no será aplicable a las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Cuando esta protección o asistencia haya cesado por cualquier motivo, sin que la suerte de tales personas se haya solucionado definitivamente con arreglo a las resoluciones aprobadas sobre el particular por la Asamblea General de las Naciones Unidas, esas personas tendrán ipso facto derecho a los beneficios del régimen de esta Convención."*

Las personas que cuentan con la protección o asistencia actual de las Naciones Unidas u otros organismos deben ser excluidas de determinárseles como refugiados según la Convención de 1951. Cuando se habla de otros organismos distintos de ACNUR se refiere a la protección que proporcionaba anteriormente el Organismo de las Naciones Unidas para la Reconstrucción de Corea y actualmente el Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (OOPS).

Sección E. *"Esta Convención no será aplicable a las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país."*

La sección E se refiere a las personas que no se consideran necesitadas de protección en razón de que el país en el que viven les ha otorgado todos los derechos de forma igualitaria que a sus nacionales. Al elaborar esta cláusula, los redactores pensaron en la situación de los refugiados de origen Alemán que

llegaron a la República Federal Alemana y les fueron reconocidos todos los derechos emergentes a su nacionalidad.¹²⁹

Sin embargo, cabe destacar que en muchas ocasiones se trata de personas con orígenes étnicos iguales a los del país en que residen pero esto no lo califica para obtener la ciudadanía oficial, al menos de inmediato.

Sección F. *"Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:*

a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;

b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;

c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas."

En esta sección se describen tres casos que hacen que la persona solicitante no se constituya como "merecedora" de la calidad de refugiado. Es competencia del Estado al que le solicitan refugio determinar si la persona se enclava en uno de los tres supuestos. Se necesita tener motivos fundados pero no es de rigor probar la existencia de un proceso penal anterior; no obstante, lo ideal es hacer una interpretación restrictiva de las cláusulas, pues está la vida de una persona en juego.

La Doctora Silvia Izquierdo incluye una definición de estos crímenes tomando en cuenta los instrumentos internacionales más importantes en esta materia, dicha definición la hemos sumariado a continuación:¹³⁰

¹²⁹ IZQUIERDO, SILVIA (1989): 24.

¹³⁰ VER IZQUIERDO, SILVIA. Ob. Cit.: 25.

a) Crímenes contra la Paz: según la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y el acuerdo de Londres de 1945, un crimen contra la paz es "planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión, o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de estos actos."

Crímenes de Guerra: un crimen de guerra es cualquier violación a las leyes o usos de guerra. Los delitos de guerra pueden ser perpetrados contra víctimas civiles o militares, tanto en conflictos armados internos como internacionales y la responsabilidad individual por los delitos de guerra no requiere que exista un vínculo entre el culpable y el Estado o una entidad parecida al Estado. Por ejemplo, el asesinato, los malos tratos o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito; de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se les de malos tratos a prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar; la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada.¹³¹

Aunado a esto el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia de 1993 incluye también una extensa definición de delitos de guerra.

Crímenes contra la Humanidad:¹³² se refiere al asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes de una guerra o durante ella. También se refiere a las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos.

Los delitos contra la humanidad tienen como característica principal ser cometidos de forma deliberada dirigidos a un objetivo primordial, son de naturaleza atroz y, en el caso de genocidio, por la intención de destruir a un grupo determinado, en su totalidad o en parte. Es elemental hacer la diferencia entre estos delitos y los de guerra o contra la paz, pues los delitos contra la

¹³¹ ACNUR. "Nota sobre las Cláusulas de Exclusión" Pág. 3.

¹³² VER IZQUIERDO, SILVIA. Ob. Cit.: 26.

humanidad se pueden cometer en cualquier tiempo, o sea sin que exista un contexto de guerra.

b) Graves Delitos Comunes:¹³³ esta cláusula trata de proteger a la figura del refugio, evitando que funcione como una forma de evasión a un castigo justo. Su objetivo es tratar de forma justa al refugiado que haya cometido un delito pero a la vez proteger a la población de personas que podrían representar una amenaza para la seguridad. Es necesario entonces, realizar una evaluación profunda acerca de la naturaleza del delito imputado y el riesgo de persecución ilegítima que el solicitante arguye.

También es importante aclarar que se trata de un delito común cometido fuera del país en el que se solicita refugio, pues si una persona refugiada lo cometiera dentro de ese territorio estaría sujeto a su jurisdicción.

El Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiados del ACNUR, sostiene que para determinar cuando un delito es común y no político es necesario evaluar su naturaleza y finalidad, o sea comprobar si se ha cometido por motivos políticos o sólo por razones personales y establecer un nexo causal entre el delito, su finalidad y el objetivo político.¹³⁴ Debe predominar el carácter apolítico del delito.

La doctora Silvia Izquierdo en su libro "Asilo territorial o Refugio político"¹³⁵ expone tres criterios existentes en doctrina para calificar si un delito es común o político, a continuación los describimos:

1. Teoría Objetiva: se atiende al bien jurídico protegido que es la organización o el funcionamiento del Estado. El delito político es el que viola las normas que protegen la soberanía, independencia, integridad o seguridad del Estado, del orden político interno o del orden constitucional (por ejemplo, subversión, rebelión, insurrección, motín).

¹³³ VER IZQUIERDO, SILVIA. Ob. Cit.: 27.

¹³⁴ ACNUR. "Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado". Pág. 27.

¹³⁵ Ver IZQUIERDO, SILVIA. Ob. Cit.: 27.

2. Teoría Subjetiva: toma en cuenta los móviles y fines que busca el trasgresor. Se incriminan como políticos, los delitos comunes cumplidos con una finalidad política, por ejemplo el hurto, robos, asaltos de propiedad privada con el fin de ocultar preparar delitos políticos.

3. Teoría Ecléctica: esta teoría combina las anteriores y formula que el delito sería político o común según predomine en él su carácter político o común. No se atiende sólo a la finalidad si no a la importancia de lo bienes jurídicos tutelados por la norma penal.

c) Actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas: las finalidades y los principios de las Naciones Unidas están expuestos en el Preámbulo y en los Artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Esta carta es la encargada de regir la conducta de los Estados miembro de las Naciones Unidas, por lo que para ser responsable de actos contrarios a las finalidades y principios de la organización se tiene que haber ocupado un puesto de autoridad en un Estado Miembro y haber sido un elemento determinante de la infracción por su Estado de esos principios.

Principios generales que regulan la aplicación de las cláusulas de exclusión

En el artículo IF se establecen los casos de la persona “no merecedora” del estatus refugiado, personas que ha perpetrado actos atroces y crímenes graves. Se pretende proteger al país y mantener la integridad de la figura del Refugio, evitando que se utilice de forma indiscriminada y para propósitos contrarios a la equidad y a la humanidad que lo caracterizan.

Las cláusulas encontradas en las secciones D y E excluyen a las personas a quienes no se considera que necesitan protección internacional

La competencia para aplicar las cláusulas de exclusión corresponde a los Estados por lo que estos deben poseer mecanismos aptos para determinar

de la forma más exacta si se debe aplicar o no la cláusula de exclusión, ya que, como hemos mencionado, las implicaciones de rechazar una solicitud de refugio podrían ser gravísimas. Las cláusulas de exclusión deben interpretarse restrictivamente para conservar la integridad de la protección internacional.

En la mesa redonda llevada a cabo en Lisboa en mayo del 2001 se llega a las siguientes conclusiones importantes en cuanto al trato que debe dárseles a las cláusulas de exclusión:¹³⁶

- A la hora de interpretar las cláusulas debe ser considerada primero la inclusión y después tomarse la existencia o no de elementos excluyentes.

- La exclusión antes de la inclusión incrementa los riesgos de criminalizar a los refugiados.

- La exclusión debe ser excepcional y no es apropiado que se considere primero.

- La no inclusión, sin haber analizado la exclusión, es posible en una serie de casos para evitar asuntos complejos.

- La inclusión de primera entrada hace posible la consideración de dar obligaciones de protección a los miembros de la familia.

- La inclusión antes de la exclusión permite que se trace la correcta distinción entre la persecución y la persecución legal (o sea si la persona es buscada por un crimen y debe ser juzgado).

- Textualmente la Convención parece promover más claramente la inclusión antes que la exclusión.

¹³⁶ ACNUR. "Refugee Protection in International law. UNHCR's Global Consultation on International Protection". Pág. 482.

- Las entrevistas que toman en cuenta toda la definición de refugiado permiten que la información sea recolectada más amplia y exactamente.

Los principales instrumentos internacionales que guardan relación con el artículo 1 F. a) de la Convención de 1951 son los siguientes:¹³⁷

1) Acuerdo de Londres, de agosto de 1945, y Estatuto del Tribunal Militar Internacional.

2) Ley núm. 10 del Consejo de Control de Alemania, de 20 de diciembre de 1945, para el castigo de los autores de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad.

3) Resoluciones 3 (1), de 13 de febrero de 1946, y 95 (1), de 11 de diciembre de 1946, de la Asamblea General de las Naciones Unidas que confirman la definición de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, de agosto de 1945.

4) Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948 (artículo 111) (que entró en vigor el 12 de enero de 1951).

5) Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968 (que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970).

6) Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra, de 12 de agosto de 1949 (Convenio para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, artículo 50; Convenio para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, artículo 51; Convenio sobre el trato a los prisioneros de guerra, artículo 130; Convenio sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra, artículo 147).

¹³⁷ ACNUR. Ob. Cit. Anexo IV.

7) Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (artículo 85 sobre la sanción de las violaciones de ese Protocolo).

B. Casos Especiales

i. Refugiados de Guerra: se trata de personas que en razón de un conflicto armado se ven obligadas a dejar su país de origen y que no se les considera como refugiados bajo la Convención de 1951 pero que si cuentan con la protección de otros instrumentos internacionales. Sin embargo, esto no implica que a consecuencia del conflicto armado puedan conformarse algunos motivos de los incluidos en la Convención y que estas personas puedan solicitar su estatus.

ii. Desertores y prófugos: esta categoría se refiere a personas que viven en países donde el servicio militar es obligatorio y el incumplimiento suele estar castigado por la ley. Entonces se dan casos de personas que huyen para evitar el servicio y de otros que desertan.

Es necesario que exista un motivo de peso para justificar el temor de estar ahí.

Debe demostrar entonces que por su delito militar sería castigado de manera severa e inclusive que podría ser perseguido por este. También existe la posibilidad de que la persona demuestre que si llega a cumplir el servicio militar este le habría obligado a participar en acciones contrarias a sus convicciones políticas, religiosas o morales.¹³⁸

iii. Personas que han recurrido a la fuerza o han cometido actos de violencia: se trata de personas que usualmente pertenecen a agrupaciones

¹³⁸ ACNUR. Ob. Cit.: 30.

clandestinas u organizaciones políticas combinadas con organizaciones militares y que han hecho uso de la fuerza o cometido actos de violencia.

iv. El Principio de Unidad de la Familia: *“El derecho a la unidad familiar es inherente al reconocimiento universal de la familia como el grupo fundamental de la sociedad, al cual se le debe dar protección y asistencia. Este derecho está consagrado en los instrumentos universales y regionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, y se aplica a todos los seres humanos sin importar su condición. Por lo tanto, también se aplica en el contexto de los refugiados.”*¹³⁹

La unidad familiar es un derecho importantísimo, aún más en el caso de los refugiados. La familia se constituye como el soporte central de una persona refugiada en el ámbito del bienestar personal, protección y hasta bienestar económico. Inclusive la unidad familiar incrementa la autosuficiencia de los refugiados.

Este principio consiste en tratar de mantener a toda costa a la familia unida e implica que los Estados deben tomar medidas para permitir lo anterior y abstenerse de realizar acciones que puedan separar a la familia. El principio funciona como una especie de estatus derivativo en el que el estatus de refugiado y sus derechos se transmiten a los familiares de la persona a la que se le otorgó el estatus. Es importante mencionar que aunque se trata de preservar la unidad familiar, si se da el caso de que el jefe o la jefa de familia no cumplen con las condiciones para ser aceptados como refugiados se evaluarán las condiciones de cada miembro por separado.

También es importante mencionar los casos en los que la familia se queda en el país de origen, ¿qué sucede con estas personas?

“El respeto del derecho a la unidad familiar exige no sólo que los Estados se abstengan de realizar acciones que resulten en la separación

¹³⁹ ACNUR. Mesa Redonda de Expertos en Ginebra 8-9 de noviembre de 2001.

familiar, sino también que adopten medidas para mantener la unidad familiar y reunificar a los familiares que se hayan separado. Rehusarse a permitir la reunificación familiar puede considerarse una interferencia con el derecho a la vida en familia o a la unidad familiar, especialmente cuando la familia no tiene posibilidades reales de disfrutar de ese derecho en otro sitio. Igualmente, la deportación o expulsión puede constituir una interferencia con el derecho a la unidad familiar, a menos que se justifique de acuerdo con las normas internacionales.”¹⁴⁰ (La negrita no es original)

Si bien es cierto no hay nada determinado específicamente en la Convención de 1951 acerca de éste tema, si es claro que los países deben hacer lo que sea necesario para integrar a los refugiados con sus familias.

Sección V. Procedimiento para determinar la Condición de Refugiado.

A. Procedimiento dictado por ACNUR

Para determinar la condición de refugiado de un solicitante, el ACNUR emitió un Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado. Este manual es acorde a las disposiciones de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 y fue realizado como una solicitud del Comité Ejecutivo del Programa para el Alto Comisionado a la Oficina del Alto Comisionado.

La intención del Comité Ejecutivo era que se creara una especie de guía que tuviera los principales criterios y procedimientos para determinar la condición de refugiado y así ayudar a los funcionarios de los distintos Estados a tomar una decisión más justa y armónica con los principios de la Convención y el ACNUR.

¹⁴⁰ ACNUR. Mesa Redonda de Expertos en Ginebra 8-9 de noviembre de 2001.

El manual consta de dos partes: en la primera se hace una importante interpretación del contenido de los primeros artículos de la Convención, a saber, los que contienen la definición de refugiado, las cláusulas de cesación, exclusión y casos especiales; en la segunda parte se habla ya concretamente de los procedimientos a seguir para determinar si una persona es o no refugiado.

En lo que nos interesa que son los procedimientos, el manual se divide en diversas áreas que funcionan como guía para el funcionario gubernamental, como por ejemplo, ciertos principios y métodos necesarios en la determinación de los hechos y casos especiales que plantean problemas a la hora de determinar los hechos.

Este es un resumen del procedimiento tomado del Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado¹⁴¹:

a) El solicitante debe:

i) decir la verdad y ayudar en todo lo posible al examinador a determinar los hechos del caso;

ii) esforzarse por aportar en apoyo de sus declaraciones todos los elementos de prueba disponibles y dar una explicación satisfactoria en los casos de falta de pruebas. Cuando sea necesario, debe esforzarse por obtener medios de prueba complementarios;

iii) proporcionar toda la información pertinente acerca de sí mismo y la experiencia por la que ha pasado, con todos los detalles que sean necesarios para que el examinador pueda determinar los hechos pertinentes. Se le debe pedir que proporcione una explicación coherente de todas las razones aducidas en apoyo de su solicitud de que se le reconozca la condición de refugiado y que conteste todas las preguntas que se le hagan.

¹⁴¹ ACNUR. "Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado". Pág. 35.

b) El examinador debe:

i) procurar que el solicitante exponga su caso con la mayor amplitud posible y con todas las pruebas de que disponga;

ii) formarse un juicio acerca del crédito que merezca el solicitante y evaluar las pruebas (si es necesario, concediendo al solicitante el beneficio de la duda), con objeto de determinar los elementos objetivos y subjetivos del caso;

iii) contrastar esos elementos con los criterios pertinentes de la Convención de 1951 a fin de llegar a una conclusión correcta respecto de la condición de refugiado del solicitante.

En cuanto a los casos especiales, se refieren a los casos en los que la persona solicitante de refugio padece enajenación mental o se trata de menores no acompañados. En estos casos el funcionario examinador debe obtener el informe pericial de los médicos que debe contener información sobre la enfermedad mental y si a la persona le es posible cumplir con los o algunos de los requisitos que normalmente son requeridos por el funcionario para determinar la condición de refugiado. Este proceso variará dependiendo de cada persona, pues no es posible pretender un conjunto de reglas rígidas para tan diversa enfermedad.

Como elemento importante en estos casos, está el “aligerar la carga de la prueba”, lo que significa que el funcionario tratará de encontrar la veracidad de la situación en que la persona vive por otros medios. Por ello es probable que deba enfatizarse el elemento objetivo y no tanto el subjetivo, como es usual en las solicitudes normales.

En el caso de los menores de edad no acompañados por un adulto, es necesario determinar el grado de madurez de éstos, y si se trata de niños, debe llamarse a expertos en la mentalidad infantil. También será necesario

nombrarles un tutor para que intervenga en la consecución de los mejores intereses para el menor.

Cuando el menor no ha alcanzado la suficiente madurez para poder determinarse si existe en realidad un temor fundado, deberá recurrirse entonces a la situación objetiva que lo rodea. Inclusive se puede tratar de averiguar la voluntad de los padres para determinar si fue a causa de sus temores fundados que el menor debió huir de su país.

B. Procedimiento dictado por ACNUR en caso de solicitudes de refugio por motivos de género.

Como ya se ha visto existe un procedimiento general para determinar la condición de refugiado, por decirlo así, pues se enfoca en la definición de refugiado que da la Convención de 1951. Es por esto que desde 1991 ACNUR ha tratado de fomentar el establecimiento de las mujeres perseguidas por motivos de género como grupo social determinado debido al trato diferenciado que reciben socialmente y la violencia a la que muchas veces están sujetas.

Según la Guía para la Protección de las Mujeres Refugiadas¹⁴² publicada por ACNUR en julio de 1991, en muchas ocasiones las mujeres que son violadas por militares se les deniega la condición de refugiadas por los examinadores en las bases de que es “parte normal de la guerra”; en otras ocasiones se trata de mujeres que vienen en unidad familiar y es a sus maridos a quienes se toma en cuenta en la entrevista cuando es la mujer la que ha sufrido los abusos; en otros casos a las mujeres víctimas porque tienen familiares en actividad política le es muy difícil que se les reconozca la condición de refugiadas.

Estos son algunos ejemplos de la dificultad que sufren las mujeres cuando se presentan en una frontera o ante un examinador a solicitar la condición de refugiadas. Por eso ACNUR ha creado en la Guía para la

¹⁴² ACNUR. “Guía para la Protección de las Mujeres Refugiadas”. Pág. 26.

protección de las Mujeres Refugiadas recomendaciones especiales para aplicarse en estos casos.

La mencionada Guía propone las siguientes bases para conceder el estatuto de refugiado:¹⁴³

- Proporcionar la oportunidad a las mujeres de la familia de hablar y brindar información necesaria para determinar la condición de refugiados.
- Se debe promover la aceptación del hecho de que las mujeres que temen la persecución o discriminación grave debido a su sexo deben ser consideradas miembros de un grupo social determinado.
- Promover que la violencia sexual es una forma de persecución cuando se lleva a cabo como una forma de castigo o intimidación por parte de las personas que tienen un cargo oficial.
- Promover el reconocimiento de que puede existir una base para conceder el estatuto de refugiado cuando un gobierno no pueda o no quiera proteger a las mujeres que son objeto de malos tratos por transgredir las normas sociales.

Con respecto a la entrevista, que es la parte más importante de la determinación de la condición de refugiados, propone pautas para la realización de esta en los casos en los que se trata de mujeres:

- Primero, es necesario que la entrevista sea llevada a cabo por una mujer.
- La persona que lleva a cabo la entrevista debe evitar gestos intimidatorios que puedan inhibir las respuestas de la solicitante. Es importante

¹⁴³ ACNUR. Ob. Cit.: 30.

no juzgar la credibilidad de la persona que solicita sobre la base de valores culturales occidentales.

- Ser paciente y conceder el tiempo necesario durante el proceso de la entrevista para que la solicitante establezca una relación con quien la lleva a cabo y pueda relatar sus experiencias. Lo más importante para determinar si existe un temor de persecución fundado es determinar si efectivamente ha habido algún tipo de persecución.

- Tener en cuenta que las mujeres que han sido, objeto de abusos sexuales muestran un tipo de síntomas que se describen como, el síndrome del trauma de violación. Ejemplo de estos síntomas son el miedo constante, la pérdida de la confianza en sí misma y del respeto por sí misma, la dificultad de concentración, la actitud de culpabilidad, el sentimiento generalizado de pérdida de control y pérdida o distorsión de la memoria. Esos síntomas influirán en las respuestas que la solicitante dé durante la entrevista. Si esos síntomas no se comprenden, puede considerarse erróneamente que socavan la veracidad de su testimonio.

- Partir del hecho de que en muchas sociedades las mujeres no tienen información concreta sobre las actividades que realizan los hombres de su familia, entonces no utilizar esto para restar credibilidad a sus declaraciones.

- Debe darse a las mujeres la oportunidad de ser entrevistadas solas, sin la presencia de miembros de su familia, ya que las víctimas de violaciones se sienten más cómodas al relatar su historia si no están en la presencia de familiares

Posteriormente en el año 2002 el ACNUR publicó una serie de directrices sobre la Persecución por Motivos de Género. Estas pautas se presentan como una guía interpretativa para los gobiernos que complementan el Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado y la Guía para la Protección de las Mujeres Refugiadas. Los Estados

deben conocer y aplicar estas guías por tratarse de casos tan distintos y especiales a los que usualmente se dan.

C. Procedimiento utilizado en Costa Rica¹⁴⁴

El órgano competente para realizar la determinación de la condición de refugiado es la Dirección General de Migración y Extranjería, específicamente en la oficina central en San José.

El solicitante debe dirigirse a Plataforma de Servicios, donde entrará a un proceso de valoración en el que deberá llenar un formulario personalmente. Una vez completado el formulario, se le entregará un documento provisional y se le dará una fecha para entrevista con otro funcionario de Migración.

El documento provisional funciona como una especie de cédula que valida la permanencia en el país de él y su familia mientras la solicitud permanezca pendiente de resolución. Esto implica que la persona y su familia no correrán peligro de deportación, pero no le faculta a ejercer ninguna actividad laboral.

En lo que respecta a la entrevista, importa sobre manera que el solicitante cuente su historia con detalle y sin temores, que explique los motivos que lo llevaron abandonar su país y que tenga en cuenta que se trata de una entrevista confidencial.

En un término de 30 días se le comunicará la decisión final. Si la solicitud es denegada, la persona solicitante tiene la posibilidad de presentar los recursos de revocatoria y apelación en subsidio.

¹⁴⁴ ACNUR. Procedimiento para la Determinación de la Condición de Refugiado en Algunos Estados del Continente Americano.
<<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6264.pdf>>. Consultado el 6 de mayo del 2009.

Si la persona es reconocida como refugiada se le documentará en el Subproceso de Documentación de la Gestión de Extranjería de la Dirección General de Migración y Extranjería una vez que le haya sido notificada la resolución. El documento de identificación de las personas refugiadas tiene una validez de un año y es renovable por iguales periodos.

El documento de refugiado acredita e identifica a la persona como tal. Con el documento se puede realizar cualquier tipo de trámite en el país, además de poder trabajar en Costa Rica en cualquier actividad remunerada o por cuenta propia, salvo restricciones de algunos Colegios Profesionales.

Capítulo III. Medidas de Protección

Sección I. Principios

A. Principio de la No Devolución

Este es un principio que favorece exclusivamente al refugiado o asilado y se encuentra en instrumentos internacionales tales como la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, en su artículo 33.1, y en latinoamericanos como la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en su artículo 22, párrafo octavo.

El artículo 33.1 de la Convención reza lo siguiente:

“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.”

El artículo 22 párrafo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recoge este principio y lo amplía a los extranjeros en general estableciendo que, *“en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o*

*devuelto a otro país, sea o no de su origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, religión, condición social, o de su opinión política.*¹⁴⁵

Dicho principio protege a los refugiados contra la expulsión, rechazo en la frontera, o cualquier forma de devolución a los territorios donde su vida o libertad están o estarían en peligro.

Por otra parte, beneficia aquellas personas que poseen un temor fundado de persecución en el sentido establecido en la Convención de 1951 sobre Refugiados, como también en el sentido comprendido por la definición regional de refugiados en la Declaración de Cartagena.

Este principio también, cobija a aquellos individuos que cumplen con los elementos de la definición de refugiado, pero que aún no se les ha concedido formalmente la condición de refugiado.

Así mismo se puede decir, que la no devolución es un principio básico del derecho internacional que posee un entero valor jurídico, por estar consagrado en una serie de convenciones. Esto hace que el principio en cuestión sea derecho imperativo, pues según el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las disposiciones en los tratados sobre derechos humanos son jus cogens.

Por otro lado, el principio de la No Devolución forma parte del derecho consuetudinario internacional y es vinculante para todos los Estados, inclusive aquellos que no son parte de la Convención de 1951 o de su Protocolo de 1967.

Este principio es aplicable en el contexto de la extradición, expulsión, o devolución, lo que se evidencia en el artículo 33.1 de la Convención.

¹⁴⁵ ACNUR. "Protección y Asistencia de Refugiados en América Latina. Documentos Regionales". Pág. 222.

Y a nivel nacional está comprendido en el artículo 31 de nuestra Constitución Política.

i. Excepciones al Principio de la No Devolución

Estas excepciones se encuentran en el artículo 3.2 de la Declaración de Asilo Territorial de 1967 el cual indica lo siguiente:

“...por razones de seguridad nacional o para salvaguardar a la población, como en el caso de una afluencia en masa de personas, el Estado está facultado a oponer la excepción al principio”¹⁴⁶

Primeramente, se expondrá en forma breve cada excepción.

- **Excepción de Seguridad del país:** para que tenga lugar dicha excepción, el refugiado debe constituir un peligro o amenaza, actual o futura para el país de acogida.

- **Excepción de la amenaza para la comunidad:** esta excepción aplica cuando el refugiado ha sido condenado de un crimen muy grave y que por su crimen y condena, él llegue a constituir un peligro de ese calibre en el presente y/o en el futuro para la comunidad del país de acogida.

Para llegar a considerar lo anterior, se debe tener en cuenta la naturaleza y las circunstancias del delito en particular y otros factores relevantes (por ejemplo, las pruebas o la probabilidad de reincidencia). Por lo tanto éstos últimos se deben de tener en cuenta, porque no necesariamente es una amenaza para la comunidad una persona que ha sido condenada por un delito grave.

Con lo que respecta a las afluencias masivas, los Estados Miembros del Comité Ejecutivo del ACNUR en 1981 concluyeron lo siguiente:

¹⁴⁶ Declaración de Asilo Territorial de 1967. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0009.pdf> (10/06/2009).

“En situaciones de afluencia en gran escala, debe admitirse a las personas en busca de asilo en el Estado donde buscaron refugio en primer lugar, y si ese Estado no puede admitirlos durante un tiempo prolongado, al menos debe de admitirlos temporalmente, en todos los casos y prestarles protección de conformidad con los principios establecidos más abajo. Debe admitírseles sin discriminación alguna por motivos de raza, religión, opinión política, nacionalidad, país de origen o incapacidad física. En todos los casos debe observarse escrupulosamente el principio fundamental de no devolución, incluido el rechazo en la frontera”.¹⁴⁷

Lo anterior evidencia que aún en situación de afluencia masiva los países deben admitir a los refugiados, aunque sea de forma temporal. Pues la devolución debería ser el último recurso al que se debe recurrir.

Dichas excepciones se deben aplicar restrictivamente, y por otra parte, debe existir un nexo racional entre la expulsión del refugiado y la eliminación del peligro que representa su presencia para la seguridad o para la comunidad del país asilante.

Para determinar si las excepciones son aplicables, se debe realizar un procedimiento con las salvaguardas necesarias. Además, el refugiado que no se encuentre en dichas circunstancias, tiene la oportunidad del recurso de apelación ante los órganos jurisprudenciales mediante la presentación de pruebas exculporias.

Para concluir con el principio expuesto anteriormente, lo que pretende proteger el mismo es la vida, la integridad física y la libertad, por lo tanto se debe tomar en cuenta lo siguiente:

- El derecho del Estado a otorgar el refugio a pesar de la oposición de terceros Estados.

¹⁴⁷ ODIO BENITO, MARTA.: 57.

- La obligación del Estado asilante de admitir al refugiado aunque sea provisionalmente.¹⁴⁸

ii. Formas de violentar el principio de la No Devolución

El principio de la No Devolución se puede ser violentar de diversas maneras, como sería la devolución formal, el simulacro de repatriación voluntaria, la reconducción discreta de fronteras y la connivencia de gobiernos.

- **Devolución Formal**

Ésta consiste en que el individuo es enviado o bien entregado a las autoridades del país de origen.

- **Simulacro de repatriación voluntaria**

La repatriación voluntaria es una de las soluciones duraderas al problema del refugiado, en la cual el consentimiento del individuo debe estar presente.

Se configura el simulacro de repatriación, cuando las autoridades nacionales realizan una entrevista al refugiado sin testigos de la comunidad internacional y lo devuelven indicando que éste expresó en dicha entrevista el deseo de regresar al país de origen.

Después de su devolución, el refugiado puede manifestar posteriormente la inexistencia de su consentimiento o bien el vicio existente en el mismo.

¹⁴⁸ FRANCO LEONARDO (1986): 181.

- **Reconducción discreta o secreta a la frontera**

En ciertas regiones las fronteras están mal delimitadas, y en ellas se encuentran grupos políticos o militares del país hacia el cual tiene lugar la devolución, que puede reclutar a la víctima privándola de su libre elección o de su libertad física. Por otra parte, una persona puede ser conducida a la frontera en condiciones tales que tengan que caer necesariamente en manos de las autoridades que teme, a menos de esquivar todo contacto y llevar una existencia clandestina difícil y finalmente imposible.¹⁴⁹

- **Connivencia de gobiernos**

La connivencia es la confabulación o acuerdo entre varios para cometer un delito o una acción ilícita. Como también, el asentimiento o tolerancia de un superior para con las faltas que cometen sus subordinados contra las normas o costumbres establecidas.¹⁵⁰ En estos casos la connivencia se dan entre dos gobiernos.

Los refugiados desaparecen de un país en circunstancias imposibles de aclarar y reaparecen detenidos en su país de origen. La explicación puede ser que han "auto-desaparecido" y han vuelto voluntariamente a su país con toda discreción por motivos a que ellos solo interesan, y han sido detenidos por las autoridades después de su regreso. En estos casos se puede llegar a pensar, que los refugiados han sido secuestrados en un país para ser entregados en el otro.¹⁵¹

- **Otras formas de devolución**

Entre otras formas de devolución se pueden enumerar las siguientes¹⁵²:

¹⁴⁹ KOULISCHER GEORGES (1983): 39.

¹⁵⁰ WORD REFERENCE. "Connivencia."

<http://www.wordreference.com/definicion/connivencia> (10/06/09)

¹⁵¹ KOULISCHER GEORGES (1983): 40.

¹⁵² KOULISCHER GEORGES. Ob. Cit.: 41.

1. La entrega del individuo en un avión o un barco que regresa al país de origen o sin escala.
2. La negativa de las autoridades locales a atender una demanda de asilo incorrectamente formulada por una persona inexperta.
3. Los obstáculos administrativos de todo tipo conducentes a la devolución o no según las situaciones de las personas interesadas o incluso al azar.

B. Principio de la No Expulsión

Se define expulsión como: el acto autónomo, potestativo de un Estado, que se sujeta a su ordenamiento jurídico interno;¹⁵³ cuando la presencia de un refugiado o asilado resulta indeseable.

Este principio a diferencia del anterior no se encuentra consagrado en muchos textos fundamentales. Pero se localiza en el artículo 32.1 de la Convención de 1951, el cual reza lo siguiente:

“1. Los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

2. La expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.

3. Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al refugiado un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. Los

¹⁵³ JARA SÁENZ JAIME. (1985): 28.

Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias”.

La expulsión se debe realizar en forma humanitaria y sólo después de que el extranjero haya hecho uso, sin éxito, de los recursos que le otorga la legislación local para impugnar la decisión de expulsión, o de que hayan transcurrido los plazos para interponer tales recursos.¹⁵⁴

C. Principio de la No Extradición

La extradición es un proceso formal que implica la entrega de una persona por parte de un Estado (el “Estado requerido”) ante las autoridades de otro Estado (el “Estado requirente”), con el propósito de someter a esa persona a un proceso penal o a la ejecución de una sentencia.¹⁵⁵ Es un instrumento que permite a los Estados asegurar que las personas responsables de haber cometido delitos graves rindan cuentas, y además constituye una importante herramienta en la lucha contra la impunidad.

Este principio cobija tanto a refugiados, como a solicitantes de refugio, aunque exista un tratado de extradición entre los países involucrados.

Existen principios y disposiciones del derecho que salvaguardan a estos individuos, como lo son: el principio de especialidad; de restricción a la re-extradición del Estado requirente a un tercer Estado; de la posibilidad de conceder la extradición con la condición de que la persona requerida regrese al Estado requerido después de la conclusión de los procesos penales o del cumplimiento de una sentencia; de la aplicación de la regla de no extradición para los delitos políticos; o de otros motivos tradicionales de denegación, en particular los relacionados con la pena de muerte y las nociones de justicia, equidad, las cláusulas de discriminación.¹⁵⁶

¹⁵⁴ JARA SÁENZ JAIME. Ob. Cit.: 28.

¹⁵⁵ ACNUR. (2008 Abril). “Nota de orientación sobre la Extradición y la Protección Internacional de los Refugiados.” Pág. 04. <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7039.pdf>>. (19/05/09).

¹⁵⁶ ACNUR. Ob. Cit.: 05.

Estas cláusulas son de importancia, pues ellas indican que la extradición se deniega cuando es solicitada por motivos políticos o con intenciones discriminatorias o persecutorias.

Por ejemplo: el derecho que da el tratado de extradición para pedir la entrega del asilado no puede ejercerse porque los llamados delincuentes o reos políticos no son extraditables, de acuerdo a estas normas.¹⁵⁷

La extradición procede entonces, si el delito por el cual el individuo se persigue es común.

Consideramos que el principio de la no devolución, como el de extradición se relacionan, pues como reza el artículo 13.4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura: *“No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente”.*

Al determinar si se debe conceder o no la extradición, es probable que el Estado requerido se encuentre ante un conflicto de obligaciones. Por una parte, el deber de extraditar puede surgir de un acuerdo bilateral o multilateral del que son partes tanto el Estado requirente como el Estado requerido, o bien el deber puede surgir en virtud de disposiciones contenidas en instrumentos regionales o internacionales que establecen la obligación de extraditar o juzgar a la persona. Por otra parte, el Estado requerido debe cumplir con sus obligaciones de no devolución conforme al derecho internacional de los refugiados y de los derechos humanos, el cual prohíbe la extradición de un refugiado o un solicitante de asilo hacia el Estado requirente bajo las condiciones ya analizadas. En estas situaciones, las prohibiciones de entrega de un individuo establecidas por el derecho internacional de los refugiados y de los derechos humanos deben prevalecer por encima de cualquier otra obligación de

¹⁵⁷ SEPÚLVEDA CESAR (1991): 248

extradición que pueda tener el Estado. Esta primacía emana del artículo 103 junto con los artículos 55(c) y 56 de la Carta de las Naciones Unidas. El artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas establece la primacía de las obligaciones de la Carta, por encima de aquellas que se derivan de otros acuerdos internacionales.¹⁵⁸

El autor César Sepúlveda opina que el derecho a no ser extraditado no aparece claro en los instrumentos y que las convenciones sobre los refugiados deberían contener un artículo separado la prohibición de extraditar, ya sea como una consecuencia de la no devolución o bien en disposición específica.¹⁵⁹

Nosotras concordamos con el señor Sepúlveda, en que es mejor plasmar dentro de la Convención de 1951 un artículo específico del principio de la no extradición; para que así los solicitantes de refugio cuenten con una mayor seguridad y no estén expuestos a interpretaciones o bien se les extradite por no existir un artículo definido, ya que existen operadores del derecho que aplican principios o derechos a partir de que estén plasmados en un cuerpo de leyes en forma definitiva.

Los tres principios expuestos con anterioridad se relacionan en su objetivo de proteger la libertad, la seguridad y la integridad física de los refugiados y solicitantes de esta condición.

D. La No Detención

La detención comprende tanto el encarcelamiento como también, el confinamiento en un lugar restringido o limitado a los solicitantes de refugio. Como serían las cárceles, centros de detención privados o públicos, campamentos cerrados, zonas de tránsito o aeropuertos, hasta habitaciones de

¹⁵⁸ ACNUR. (2008 Abril). "Nota de orientación sobre la Extradición y la Protección Internacional de los Refugiados." Pág. 13. <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7039.pdf>>. (19/05/09).

¹⁵⁹ SEPÚLVEDA CESAR (1991): 248

hotel; donde la libertad de circulación del individuo es bastante reducida y solamente puede salir de allí si abandona el país de asilo.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 9, establece que,

“Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.”

Y el Comité Ejecutivo del ACNUR, por su parte en la Conclusión número 44 indica que:

“En vista de los sufrimientos que entraña, la detención debe normalmente evitarse”

Se recurre a la detención en aquellos casos donde es necesario, como serían los siguientes:

- **Determinar los elementos que sirven de base a la solicitud de la condición de refugiado:** esto hace referencia a la entrevista preliminar que se realiza a los solicitantes para obtener sus datos esenciales. Por lo tanto no se les puede detener durante el proceso para determinar su condición o durante un plazo indefinido.
- **Verificar la identidad del solicitante:** ello procede en aquellos casos donde las autoridades no se han podido determinar la identidad del refugiado o bien es cuestionada.
- **Proteger la seguridad nacional y el orden público:** esta situación se presenta cuando, se cree que el solicitante tiene antecedentes penales o bien, posee afiliaciones que podrían constituir un riesgo para la seguridad nacional u orden público.

“Los solicitantes de asilo que llegan mediante un sistema de tráfico o trata de personas deberían quedar excluidos de esta categoría, y no deberían ser

*detenidos por esta única razón. Pues, suelen ser las víctimas y no los autores de actos delictivos.*¹⁶⁰

- **Cuando los solicitantes han destruido sus documentos de viaje o identidad, o bien han hecho uso de documentos falsos para inducir a error a las autoridades del país donde se pretende solicitar refugio:** las autoridades deben establecer que el solicitante actuó de mala fe, que intentó engañarlas, o bien no quiso cooperar con ellas.

Debe quedar claro, que no se les debe detener a los solicitantes de refugio por el hecho de no portar sus documentos. Pues, por lo general éstos se ven obligados a salir de su país y entrar ilegalmente a otro.

Para que la detención sea legal y no arbitraria, se debe apegar a la legislación nacional, a la Convención de 1951 y al derecho internacional.

Por otra parte, la detención no se debe llevar a cabo de manera discriminatoria y debe estar sujeta a revisión judicial o administrativa, ya sea para garantizar su continuidad, o bien la liberación de la persona. Pues el solicitante tiene derecho a que se examine si existen fundamentos para no mantener la detención.

Se considera que los gobiernos antes de detener a un individuo deberían utilizar otras alternativas como las siguientes:

- **Exigencias de control:** ello conlleva a que el solicitante se presente periódicamente a los servicios de inmigración o de policía. Contando con el respaldo por parte de algún miembro de su familia, una ONG o un grupo comunitario, que va a cumplir su obligación de presentarse a las audiencias y citas oficiales.

¹⁶⁰ ACNUR. “Guía sobre el Derecho Internacional de los Refugiados”. Pág. 83.

También se le puede obligar al solicitante, residir en un lugar específico y pedir autorización antes de cambiar su residencia.

- **Designación de garante o avalista:** esta alternativa es similar a la anterior, diferenciándose en que, al solicitante se le puede asignar un garante, que se encargará de asegurar que se presente a las audiencias y citas oficiales. Con la diferencia, que si no cumple el solicitante, el garante será sancionado con multa.

- **Liberación bajo fianza:** Un solicitante de asilo puede ser liberado, con sujeción a las disposiciones relativas al reconocimiento y al garante. Se debe informar a los solicitantes de asilo esta posibilidad y el monto de la fianza no debe ser prohibitivo.¹⁶¹

- **Centros abiertos:** estos centros serían aquellos de alojamiento colectivo, donde los solicitantes puedan entrar y salir con un horario preestablecido.

A continuación expondremos brevemente la detención específicamente de mujeres, en alusión a que nuestra tesis tiene un matiz de éste género.

- **Detención de mujeres:** la detención de mujeres o niñas adolescentes, especialmente las separadas de su familia, conlleva a riesgos particulares, como lo serían: agresiones, inclusive sexuales.¹⁶²

Por otra parte, se debería tener una especial consideración con las mujeres embarazadas y madres lactantes, para que no sean objeto de detención.

Además es necesario que el personal que atienda a las mujeres, sea femenino para así evitar la violencia sexual contra aquellas.

¹⁶¹ ACNUR. Ob.Cit.: 85.

¹⁶² ACNUR. Ob.Cit.: 87.

Y para concluir, las mujeres deben tener acceso a los servicios de un abogado, así como a los servicios especiales necesarios, incluidos los de salud reproductiva.¹⁶³

Sección II. Derechos Protegidos por la Figura del Refugio

La protección de los Derechos Humanos constituye el principio supremo que rige al derecho internacional de los refugios y como tal creemos que es importante determinar cuáles son esos derechos. En el presente apartado realizaremos una exposición somera acerca de los diferentes derechos que la figura del refugio protege.

Es importante señalar que no vamos a entrar en detalle, y solo se citarán los derechos concedidos al refugiado como tal por el país de asilo, ya que en diversos textos han sido estudiados exhaustivamente. Por lo consiguiente ahondaremos en los derechos humanos que poseen los solicitantes de refugio y los que resguarda el Estatuto de los Refugio.

Cabe destacar, que las siguientes clasificaciones no son excluyentes y los derechos mencionados pueden interrelacionarse.

A. Derechos de la persona como solicitante de Refugio.

El artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 contiene disposiciones sobre el trato que se le debe brindar a las personas que entran o permanecen en un país ilegalmente, por que su vida o libertad están amenazadas en el sentido estipulado en el artículo primero de dicha Convención.

¹⁶³ACNUR. Ob. Cit.: 88.

De la mano de dichas disposiciones van las siguientes normas mínimas de los solicitantes, las cuales fueron concluidas por el Grupo de Expertos nombrado por el Comité de ACNUR en abril de 1981 (los derechos indicados con negrita se expondrán con mayor profundidad más adelante):

1. No se les debe castigar o exponer, a tratos desfavorables a los solicitantes de refugio por el hecho de considerar ilegal su presencia en el país. Por otra parte no se les puede imponer más restricciones de circulación que las necesarias, en pro del interés a la salud y orden público.

Por lo tanto, los solicitantes tienen derecho a no ser sometidos a una detención arbitraria.

2. Deben disfrutar de los derechos civiles fundamentales reconocidos internacionalmente, especialmente los enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

3. Se les debe brindar toda la asistencia necesaria y satisfacerles sus necesidades vitales básicas, como sería la provisión de alimentos, techo, servicios de higiene, salud.

Por otra parte, la comunidad internacional se debe amoldar a los principios de solidaridad internacional y a la distribución de la carga.

4. Se les debe tratar como personas, cuya condición trágica requiere comprensión y solidaridad especial. Por lo tanto **no se les debe someter a tratos crueles, inhumanos o degradantes.**

5. No debe haber discriminación por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política, país de origen o incapacidad física. Ello lo recoge **el derecho de igualdad ante la ley.**

6. Deben ser considerados personas ante la ley, con libertad de acceso a los tribunales y a otras autoridades administrativas competentes. Por lo tanto, tiene **derecho a un proceso regular**.
7. Tienen derecho a que se les ubique en lugares seguros, a una distancia razonable de la frontera de su país de origen. Estas personas no deben de participar en actividades subversivas contra su país de origen ni contra otro Estado.
8. Se debe respetar la **unidad familiar**.
9. Brindar la ayuda posible para localizar a sus familiares.
10. Proteger a los menores y niños no acompañados.
11. Permitírsele enviar y recibir correspondencia.
12. Adoptar medidas adecuadas para el registro de nacimientos, muertes y matrimonios.
13. Brindarles una solución duradera satisfactoria.
14. No oponerse a que trasladen al país en que hayan conseguido la solución duradera los bienes que traían al primer país.
15. Adoptarse todas las medidas posibles para facilitar la repatriación voluntaria.

Procederemos a exponer los siguientes derechos, los cuales se enunciaron con anterioridad, pero debido a su importancia consideramos ahondar en ellos.

i. Libertad contra tortura, tratos crueles y degradantes

Este derecho está consagrado en varios tratados interamericanos sobre derechos humanos como lo serían, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, y La Convención de Belém Do Pará que reafirma el derecho de las mujeres a no ser sometidas a tortura u otros tratos que no respeten su integridad personal y dignidad.

El artículo 7 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que,

*“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.”*¹⁶⁴

Este principio no solamente prohíbe la conducta negativa del Estado, sino que llama a que los gobiernos tomen cartas para proteger a cualquier persona que esté bajo su autoridad contra riesgos relevantes.¹⁶⁵

La única definición de tortura se encuentra en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Por lo tanto, para definir dicho concepto la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha apoyado en este artículo, para establecer lo siguiente:

“Se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá

¹⁶⁴ Artículo 7. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

¹⁶⁵ HATHAWAY JAMES C (2005) : 451

también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.¹⁶⁶

James Hathaway en el libro “Los Derechos sobre los Refugiados bajo la Ley Internacional” (*The Rights of Refugees under International Law*) indica que la definición de tortura es relativamente demandante, y para que un acto pueda ser descrito como tortura se deben cumplir los siguientes cuatro criterios:

- 1- El acto debe tener como resultado un sufrimiento o dolor ya sea físico o mental severo.
- 2- El acto que causa el dolor o sufrimiento debe ser intencional.
- 3- Debe existir una motivación específica para causarle el daño intencional al individuo, como lo sería la búsqueda de una confesión, la intimidación, el castigo o discriminación (no incluyen las sanciones de ley).
- 4- El acto debe ser cometido por o bajo la autoridad de un oficial público.

La tortura no se limita solamente a la violencia física; también comprende el sometimiento a una persona a un sufrimiento psicológico o angustia moral.

En este libro se indica que los refugiados en ocasiones son víctimas de tortura, pero están más propensos a enfrentar tratos crueles e inhumanos.

¹⁶⁶ MARTIN C., RODRIGUEZ D. “*La Prohibición de la tortura y de los malos tratos en el Sistema Interamericano: Manual para Víctimas y sus Defensores*”. Pág. 103
<<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5025.pdf>.> (26/05/09)

El concepto de prohibición a los tratos inhumanos, crueles y degradantes son tratados como un solo concepto. Quizá por que por lo general las acciones son inhumanas o crueles y se enlazan, aunque no siempre con la tortura.

Un dolor o sufrimiento en menor grado, siempre en el contexto de intencional, oficial y acciones punitivas equivale a castigo cruel o inhumano.¹⁶⁷

El Tribunal Penal Internacional define como trato cruel o inhumano,

*“Toda acción u omisión intencional, deliberada y no accidental, que cause serios sufrimientos físicos o mentales o daños o que constituya un grave ataque contra la dignidad humana”.*¹⁶⁸

La Corte Interamericana ha concluido que la distinción entre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se basa en la intensidad del sufrimiento de la persona.

La «intensidad» del sufrimiento es relativa y requiere un análisis caso por caso que contemple todas las circunstancias de la situación particular, incluyendo la duración del trato inhumano, las secuelas físicas y psicológicas y el sexo, edad y estado de salud de la víctima, entre otros factores.¹⁶⁹

Por otra parte, se considera degradante un trato cuando se intenta humillar a la víctima, o cuando muestra un desprecio hacia ella.¹⁷⁰

ii. Derecho de igualdad ante la ley

Este derecho está consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en

¹⁶⁷ HATHAWAY JAMES C. (2005): 456.

¹⁶⁸ MARTIN C., RODRIGUEZ D. *“La Prohibición de la tortura y de los malos tratos en el Sistema Interamericano: Manual para Víctimas y sus Defensores”*.
Pág. 105 <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5025.pdf>> (26/05/09)

¹⁶⁹ MARTIN C., RODRIGUEZ D. Ob. Cit.: 105

¹⁷⁰ HATHAWAY JAMES C. (2005): 456.

la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En los artículos 7, II, 26, 24, respectivamente.

Dichos artículos contienen en esencia lo mismo; el derecho que tienen las personas a la igualdad ante la ley y ser protegidos por la misma.

El artículo 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos es más completo ya que adiciona a lo anterior, el rechazo a cualquier privilegio por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Igualdad ante la ley significa, no solamente igualdad en relación a la esencia de los derechos humanos, sino en relación a la protección que ha de concederse contra su violación por parte de otros individuos.¹⁷¹

El contenido del derecho de igualdad ante la ley en su aplicación práctica, incluye diversos aspectos como por ejemplo, que toda persona tiene derecho a exigir respeto para su dignidad, vida, libertad, y a que no se le interpongan trabas legales arbitrarias.

Cabe destacar, que existen ciertos derechos que solo los pueden disfrutar los nacionales, como por ejemplo elegir y ser electos; pero ello no constituye causa de discriminación.

Al respecto el Comité Jurídico Interamericano en las Recomendaciones e Informes de 1945-1947 (que sirvieron de base para la Declaración Americana en 1948) manifestó lo siguiente:

“Los derechos llamados políticos son generalmente vedados a los extranjeros sin que eso represente una injusta discriminación, ya que esos

¹⁷¹ OEA. “Estudio Comparativo entre los Instrumentos Internacionales de las Naciones Unidas y los Del Sistema Interamericano aplicables al Régimen de Asilados, Refugiados y Personas Desplazadas.” Pág.111

*derechos influyen en la política del Estado, de la cual participan únicamente quienes por su nacionalidad deben fidelidad a la nación. Difícilmente podrían los extranjeros reclamar como un fundamental una participación tan íntima en la vida del Estado, desde que sus relaciones con éste son más o menos inestables.*¹⁷²

Ello no significa que a los extranjeros se les debe poner en una situación de desventaja frente a los nacionales, traduciéndose a una denegación de sus derechos fundamentales. Por ejemplo, el Estado puede por razones de seguridad no permitir que ejerzan ciertas profesiones, pero les ofrece otro tipo de trabajos.

iii. Derecho a un Proceso Regular

Este derecho se ubica en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo XXVI y en el apartado de las garantías judiciales del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; respectivamente en los artículos 14 y 8.

Dichas garantías se extienden al contenido del derecho de protección contra la detención arbitraria (a la cual que se refirió en la Sección Primera del presente capítulo).

En general, el derecho a proceso regular reúne principios jurídicos de validez universal que son:¹⁷³

1. La presunción (legal) de inocencia.
2. Irretroactividad de la ley penal con la sola excepción del indubio pro reo.

¹⁷² OEA. Ob. Cit.: 111

¹⁷³ OEA: Ob. Cit.: 116.

3. La culpabilidad de una persona sólo puede decidirse en juicio conforme a las formalidades legales.
4. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí o contra su cónyuge, ascendientes o descendientes.
5. La publicidad del juicio y de la sentencia.
6. Nadie puede ser obligado a declararse culpable de un acto que constituya- conforme a la ley- delito o falta.
7. No se puede condenar dos veces por los mismos hechos.
8. Toda persona puede disponer de medios adecuados para su defensa.
9. Nadie puede ser sometido a penas crueles, infamantes, inusitadas.

iv. Unión Familiar

Como se indicó en el capítulo anterior este derecho es inherente al reconocimiento universal de la familia como el grupo fundamental de la sociedad, al cual se le debe dar protección y asistencia. Por lo tanto los Estados deben tomar medidas para mantener la unidad familiar, reunificar a los familiares que se haya separado, como también deberán abstenerse a realizar acciones que las separen.

Este derecho se le aplica a todos los seres humanos sin importar su condición. La obligación de respetar el derecho a la unidad familiar de los refugiados es un derecho humano básico, el cual se aplica sin importar si un país es parte de la Convención de 1951 o no.¹⁷⁴

¹⁷⁴ ACNUR. (2001) "Unidad Familiar". Pág. 01.
<<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01156.pdf>>(23/05/09).

Es de importancia el derecho a la unidad familiar en el contexto de los refugiados, porque ella constituye el mecanismo primario de protección de quienes integran el grupo familiar. Pues ayuda a garantizar el bienestar emocional, la protección, la atención física, y el apoyo económico de los refugiados individuales y sus comunidades.

Para determinarse la existencia de una familia, se debe evaluar cada caso en concreto, por lo que se debe adoptar un enfoque flexible donde se tome en cuenta las variantes culturales y los factores de dependencia económica y emocional.

Las circunstancias bajo las cuales los refugiados dejan sus países de origen, a menudo ocasionan la separación de las familias. Es por ello que la reunificación familiar con frecuencia es la única forma de garantizar el derecho de un refugiado a la unidad familiar.¹⁷⁵

B. Derechos de la persona como Refugiado reconocido

Esto derechos están contemplados en la Convención de 1951 y son los siguientes:

1. Documentación y certidumbre.
2. No Discriminación.
3. Unidad Familiar.
4. Libertad de Circulación.
5. La No Devolución.
6. Libertad de Asociación y Religión.

¹⁷⁵ ACNUR. Ob. Cit.: 03.

7. Acceso a los Tribunales.

8. Bienestar, salud y alimentos.

9. Educación Pública.

10. Derecho al Trabajo.

11. Derecho a la Propiedad intelectual e industrial.

12. Asistencia y socorro público.

C. Derechos que protege el Estatuto de Refugiado

i. La vida

La vida es el derecho más sagrado que posee una persona. Es inherente a ésta y no puede ser quitado por el estado ni puede renunciarse a él, así como no puede desprenderse de su humanidad. Si no existiera el derecho a la vida, los demás derechos fundamentales no tendrían sentido.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹⁷⁶ ha expresado que los Estados deben no sólo tomar medidas para prevenir y castigar la privación de la vida por actos criminales, si no también prevenir asesinatos arbitrarios por parte de sus mismas fuerzas armadas.

Esta disposición no es siempre acatada y más bien en la mayoría de casos el respeto por la vida es inexistente. Va desde matanzas autorizadas por los Estados hasta la omisión por parte de éstos de defender los campos en que se encuentran los refugiados.

¹⁷⁶ UN Human Rights Committee, "General Comment No. 6: Right to Life" (1982), citado en "The Rights of Refugees under International Law". Pág 451.

Los Estados también se consideran responsables cuando falla en establecer las instalaciones y procedimientos para investigar detalladamente ya sean asesinatos no oficiales o desapariciones en el territorio de su jurisdicción.

Sin embargo, es importante aclarar que los Estados no pueden ser responsables por la simple muerte de un refugiado, o sea si no existe una intención o un fallo por parte del Estado. Lo que hay que probar es que el Estado no intentó matar al refugiado por medio de hambruna, violencia o exposición a enfermedades; o si efectivamente el Estado se muestra sin determinación a la hora de actuar para contrarrestar los riesgos existentes que puedan amenazar la vida.

ii. La integridad física

“El derecho a la integridad física es el derecho a mantener integro el cuerpo o, en otras palabras, el derecho a preservar frente a injerencias externas la totalidad de las funciones y órganos corporales.”¹⁷⁷

La definición expresa de forma clara el contenido del derecho a la integridad física. No implica, sin embargo, la libre determinación sobre el cuerpo que incluya el derecho a sacrificar la propia integridad corporal.

Adicionalmente al concepto ya señalado, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la tortura, los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes; y la experimentación médica o científica sin el consentimiento de la persona.

El derecho a la integridad física está muy ligado con lo que es el derecho a la seguridad que poseen los refugiados. Se interrelacionan porque precisamente la seguridad es un medio de protección a la persona y a su integridad física. Los Estados deben asegurar que la integridad física de la

¹⁷⁷ MARTÍNEZ- PUJALTE, ANTONIO-LUIS (1997): 61.

persona quede intacta durante el proceso de la solicitud de la condición de refugiado y cuando se le es reconocida ésta.

iii. La libertad

Se define a la libertad en general, como aquel derecho que poseen los seres humanos a no estar sujeto a la esclavitud o al trabajo forzado. Está contemplada en el artículo 8 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Se prohíbe la esclavitud, la trata de esclavos, la servidumbre y el trabajo forzado. La característica común es que todas irrespetan el consentimiento de las personas involucradas. El término “esclavitud” es limitado por cuanto implica básicamente el adueñamiento como un bien de una persona sobre otra y la destrucción de su personalidad legal.¹⁷⁸

Por otro lado, el derecho a la libertad implica también la posibilidad de no ser arrestado, detenido o apresado arbitrariamente. De esta forma, el Estatuto de los Refugiados protege la libertad de la persona considerando que la persona refugiada será libre de persecución en el país de asilo, será también libre de ser esclavizado y podrá tener garantía de que no será detenido arbitrariamente, e inclusive que vivirá una vida más pacífica.

iv. La seguridad

El camino al refugio muchas veces se torna una pesadilla. La travesía está llena de peligros que usualmente son impuestos por las mismas autoridades gubernamentales, sean del país de origen o el del país de asilo. Las mujeres y niñas que cruzan una frontera están sujetas a la posibilidad de ser violadas a cambio de que se les permita su paso; los hombres son golpeados a veces hasta la muerte, y muchas veces ni siquiera se les deja

¹⁷⁸ DINSTEIN, YORAM. (1998): 126.

pasar, sino que mediante estos tratos se les expulsa del territorio y se les devuelve a su país de origen.

James C. Hathaway en su libro “The Rights of Refugees in International Law” explica la problemática existente en las huidas de personas que usualmente, dado lo repentino de las circunstancias y el peligro en que se encuentran, no pueden considerar un modo más seguro de partir y se exponen a merced de guerrillas, ejércitos, oficiales de frontera y cuanta gente se encuentren en su camino.

Sin embargo, y esto es lo más preocupante, la realidad sugiere que es en los campamentos de refugiados donde existe un mayor riesgo de sufrir abusos físicos por parte de los mismos oficiales o empleados de los campamentos. El autor pone el ejemplo de refugiados iraquíes de la Guerra del Golfo a quienes les fue concedido “albergue temporal” en Arabia Saudita, a ellos se les mantuvo detenidos arbitrariamente, fueron torturados e inclusive fueron ejecutados extrajudicialmente. Este es sólo un ejemplo, por desgracia la lista no es corta.

Por otro lado, debe destacarse el caso de las mujeres y las niñas. Desafortunadamente la peor parte en los casos de refugio la sufren ellas. Es increíble la cantidad de violaciones y abusos sexuales que se dan en los campos de refugiados, Hathaway menciona el caso de Kenya, país en el que miles de mujeres han sido violadas por “bandidos armados”, oficiales, policías, y soldados. Se les viola sólo por el hecho de ser mujer y encima del trauma que sufren, cae sobre ellas el peso de la indignidad que en algunas sociedades se les atribuye a las mujeres que han sido víctimas de violación.

Existen factores que sin ser del todo los causantes de la inseguridad en los campos de refugiados pueden contribuir en gran parte. Por ejemplo, el hacinamiento en el que se encuentran los refugiados en algunos campos, la indignidad con la que son tratados y la ausencia de oportunidades de trabajo, estudio, u otras formas de ocupar el tiempo. Esto ocasiona pandillas y violencia entre los mismos refugiados. Inclusive estos factores ocasionan traumas

psicológicos en esposos, quienes, al no poder desarrollar sus roles sociales acostumbrados, se vuelven violentos en contra de sus parejas e hijos.

Además de lo anterior, muchas veces grupos armados atacan los campos de refugiados lo que pone en peligro la vida y la integridad física de las personas. Los mismos gobiernos del país de acogida utilizan el abuso físico como método para forzar a los refugiados a que “voluntariamente” se regresen a su país de origen.

De todo lo que hemos expuesto existe un detalle interesante que es que en la Convención de 1951 no se incluye la seguridad como un derecho. Como explicación a esta omisión, se plantea el hecho de que los redactores de la comisión son hombres y que por lo tanto nunca han pensado en una posible inseguridad que no fuera en tiempos de guerra o encarcelamiento, pues a los hombres les es más fácil defenderse y asegurar su bienestar físico que a las mujeres.

Independientemente de que no esté contemplado en la Convención, el derecho a la seguridad debe existir para todos los refugiados y la manera de validarlo puede aparecer en otros instrumentos internacionales. Hathaway cita los siguientes ejemplos:¹⁷⁹ para niños refugiados se pueden utilizar los artículos 19, 20, 22, 34, 35, 36 y 37 de la Convención de los Derechos del Niño; los refugiados que son amenazados por conflictos armados pueden invocar la protección de las Convenciones de Ginebra sobre los Conflictos Armados y sus Protocolos, en particular su artículo 3 que prohíbe los ataques a personas que no toman parte activa en el conflicto.

En última instancia, si el refugiado no utiliza estos instrumentos, existe el artículo 7 de la Convención de 1951 que obliga a los estados parte a garantizar al menos, el mismo trato brindado a los extranjeros.

¹⁷⁹ VER HATHAWAY. Ob. Cit.: 449.

Sección III. Soluciones Duraderas

Los problemas por los que pasan las personas refugiadas se han tratado de solventar con la creación de soluciones duraderas, en especial en los casos en los que son refugiados de larga duración.

Se trata de personas que huyen de sus países por motivos de conflictos armados en inseguridad notable, conflictos que inclusive muchos años después están vigentes. Las situaciones de refugiados de larga duración se origina principalmente por la actividad e inactividad política del país de donde provienen, además de la impotencia en la que se encuentra la comunidad internacional de resolver el conflicto. Entonces surge el dilema de que hacer con esas personas que no pueden regresar a sus hogares, hombres, mujeres y niños que han permanecido por años en el país de refugio enclaustrados en un campo para refugiados. Sin trabajo, sin poder establecerse en su país o en un ¿Cómo devolverles su calidad de vida cotidiana y normal?

El ACNUR define una situación de refugiados prolongada como *“aquella en la que los refugiados se encuentran en un estado de espera, duradero e insoluble. Quizá su vida no corra peligro, pero sus derechos fundamentales y sus necesidades económicas, sociales y psicológicas esenciales siguen sin ser satisfechas tras años de exilio. En esta situación, un refugiado a menudo es incapaz de liberarse de la dependencia forzosa de la ayuda exterior.”*¹⁸⁰

Como respuesta a este problema se crearon tres soluciones duraderas: la repatriación, la integración local y el reasentamiento en terceros países.

A. Repatriación: la repatriación voluntaria se tiene como la solución ideal para el problema de los refugiados, ya que alcanza un objetivo esencial para el refugiado que es su re-establecimiento dentro de una comunidad, en este caso la suya propia.

¹⁸⁰ ACNUR. “La Situación de los Refugiados en el Mundo”. Pág. 106.

Sin embargo, a veces no es una opción sencilla porque depende de factores como el tiempo de exilio y de las oportunidades que han podido lograr los refugiados y sus familias. Amnistía Internacional sostiene que la repatriación voluntaria se basa en premisas que no son necesariamente ciertas y que las directrices que indican cuándo es seguro enviar a los refugiados a casa es inadecuada.¹⁸¹ Además el manual del ACNUR para las situaciones de repatriación carece de orientación real, pues ofrece poca información acerca de los criterios que deben seguirse para que se de una repatriación realmente segura.

En la mayoría de los casos son refugiados que se cansan de esperar ayuda o que son “empujados” por los países de acogida hacia la repatriación voluntaria, dado el tiempo que han permanecido en el exilio y a desesperación que pueden sentir por encontrarse en campos para refugiados ofreciéndoles trabajos u oportunidades e inclusive recortándoles la ayuda .

Este organismo mantiene que es necesario un análisis de la situación del país de origen que se demuestre con pruebas que efectivamente se ha dado un cambio positivo que le permita al refugiado volver y reestablecerse de forma segura.

Según el ACNUR la repatriación voluntaria se rige por los siguientes principios¹⁸²:

- *“Los Refugiados tienen el derecho de regresar voluntariamente a su país de origen.*

- *La repatriación de los refugiados debe darse de una manera libremente expresada por la persona, se debe respetar el carácter individual y voluntario de la repatriación. Los candidatos para la repatriación son*

¹⁸¹ Amnistía Internacional. “Refugiados: Los Derechos Humanos No tienen Fronteras” Pág. 67.

¹⁸² ACNUR. “Note on International Protection”.

<<http://www.unhcr.org/excom/EXCOM/3ae68c0314.html>>

* Tomadas del libro “10 años de la declaración de Cartagena sobre Refugiados.” Pág. 254.

entrevistados y se les pide que firmen una formula en la que afirman que su decisión es voluntaria.

- *La repatriación voluntaria debe llevarse a cabo bajo condiciones de seguridad y dignidad, preferiblemente al lugar de residencia del refugiado en su país de origen.”*
- *“Es importante que al refugiado se le brinde la información necesaria sobre las condiciones en su país de origen para que se entere de la situación actual pueda tomar una decisión.**
- *La acción internacional en favor de la repatriación voluntaria debería recibir el apoyo total y la cooperación de todos los estados involucrados.*
- *Los gobiernos de los países de origen deben garantizar a los repatriados las condiciones necesarias de seguridad para su regreso y también asegurar que no habrá sanciones por su salida abrupta del país.**
- *Asimismo, los países de asilo deben procurar que las garantías ofrecidas por los países de origen sean cumplidas.*
- *El ACNUR debería tomar iniciativas cuando sea apropiado para promover la repatriación voluntaria.*
- *Cuando fuera necesario y posible, el ACNUR debería establecer e implementar programas de asistencia para aquellas personas repatriadas.*
- *El ACNUR tiene un interés legítimo en las consecuencias de la repatriación y por lo tanto deber tener acceso a los repatriados.”*

Estos principios sirven de guía para el correcto desarrollo de la figura de la repatriación y conforman un marco legal para la protección del refugiado, además debe tenerse en cuenta que no sólo importa la voluntariedad del

refugiado, también es de suma importancia que el país de asilo provea información concreta y fiable sobre las condiciones de la repatriación para cuidar la integridad física de la persona refugiada.

Se pueden dar dos tipos de repatriaciones voluntarias: la individual, que se da cuando un refugiado decide regresar a su país de origen, esto también puede incluir una familia o un grupo de amigos que toman esta decisión en conjunto; y la repatriación voluntaria en gran escala, que se da cuando se trata de numerosos grupos que deciden volver juntos.

A pesar de todo lo dicho acerca de esta solución, el autor Guy S. Goodwin – Gill considera que la repatriación voluntaria continuará siendo la solución preferida para el problema de los refugiados como un principio (ya que refleja el derecho del ciudadano de regresar a su país), y sobre la base del interés propio del Estado (muchos estados de refugio prefieren limitar sus obligaciones con los refugiados)¹⁸³.

Asimismo cree que el éxito de la repatriación dependerá de los factores políticos, incluyendo la clara expresión del deseo del país de origen de que el refugiado o refugiados deberían regresar, y de la decisión personal de los refugiados.

B. Reasentamiento: El ACNUR define el reasentamiento “*como el traslado de refugiados desde un país en el que han buscado inicialmente protección a un tercer país que ha aceptado admitirlos con estatus de residencia permanente*”.¹⁸⁴

El reasentamiento es una figura importante, ya que cumple un papel de protección internacional para los refugiados individuales y se puede utilizar como una solución duradera. Aunado a esto se le tiene como una expresión de solidaridad internacional de parte de los terceros países que se ofrecen en un compromiso serio con el refugiado.

¹⁸³ GOODWIN- GILL, GUY. S. (1996): 275.

¹⁸⁴ ACNUR. “La Situación de los Refugiados en el Mundo”. Pág. 142.

Su principal objetivo es proveer una solución duradera para los refugiados que no pueden regresar a su país o permanecer en su país de inmediato refugio. También es una solución asiste en aliviar el peso que tienen algunos países de acogida cuando llegan a ellos grandes cantidades de personas.

Por otro lado, esta solución también puede hacer la diferencia entre la vida y la muerte para una persona. Es posible que en el país de primer refugio sus derechos sean violentados por razones étnicas, políticas o religiosas por medio de ataques, por lo que las autoridades locales pueden estar renuentes o no poder brindar la protección necesaria.

Se tiene esta solución como una de último recurso, el ACNUR dice que es una solución que debe ser perseguida cuando es la única medida disponible para garantizar protección y/u ofrecer al refugiado futuro estimable con derechos humanos fundamentales.¹⁸⁵

C. Integración Local: para James C. Hathaway¹⁸⁶ la integración local esencialmente significa que al refugiado se le es concedida una especie de condición legal duradera que le permite permanecer en el país de primer asilo de forma indefinida y participar totalmente en la vida social, económica y cultural de la comunidad.

Lo más importante para que esta solución funcione es crear un ambiente dentro de la comunidad en el que se acepte a las personas refugiadas y que éstas se conviertan en participantes activos que aporten en el desarrollo de la comunidad. Es necesario que el gobierno local y el mismo ACNUR contribuyan con la implementación de programas de trabajo que faciliten la integración de los refugiados.

¹⁸⁵ VER GOODWIN- GILL. Ob. Cit.: 278.

¹⁸⁶ VER HATHAWAY. Ob. Cit.: 978.

Muchas veces se trata de personas a las que les es imposible regresar debido a las condiciones en que se encuentra el país o que simplemente se adaptaron al país en el que se refugian, por lo que su mejor opción es encontrar una nueva vida en el país de asilo. Esta solución también es el medio para que el refugiado eventualmente pueda obtener la ciudadanía, que inclusive está comprendida en el artículo 34 de la Convención de 1951 estableciendo una obligación de los estados de acelerar los trámites para naturalizarse.

Título II. La Violencia Doméstica como Causal de Refugio

Capítulo I. Antecedentes del Caso de Chere Lyn Tomayko

Sección I. El Caso en Concreto

A continuación realizaremos una exposición de los hechos del caso concreto de la señora Chere Lyn Tomayko indicando al lector que para ésta, no tuvimos acceso al expediente tramitado en la Dirección General de Migración y Extranjería al ser éste un documento confidencial. Para narrar los hechos recopilamos la información de periódicos y principalmente del expediente gestionado ante la Sala Constitucional.

A. Narración de los Hechos

A continuación se expondrá en forma cronológica los hechos ocurridos desde la estancia de la señora Chere Lyn Tomayko en Estados Unidos hasta el otorgamiento de la condición de refugiada en nuestro país.

1989

En Estados Unidos, el **14 de julio** nace Alexandría Camila Tomayko; la segunda hija de Chere Lyn Tomayco con Roger Cyprian.

En ese mismo año Chere Lyn decide separarse de su pareja, como resultado de la violencia doméstica que sufría por parte de él.

1996

En **diciembre** de este año, después de que la pareja peleara durante seis años por la custodia de Alexandría, se les otorgó la custodia conjunta de la menor de edad. Con la condición de que ésta viviera en Tarrant County.

1997

El **10 de mayo**, la señora Tomayko ingresó a nuestro país como turista con sus dos hijas y las menores venían con sus respectivos pasaportes en regla.

Alexandría la menor de ellas, quien tenían en aquella época 7 años, tenía prohibición de salir del Condado de Tarrant, en Fort Worth, Texas, Estados Unidos.

2000

El **15 de noviembre**, Chere Lyn fue acusada por parte del Jurado Federal de Texas, por el delito de secuestro internacional de menor de edad.

Desde ese momento se giró una orden de captura internacional en su contra, con una pena de 3 años de prisión y una multa de \$250.000, que debía ser cumplida en su país.

2002

El **17 de septiembre** de este año nace Ariana Nicole Montero Tomayko, la primera hija de la relación entre Chere Lyn Tomayko y el costarricense Javier Francisco Montero Umaña.

2007

Agosto

Las diligencias de extradición promovidas por el gobierno de Estados Unidos, ingresaron al Tribunal de Juicio del Primer Circuito el **31 de agosto**, ordenándose la detención provisional de Doña Chere Lyn por un plazo de sesenta días naturales.

Septiembre

El **19 de setiembre** la señora Tomayko fue detenida por Agentes de la Policía Internacional (Interpol) en Heredia.

El **26 de septiembre del 2007**, con expediente número **07-012982-0007-CO**, Gilbert Alfaro Fallas interpuso un recurso de Habeas Corpus contra el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José y el Tribunal Penal de Heredia por considerar que se violentaba su derecho a la libertad al ser encarcelada en el Centro de Atención Institucional El Buen Pastor. La detención de la señora Tomayko se dio a razón de la solicitud de extradición que realizó la Embajada de Estados Unidos con motivo de la acusación en el Tribunal Distrital de Texas por el delito de “secuestro internacional de menores”. La acusación fue interpuesta por su ex esposo y padre de sus hijas, el señor Roger Cyprian alegando que la señora Tomayko había huido del país para negarle sus derechos parentales sobre su hija Alexandria Camille Cyprian.

Se alegó en el recurso que no era posible extraditar a la señora Tomayko ya que el delito por el cual se le persigue no se encontraba tipificado en Costa Rica. Además no se cumplía con el supuesto de desobediencia que exige el delito, Alexandria Camille Cyprian ya no era menor de edad, que la acción que se le acusaba a la Señora Tomayko se encontraba prescrita, al haber transcurrido más de diez años desde que ocurrieron los hechos acusados.

La Sala resolvió sin lugar el recurso mediante la resolución **2007-014514**:

Con respecto a la detención indicó; que la detención provisional es una práctica común que ha sido decretada mediante una resolución anterior de la misma Sala a las 15:50 horas del 5 de septiembre del 2007. Exponiendo lo siguiente:

“...en materia de extradición no se requiere mayor fundamentación que la existencia del procedimiento de extradición, ni tampoco se requiere fijar el periodo respecto de la duración de la detención provisional del extraditable; pues la primera decisión judicial en la que se decreta la detención provisional mientras se cumplen los requisitos y trámites necesarios para resolver sobre la procedencia de la extradición y la entrega del extraditable, determina, en principio, la legitimidad de su detención durante todo el plazo en que se tramite tal procedimiento, y no son aplicables las reglas del Código Procesal Penal sobre los plazos y reglas de la prisión preventiva al procedimiento de extradición.”¹⁸⁷

En cuanto a los otros argumentos, la Sala Constitucional partió del criterio que el recurrente no llevaba razón pues la señora Tomayko no tenía 2 meses detenida como él afirmaba sino sólo 13 días y que en el asunto de fondo sobre si fue o no delito, o si estaba o no prescrito, es una deliberación que le correspondía al Tribunal de Juicio de Heredia.

Al ser vecina de San Isidro de Heredia, el Tribunal de Juicio del Primer Circuito se declaró incompetente y ordenó remitir las diligencias al Tribunal de Juicio de Heredia. Este despacho las recibió el día **27 de septiembre**.

¹⁸⁷ SALA CONSTITUCIONAL. Voto: N ° 2007-14514 de las 14 horas y 30 minutos del 10 de octubre del 2007.

Octubre 2007

El **25 de octubre**, se interpuso un nuevo recurso de Hábeas Corpus por parte del señor Javier Francisco Montero Umaña a favor de la Señora Chere Lyn Tomayko y de sus hijas Anna Sofía y Ariana Nicole, ambas Montero Tomayko, en contra del Tribunal de Juicio de Heredia.

El señor Montero alegó que la extradición fue concedida sin fundamento legal y que la detención de la madre de sus dos hijas costarricenses trajo el menoscabo de la salud emocional de éstas, además de que efectivamente la presencia de su madre con ellas era necesaria para su desarrollo integral y cuidado. También alega que la razón por la cual la señora huyó de Estados Unidos se debió, a que señor Cyprian la agredía no solamente a ella, si no que también a sus hijas, e incluso interpuso en el Juzgado Contravencional de Menor Cuantía de San Isidro de Heredia una demanda en contra del señor Roger Ambroys Cyprian por el Delito de Violencia Doméstica a su favor y de la hija de éstos Alexandria Camile Tomayko

La Sala Constitucional al respecto declaró sin lugar este recurso conocido en el expediente **07-014332-0007-CO**, criterio plasmado en la Resolución **2007-017577** del 4 de diciembre del 2007.

Ésta señaló que nada de lo que se expresó el señor Montero en el recurso es de recibo, porque la detención provisional de la Señora Tomayko decretada por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial, tuvo su sustento en el aseguramiento de la presencia de la amparada en el proceso de extradición tramitado en su contra.

Sobre la omisión de la autoridad recurrida respecto a la falta de pronunciamiento sobre el interés superior de las menores costarricenses y su salud, reiteró que la Sala Constitucional ha resuelto consistentemente, que el proceso de extradición adoptado es un instrumento procesal, cuya finalidad es

permitir el ejercicio de la persecución penal del Estado requirente y garantizar los derechos y libertades fundamentales del individuo.

Reiteró también, lo que ya había estipulado en el recurso anterior acerca del examen del cumplimiento de requisitos y presupuestos exigidos para valorar sobre la procedencia de la extradición, siendo este un asunto que debía conocerse y resolverse en la sede penal y no mediante la vía constitucional.

2008

Febrero

La estadounidense presentó la solicitud de refugio ante la Dirección General de Migración y Extranjería de Costa Rica.

Abril

El **6 de abril**, Chere Lyn contrajo matrimonio con el señor Javier Francisco Montero Umaña, padre de Ariana Nicole Montero Tomayko.

El **día 24 de este mes**, La Dirección General de Migración y Extranjería deniega la solicitud de refugio de Chere Lyn.

Junio

Nace la segunda hija de Montero con Tomayko, Ana Sofía Montero Tomayko.

Julio

El **16 de julio** del año 2008 un tercer recurso de Hábeas Corpus fue interpuesto a favor de la señora Tomayko, y esta vez por las señoras Gabriela Cordero Zamora y Marta Iris Muñoz Cascante en el expediente número **08-010093-0007-CO**.

El presente recurso de Hábeas Corpus se entabló en contra de la resolución de las trece horas del 31 de enero del 2008, mediante la cual el Tribunal de Juicio de Heredia resolvió declarar con lugar la solicitud de extradición de la señora Tomayko. Se alegó que la señora Tomayko, casada desde el 6 de abril del 2008 con el señor Francisco Montero Umaña, no podía ser extraditada al haber adquirido la nacionalidad costarricense por naturalización de acuerdo al artículo 14, inciso 5 de la Constitución Política de Costa Rica antes de que se dictara la resolución que declaraba la extradición.

Al mismo tiempo las hijas de la señora Tomayko, Alexandria Camilla Tomayko y Chandler Rilyn Tomayko interpusieron un recurso **el 16 de julio** de ese año en contra del Tribunal de Juicio de Heredia, el Ministerio de Seguridad Pública y la Dirección General de Migración y Extranjería (expediente **08-010104-0007-CO**), en el que alegaban que la señora Tomayko era ciudadana costarricense y que se encontraba pendiente la resolución de una solicitud de refugio.

A este recurso se le acumuló otro interpuesto el **21 de julio del 2008** por las señoras Marta Iris Muñoz Cascante y Gabriela Cordero Zamora tramitado bajo el expediente **08-010333-0007**. En este recurso las recurrentes alegaron que las resoluciones del 31 de enero del 2008 del Tribunal de Juicio de Heredia y la del 8 de mayo del 2008 del Tribunal de Casación del Segundo Circuito Judicial de San José (que confirmaba la sentencia del Tribunal de Juicio de Heredia), fueron omisas pues no se analizó en ellas la totalidad de los aspectos alegados. También reclamaron indefensión debido a que inclusive cuando el expediente se tramitó aquí en Costa Rica, no se contó con una traducción oficial que otorgara confiabilidad a los documentos presentados. Además señalaron que la señora Tomayko no contó con un traductor oficial que facilitara la comprensión de la comunicación para el ejercicio de la defensa material y técnica.

Por otro lado, alegaban que al momento de la comisión del hecho que se le acusaba a la señora Tomayko, en Costa Rica no existía un tipo legal que contemplara la conducta que se le imputaba: sustracción de menores de edad.

En Costa Rica, no constituyó delito sino hasta el 2003 con la promulgación de la Ley de Migración 8387 del 8 de octubre que se contempló expresamente la conducta realizada por uno de los padres como sujeto activo.

Añadían también, que la Ley de Extradición que nos rige tiene fuertes roces constitucionales a nivel del debido proceso y acceso a la justicia, y que los argumentos de la señora Tomayko no fueron escuchados; adicionalmente alegaron que los hechos descritos lesionaban los diferentes tratados internacionales referentes a la violencia contra la mujer (Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Para” y la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer).

En última instancia, también alegaron que la Ley de Extradición se utilizó como un medio para revictimizar a la señora Tomayko, ya que nunca se le permitió expresarse ni referirse a las agresiones que sufrió por parte de su ex esposo, ni ofrecer prueba al respecto.

El aporte más importante de este recurso, radica en la invocación por parte de las abogadas que lo interponen, el establecimiento de la violencia doméstica como causal merecedora de protección por parte de la Convención de 1951. De manera novedosa, las recurrentes realizaron un análisis de la figura y el motivo establecido en el artículo primero de dicha Convención “pertenencia a un grupo social determinado” y la inclusión en él de las mujeres agredidas por sus esposos o familiares. Sin duda alguna, este aporte probó ser fundamental para darle rumbo a la decisión tomada por el Ministerio de Seguridad Pública.

Si es prudente mencionar que el señor Cyprian, por medio de sus abogados, se apersonó al proceso expresando que él nunca agredió a la señora Tomayko, que ni siquiera tenía antecedentes penales por violencia y que ella nunca interpuso un proceso en su contra en los Estados Unidos.

El 23 de Julio de ese año la Ministra de Seguridad Pública Janina Del Veccio le otorgó a la señora Chere Lyn Tomayko la condición de refugiada. A pesar de ello, el Juzgado Penal de Heredia se rehusó a liberar a la estadounidense. Por lo tanto fue la Sala Constitucional la que tuvo que indicar si procedía o no el encarcelamiento.

El 25 de julio, la Sala Constitucional emite la siguiente resolución, en la que deja en libertad a Chere Lyn Tomayko.

▪ **Resolución Número 11576 del año 2008**

Mediante esta resolución la Sala Constitucional resolvió todos los recursos de Hábeas Corpus interpuestos en el año 2008.

Dicha Sala consideró en esta ocasión que esas nuevas circunstancias, la solicitud pendiente de refugio y el hecho de haber obtenido o no la ciudadanía costarricense, justificaban un pronunciamiento distinto.

En la consulta realizada a la Directora General del Registro Civil, Marisol Castro Dobles, en su informe bajo juramento, ella afirmó que la señora Tomayko no aparecía registrada como ciudadana costarricense, ni tampoco aparecía una solicitud a su nombre para obtener la ciudadanía.

Sin embargo, el Director General de Migración y Extranjería, Mario Zamora Cordero, también en su informe jurado manifestó que efectivamente si existía una solicitud de refugio en trámite planteada por la señora Tomayko y que esta sí tenía la virtud de suspender el proceso de extradición.

De esta forma, la Sala resolvió el recurso de Hábeas Corpus a favor de la señora Tomayko, aclarando que la competencia para determinar la condición de refugiado está investida en la Dirección General de Migración y Extranjería y en la Ministra de Gobernación, Policía y Seguridad Pública como segunda instancia. Así, se le dio relevancia en el voto a la resolución 1023-2008-DMG del 23 de julio de 2008, dictada por la Ministra de Gobernación, Policía y

Seguridad Pública, la señora Del Vecchio, en donde se le otorgó a la Señora Tomayko la condición de refugiada.

Adicionalmente hubo fundamentación agregada y un voto salvado: primero por parte de la Magistrada Calzada Miranda, quien creyó necesario exponer otras razones adicionales al fallo; y un voto salvado del Magistrado Adrián Vargas Benavides, quien si discrepó con el voto de la mayoría. Estos votos serán evaluados con más detenimiento en un apartado posterior.

B. Otorgamiento del Estatus de Refugiada

Antes y después que a la Señora Chere Lyn Tomayko se le otorgara la condición de refugiada, a nivel nacional e internacional se generaron diversas opiniones, tornándose su caso ya no solo una cuestión de género o violencia doméstica sino también una cuestión política. Pues la política es una actividad orientada en forma ideológica a la toma de decisiones de un grupo para alcanzar ciertos objetivos.¹⁸⁸ Y ello se evidencia en la presión ejercida por los medios de comunicación, figuras e instituciones en la toma de la decisión si se le concedía a Chere Lyn la condición de refugiada.

El siguiente es un ejemplo de las opiniones que se emitieron en diversos medios, durante el lapso en que Chere Lyn estuvo privada de libertad:

“El Estado costarricense, por medio de su Sala Constitucional, debe sentar el imperativo precedente de darle, sin pensarlo dos veces, el trato de refugiada a la señora Tomayco, aplicando la “ratio legis” del numeral 31 constitucional y de los muchos tratados internacionales, especialmente “La Convención (de Ginebra) sobre el Estatuto de los Refugiados”, de modo que, en el caso concreto, se evite no sólo que el hombre que le agredió, sistemáticamente durante tanto tiempo, no logre el cometido de matarla y con ella desintegrar su familia, sino también que se le impida el ingreso al país para no malograr la protección que se le dará a esta mujer.

¹⁸⁸ DEFINICION. ES. “Política”. <<http://definicion.de/politica/>> (09/06/ 2009).

*Sin duda, esta resolución judicial sentará un precedente histórico en materia de Derechos Humanos en Latinoamérica, según la tendencia predominante en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*¹⁸⁹

En ese mismo intervalo, el Instituto Nacional de la Mujeres (INAMU) solicitó en diversas ocasiones (por la codayuvancia que prestaba en dicho caso), que se tomaran en cuenta normas constitucionales y del Derecho Internacional que, aparentemente, no habían sido consideradas por los tribunales que analizaron el proceso de extradición y que constituyen derechos elementales. Como por ejemplo, la protección que el Estado debe brindar cuando existe un riesgo de muerte (teniendo en cuenta del maltrato sufrido por la señora Tomayco y sus hijas).¹⁹⁰

Por otra parte, la defensa pública y el INAMU estimaban que se violaron los siguientes principios¹⁹¹:

1- El principio de la doble incriminación

Este principio establece que para que proceda el proceso de extradición, el delito por el cual la persona es perseguida en el país requirente (solicitante de la extradición) debe ser delito también en el país requerido (país donde se encuentra la persona), independientemente de la denominación del tipo penal en dicho país.

Por lo tanto, para que procediera la extradición de Chere Lyn, en nuestro país debía de existir el tipo legal que contemplara una conducta que

¹⁸⁹ ARROYO ALVAREZ WILBERTH (2008). "Asilo para la Sra. Tomayko." <http://democraciadigital.navegalo.com/histoy_show.php?sec=3&cont_id=43&ano=2008> (08/06/09)

¹⁹⁰ Ver el artículo, CARRILLO MADRIGAL JEANETTE (2009, 06 julio). "Rostro humano de un expediente judicial." <http://www.nacion.com/In_ee/2008/julio/06/opinion1607219.html> (08/06/09)

¹⁹¹ Ver el artículo, CARRILLO MADRIGAL JEANETTE (2009, 06 julio). "Rostro humano de un expediente judicial." <http://www.nacion.com/In_ee/2008/julio/06/opinion1607219.html> (08/06/09).

concordara con el delito de secuestro internacional de menores. El cual no existía al momento de cometer el hecho por el cual se le acusaba a Chere Lyn.

2- Derecho de la Representación y el Interés Superior del Niño.

Se violentaron estos derechos ya que no se contó con la representación del Patronato Nacional de la Infancia (PANI) en el proceso y el Poder Judicial no tomó en cuenta que Chere Lyn es madre de dos hijas costarricenses menores de edad.

Los Derechos de la Representación y del Interés Superior del Niño, se encuentran protegidos en nuestra Constitución Política y en los instrumentos de Derecho Internacional. Estos obligan a que los Estados protejan efectivamente y representen en forma eficaz a las personas menores de edad en aquellos procesos judiciales que los afectan directa o indirectamente.

Cuando la Ministra de Seguridad Pública le concedió la condición de refugiada a Chere Lyn e inmediatamente no se le puso en libertad, la Sala Constitucional tuvo que pronunciarse acerca si procedía su excarcelación.

Los magistrados justificaron su resolución en la imposibilidad de ejecutar la extradición de una persona refugiada.

Después de darle la condición de refugiada a Chere Lyn y de dejarla en libertad, era de esperarse que se volvieran a emitir diversos comentarios.

En el periódico Al Día, del 26 de Julio de 2008 un día después de haber sido liberada de prisión Chere Lyn una de las manifestaciones fue la siguiente:¹⁹²

¹⁹² CARVAJAL M ERICK (2008, 26 Junio). “*Liberan a Chere Lyn Tomayko.*” <http://www.aldia.cr/ad_ee/2008/julio/26/nacionales1636240.html>. (08/06/09)

“El presidente Óscar Arias calificó de maravillosa la noticia de que la Sala IV ordenó la excarcelación de Tomayko, y dijo sentirse muy feliz como costarricense.

Arias defendió una vez más el refugio concedido a la madre estadounidense y desestimó la molestia del Gobierno de Estados Unidos ante tal decisión.

‘Nosotros somos soberanos y tenemos derecho y obligación de tomar las decisiones más convenientes para el país, para proteger los derechos humanos. Costa Rica es líder ante el mundo en la protección de derechos humanos’,¹⁹³, manifestó.

Tanto Marta Iris Muñoz, directora de la Defensa Pública, como Jeannette Carrillo, presidenta del Instituto Nacional de la Mujer (Inamu) en aquella época, y la defensora de los Habitantes, Lisbeth Quesada, consideraron que el fallo de la Sala Constitucional sienta un precedente, y celebraron la liberación de Tomayco.”

En el diario La República, apareció la noticia que Estados Unidos se molestó con el otorgamiento de la condición de refugiada a Chere Lyn, indicando lo siguiente,

“En la tarde del 23 de Julio la embajada estadounidense en el país emitió un comunicado en el que señaló que, ‘se siente decepcionada’ por la decisión que tomó Janina del Vecchio, Ministra de Seguridad, sobre conceder el estatus de refugiada a Chere Lyn Tomayko y que esto traerá implicaciones sobre ‘las obligaciones de tratados internacionales para Costa Rica y en virtud de la cooperación bilateral judicial con Estados Unidos’.”¹⁹⁴

¹⁹³ CARVAJAL M ERICK. Ob. Cit.

¹⁹⁴ MORA CARLOS. (2008). *“Embajada estadounidense aseguró que el estatus concedido a Chere Lyn Tomayko traería ‘implicaciones más amplias’.* <http://www.larepublica.net/app/cms/cms_periodico_showpdf.php?id_menu=50&pk_articulo=13657&codigo_locale=es-CR.> (08/06/2009)

En la misma noticia se señaló, que el martes 29 de Julio de 2008 se evidenció la molestia del gobierno estadounidense al cancelar la donación de una avioneta al Ministerio de Seguridad.

C. Criterios emitidos por la Dirección General de Migración y Extranjería, el Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública y la Sala Constitucional.

Partiendo de que no nos fue permitido el acceso al expediente o a la resolución de la Dirección de Migración y Extranjería, o a la resolución de la Ministra de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, por razones de seguridad para la persona que busca refugio, expondremos en este apartado los argumentos que en el Voto 11576 emitido por la Sala Constitucional a las nueve horas y veintinueve minutos del veinticinco de julio del año 2008 se mencionan.

i. Criterios emitidos por la Dirección General de Migración y Extranjería.

Del voto número 11576 extrajimos el criterio emitido por la Dirección General de Migración y Extranjería. El cual lo expuso el Magistrado Adrián Vargas Benavides en una forma somera, indicando que:

“La Dirección General de Migración y Extranjería denegó la gestión, considerando entre otras cosas, que ella ingresó a Costa Rica desde mayo de 1997, sin que interpusiera la solicitud de refugiada y que, aunque esté casada con un nacional y madre de dos costarricenses, no optó por la residencia de nuestro país.”¹⁹⁵

Pasando a un plano general, la Dirección General de Migración y Extranjería considera que la persecución por motivos de género, es suficiente motivo para acceder al estatus de refugiado en nuestro país. Pero para ello,

¹⁹⁵ SALA CONSTITUCIONAL. Voto 11576-2008 de las nueve horas y veintinueve minutos del veinticinco de julio del 2008.

esta persecución se debe adecuar al artículo primero de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951, específicamente a la cláusula de pertenencia a un grupo social determinado.¹⁹⁶

La siguiente cita demuestra la tendencia que existe en asignar los casos de persecución por motivos de género, específicamente violencia doméstica, en la cláusula de inclusión de pertenencia a un grupo social determinado, criterio que también sigue la Dirección General de Migración y Extranjería en nuestro país.

*“La Convención de Ginebra sobre esta materia y sus protocolos, establece que individuos con fundados miedos de persecución, entre otros, por pertenecer, en particular, a un “grupo social”, resulta, dentro de la interpretación jurídica, el eslabón perfecto para darle protección a las mujeres por violencia doméstica por su “grupo social”, a saber: “su familia”, recinto mismo donde, se supone, están protegidas pero que, a la postre, es la guarida perfecta de los mismos “feticidas”.*¹⁹⁷

Por otra parte, Migración sostiene que el solicitante de refugio deberá aportar prueba suficiente para demostrar que es víctima de éste tipo de persecución.¹⁹⁸

Además, esta institución en conjunto con el ACNUR investiga si en el país de origen del solicitante, se cuenta con un sistema de protección interno accesible a toda persona víctima de violencia doméstica.

La señora Cynthia Fernández, Oficial de Elegibilidad en la Dirección General de Migración y Extranjería nos indicó en una entrevista que le realizamos el 19 de marzo de 2009, que es indispensable que el o la solicitante haya agotado los mecanismos que otorga la legislación interna su

¹⁹⁶ HIDALGO VEGA, R., JIMÉNEZ BOLDÁN, M. (2007): 130.

¹⁹⁷ ARROYO ALVAREZ WILBERTH (2008). “Asilo para la Sra. Tomayko.”
<http://democraciadigital.navegalo.com/histoy_show.php?sec=3&cont_id=43&ano=2008.>
(08/06/09)

¹⁹⁸ HIDALGO VEGA, R., JIMÉNEZ BOLDÁN, M. (2007): 130.

país de origen o bien del país donde se le es perseguido o perseguida, para obtener el estatus de refugiado por motivos de género (como es el caso de la violencia doméstica).

Se considera en el presente escrito, que el problema de la protección radica en la eficacia de las leyes, no tanto en su existencia. Porque no es de mucha utilidad tenerlas si no sirven o no se aplican de la mejor manera. Claro, que se debe de analizar el caso en concreto, pues la eficacia/utilidad puede diferir según circunstancias específicas.

ii. Criterios emitidos por Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública.

La Ministra de Gobernación, Policía y Seguridad Pública difirió del criterio de la Dirección General de Migración y Extranjería, el cual decidió no otorgarle la condición de Refugiada a la señora Tomayko; basando su criterio en directrices de ACNUR y la Convención de 1951.

A continuación un extracto de la resolución de la Ministra Janina del Veccio¹⁹⁹ que a su vez aparece en la resolución 11576 de la Sala:

“refugiada de conformidad con la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967; para lo cual deberá apersonarse a la Dirección General de Migración y Extranjería a efecto de obtener el documento respectivo.”

En los medios de comunicación, como en el periódico Nacional La Nación del 24 de Julio de 2008 declaró lo siguiente,

“En este caso hay un real y efectivo temor de persecución, conocido y reconocido por la comunidad. Sus temores eran fundados. No cabe duda de

¹⁹⁹ Res. N° 1023-2008-DMG (folios 264 a 261).

que la violencia doméstica constituye uno de los actos que ocasiona mayor sufrimiento y temor.

La Ministra fue enfática al decir que el caso no es “un portillo” para dar esa condición a cualquier persona que alegue persecución por violencia doméstica”

Cada caso debe analizarse a la luz de sus particularidades. Aquí no se abre ningún portillo. Es preciso recordar que quienes abandonan sus países para buscar protección en el extranjero, lo hacen, precisamente, porque en tales países sus derechos humanos corren peligro”.²⁰⁰

iii. Criterios emitidos por la Sala Constitucional.

Los magistrados justificaron su resolución basándose en la imposibilidad de ejecutar cualquier extradición cuando una persona cuenta con la condición de refugiada.

Lo anterior se encuentra establecido en el artículo 31 de nuestra Constitución Política, el cual reza lo siguiente: “*el reconocimiento de la condición de refugiado o de asilado tendrá el efecto de terminar cualquier procedimiento de extradición*”.

Se debe tener claro, que no es competencia de la Sala Constitucional decidir si una persona posee o no la condición de refugiado, sin embargo, la Magistrada Calzada Miranda consideró necesario exponer razones adicionales para fundamentar la resolución.

Por ejemplo, hizo referencia a la importancia de la familia y a la protección especial que le brinda nuestra Constitución Política como una razón de peso para la permanencia de la señora Tomayko en nuestro país, sin

²⁰⁰ VARGAS, OTTO. (2008 24 Julio). “Gobierno da refugio a madre que huyó con hija de EE.UU.” <http://www.nacion.com/In_ee/2008/julio/24/sucesos1633482.html>. (08/06/09).

mencionar que no se puede permitir el menoscabo de este derecho fundamental.

También consideró que el Juez de Casación Penal que resolvió darle curso a la extradición debió evaluar a fondo la situación de violencia que alegaba la señora Tomayko y que inclusive testificaban sus hijas ya en su plena capacidad, todo en aras de respetar los diferentes tratados que ha ratificado Costa Rica en materia de violencia contra la mujer (por ejemplo la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia contra la Mujer).

En el voto salvado del Magistrado Vargas Benavides, el Magistrado manifestó, que él no hubiera declarado con lugar el recurso de habeas corpus. Por que considera que a la señora Tomayko no se le violentó su libertad e integridad personal al detenersele, mientras se resolvía la solicitud de extradición. Igualmente fue del criterio de que la señora Tomayko cometió un grave delito común, fuera del país de refugio y antes de ser acogida en él como refugiada, violentándose así la sección F del artículo primero de la Convención de 1951, la cual indica que la condición de refugiado no se le otorgará a personas respecto de las cuales existan motivos fundados para considerar que hayan cometido un grave delito común.

Adicionalmente el Magistrado, consideró extraño que llegando al país desde 1997 y conviviendo con un costarricense y teniendo hijas costarricenses, la señora Tomayko no optara por la nacionalidad o inclusive buscara refugio desde un principio. También le pareció que no existe prueba alguna ni demanda judicial en Estados Unidos que acuse al señor Cyprian de agresor y que más bien hubo inercia por parte de la señora Tomayko, quien, a su parecer dejó que transcurriera el tiempo sin poner una denuncia o utilizar los medios que su país le ofrecía.

D. Casos Similares en Costa Rica y el aporte de este caso.

i. Anterior al caso de Chere Lyn Tomayko.

Anterior al caso de la señora Chere Lyn solamente un caso se había conocido por motivos de género, en la Dirección General de Migración y Extranjería de nuestro país hasta el año 2007.²⁰¹

Se trata de una mujer hondureña, que acude a Costa Rica a solicitar refugio e indica que es víctima de persecución por motivos de género y víctima de violencia doméstica perpetrada por su esposo.

En nuestro país expone su situación e indica que no se le ha brindado la protección suficiente en su país. Ella argumentaba además, que su esposo pertenecía a la policía hondureña y esta situación le brindaba a él cierta ventaja sobre ella. Por lo cual decide huir de Honduras y venir a Costa Rica.

DGME investigó su caso y le pidió que presentara todas las pruebas de cargo y de descargo. La solicitante presentó aquellas que estaban a su alcance.

Después de analizar las pruebas presentadas, dicha institución determinó que la solicitante no utilizó ni agotó, el marco de protección con que cuenta el Estado hondureño para la prevención y protección de violencia doméstica, denegándole así la condición de refugiada.

²⁰¹ La recopilación de este caso se tomó de la Tesis "Persecución por Motivos de Género", de Ronald Hidalgo Vega y Marco Jiménez Bodan. Tesis para optar por el grado de Licenciatura de Derecho, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio Pág. 129.

ii. Posterior al caso de Chere Lyn Tomayko.

Posteriormente a este caso, doña Cynthia Fernández en la entrevista mencionada líneas atrás, nos comentó que después del caso de Chere Lyn Tomyako se han presentado cuatro casos más de solicitud de refugio por motivos de género, específicamente violencia doméstica. Cabe señalar que esos cuatro casos, eran todos de mujeres estadounidenses.

Los expedientes tramitados en la Dirección General de Migración y Extranjería son confidenciales y no se tiene acceso a ellos. Por lo tanto, expondremos el caso de la Señora Nicole Kater, basadas en la recopilación de datos tomada de periódicos e Internet, pues su situación ha sido la única que a nivel nacional se ha divulgado.

Nicole Kater es una estadounidense que llega con su ex esposo John Gehl a Costa Rica en el año 2000 y se instala con él en Puntarenas.

En nuestro país, la señora Kater queda embarazada y da a luz a su hija Tierra Zion Gehl.

Meses después esta pareja y su hija retornan a Estados Unidos, separándose allá en el año 2003.

En el año 2005, la pareja se presenta ante un Juzgado de Humbolt en Estados Unidos, para tramitar la custodia de la menor de edad. Mientras se tramitaba el proceso, el padre de Tierra Zion autorizó a Kater para que la menor de edad viajara con ella a nuestro país.

Antes de viajar, Nicole presentó un documento donde entablaba una denuncia en contra de John Gehl por motivos de violencia doméstica.

Al conocer dicha situación, su ex pareja envió un escrito a la Dirección de Migración y Extranjería de nuestro país, con la intención de evitar que se le

otorgara la condición de refugiada a Kater porque según afirma la Corte Superior de California, se le había otorgado la custodia de la niña a él. Con el fundamento de que Nicole no se había presentado a una audiencia el 29 de agosto de 2005.

La señora Kater fue detenida por agentes de la Policía Internacional (Interpol) en nuestro país en abril de 2008, después de recibir una orden de arresto en su contra, luego que John Gehl la acusara de secuestrar a su hija.

Para Jeanette Carrillo, presidenta del INAMU en esa época,

*“A Nicole Kater no se le puede reprochar la conducta incriminada de secuestrar a su hija, porque ella viajó a Costa Rica en compañía de su hija costarricense e ingresó legalmente al país, pues contó con los permisos legales requeridos en su país de origen”.*²⁰²

El 17 de diciembre de 2008, el Tribunal de Casación decidió acoger las diligencias de extradición para que fuera sometida a un proceso penal seguido en su contra en Estados Unidos por el supuesto secuestro de su hija.

El martes 23 de diciembre de 2008, el Fiscal General de Costa Rica Francisco Dall’Anese Ruiz, interpuso ante la Sala Constitucional un recurso de Hábeas Corpus a favor de la norteamericana. Este Hábeas Corpus ordena la realización de una nueva audiencia con todas las partes del proceso, incluido el Ministerio Público(al cual no se le había tomado como parte), y que anule la resolución que extradita a la estadounidense, pero no ordena la libertad de Nicole.

Según el Fiscal General en el recurso el Tribunal de Casación Penal, violó los Derechos Humanos de Nicole al resolver en única instancia la extradición y ordenar su entrega a Estados Unidos.

²⁰² NUÑEZ CHAVES SYLVIA. (2008, 24 septiembre). *“Rechazan extradición de gringa buscada por secuestrar a su hija”*.

<http://www.prensalibre.co.cr/2008/setiembre/24/sucesos06.php>. (09/06/09)

En enero de 2009, Sala Constitucional impidió la extradición de Nicole al declarar parcialmente con lugar el Hábeas Corpus, porque se había excluido al Ministerio Público como parte del proceso de extradición.

Por lo tanto, ordenó que se realizara una nueva audiencia con todas las partes del proceso incluido el Ministerio Público y que se anulara la resolución que extradita a Nicole. En este recurso además las Magistradas Ana Virginia Calzada Miranda y Abdelnour Granados ordenaron la inmediata libertad de la señora.

El 26 de Junio de 2009, El Tribunal de Casación de San Ramón rechazó la extradición de la señora Kater a Estados Unidos, poniéndola en libertad.

Doris Arias Madrigal, presidenta del Tribunal de Casación, al dar a conocer el fallo, dijo que la decisión la fundamentaron en los Derechos Humanos que protegen a todos los seres humanos y que en este caso existe una amenaza contra Nicole Kater. Agregó que de ser enviada a su país de origen ella se expone a seguir siendo una mujer agredida y perseguida.²⁰³

El caso de la señora Kater se ha equiparado con el de la señora Tomayko. Y su similitud radica, no solamente en su nacionalidad estadounidense sino también, en que ha sido víctima de violencia doméstica, acusada de secuestro de menores de edad, encarcelada en nuestro país, y se le ha evitado la extradición al país de origen.

Pero algo que diferencia los casos, es que a la señora Kater no ha contado con la atención tan grande de los medios como si lo tuvo Tomayko.

²⁰³ ARGUEDAS CARLOS. (2009, 26 junio). "Tribunal ordena liberar a mujer requerida por Estados Unidos". <http://www.nacion.com/ln_ee/2009/junio/26/sucesos2009839.html>. (30/06/09)

iv. Aporte del caso de Chere Lyn Tomayco

No es la primera vez que en el mundo que se otorga la condición de refugiado a una mujer por ser víctima de violencia doméstica. En países como Canadá, España, Australia, Gran Bretaña, entre otros (en su mayoría del Common Law) ya se concede asilo por este motivo, ya que es una práctica más común en este tipo de legislaciones.

Por lo tanto la relevancia del caso de Chere Lyn Tomayko radica en que Costa Rica (siendo un país del Civil Law) adopta una interpretación que resalta el respeto por los Derechos Humanos de la mujer y destaca el derecho a vivir sin violencia. Situando así a Costa Rica como el primer país centroamericano que concede dicha condición a una mujer en estas circunstancias.

Al no tener el acceso pleno a su expediente, por razones de confidencialidad, no podemos emitir un criterio de peso que determine si la señora Tomayko era o no merecedora de la condición de refugiada. Por otro lado la fundamentación detrás de esta decisión no se hizo pública y no sería responsable de nuestra parte juzgar si ella realmente sufrió violencia doméstica o no.

Basándonos en que ella efectivamente la sufrió, consideramos que es merecedora de refugio, teniendo en cuenta que este tipo de violencia transgrede una serie de Derechos Humanos y crea en la víctima un estado de miedo e indefensión.

Con respecto al caso, Jeanette Carrillo directora del Instituto Nacional de la Mujer (Inamu) de aquel momento opinó,

*“La violencia contra las mujeres es un problema mundial que debe ser visto desde el punto de vista de los derechos humanos. Hoy Costa Rica reafirma que es un país respetuoso de esos derechos”.*²⁰⁴

La funcionaria calificó la decisión como *“histórica y sin precedentes en la historia de Costa Rica y en la historia de las mujeres de América Latina”.*²⁰⁵

La violencia doméstica es cualquier situación de maltrato físico, psicológico, sexual o patrimonial, que en ocasiones puede tener como consecuencia la muerte.

No es un secreto que llevar una vida de maltratos y situaciones psicológicas estresantes no representa una vida con salud física, mental y emocional plena. Esto constituye un quebranto de los más fundamentales derechos humanos como la integridad física, la salud, la vida, entre otros.

Siendo que la figura del refugio protege a las personas contra este tipo de violaciones, es importante resguardar a quienes sufran un temor fundado de ser perseguido por razones de violencia doméstica. Incluso en la doctrina actual se considera que el derecho a la no violencia doméstica debería ser incluido como un derecho fundamental con el objetivo de que los gobiernos puedan brindar una mejor protección.²⁰⁶

Cabe destacar que aunque el caso de la señora Tomayko es un precedente para aquellas situaciones donde se sufra de violencia doméstica, esto no significa que se puede dar un abuso de la figura del refugio, por medio de esta causal.

Como se ha indicado líneas atrás cada caso debe ser analizado concretamente, y no toda persona que alegue persecución por este tipo de violencia obtendrá automáticamente la condición de refugiado.

²⁰⁴ VARGAS, OTTO (24 /07/2008). *“Gobierno da refugio a madre que huyó con hija de EE.UU.”* <http://www.nacion.com/ln_ee/2008/julio/24/sucesos1633482.html>. (08/06/09)

²⁰⁵ VARGAS M. OTTO (24 /07/2008).Ob. Cit.

²⁰⁶ MEYERSFELD C. BONITA. (2003).

Capítulo II. Análisis del concepto “Pertenenencia a un Grupo Social Determinado”

Sección I. Definición

El concepto “pertenencia a un grupo social determinado” ha sido siempre una noción poco precisa y muchas veces hasta indeterminada. No se tiene claro que fue exactamente lo que los redactores de la Convención querían expresar o cubrir con ella.

Por lo consiguiente en este capítulo se echará mano de doctrina y jurisprudencia internacional para esclarecer este concepto; el cual es de bastante importancia por comprender diversos grupos. Esto último se evidencia en la violencia doméstica, ya que se subsume en la causal para reconocer la condición de refugiado (recordando que este tipo de violencia se deriva del género). Un ejemplo de lo anterior es el caso de la señora Chere Lyn Tomayko en nuestro país, en el cual se le concedió la condición de refugiada por pertenecer a un grupo social determinado. Sentando así un precedente de gran relevancia en nuestro país.

A. Doctrina Internacional

El motivo número 5 (pertenencia a un grupo social determinado) del artículo primero de la Convención de 1951 fue introducido en el último minuto, y no quedó mucha información en los trabajos preparatorios de la redacción de la Convención, lo único que se ha podido rescatar como justificación para introducirlo es la observación hecha por el delegado redactor sueco:

“La experiencia ha demostrado que ciertos refugiados han sido perseguidos porque pertenecían a grupos sociales particulares. El borrador de

*la Convención no contenía una provisión para esos casos por lo que se pensó que uno diseñado para cubrirlos debería ser correctamente incluido”.*²⁰⁷

No surge una línea que nos aclare exactamente cual era el propósito de la inclusión de éste motivo, ni a qué personas iba dirigido. Sin embargo, en la doctrina internacional y en la jurisprudencia, este motivo se ha ido desarrollando de diversas maneras como veremos más adelante.

El autor Diego López Garrido define el concepto de pertenencia a un grupo social determinado así:

*“Por tal expresión se entiende personas que pertenecen a un grupo que tiene un mismo origen y el mismo modo de vida o el mismo estatus social. El temor a ser perseguido por éste hecho también se confunde con otros de los supuestos que hemos examinado. La pertenencia a un cierto grupo social puede ser origen de persecuciones en cuanto a las tomas de posición política o la actividad económica de sus miembros, es decir, la existencia misma del grupo social, sean consideradas como obstáculos respecto de la contraria política gubernamental.”*²⁰⁸

Por otro lado, el autor Arthur C. Helton define “pertenencia a un grupo social determinado” de manera más amplia²⁰⁹ incluyendo dentro del concepto y el ámbito de la Convención “grupos estadísticos” que son víctimas de discriminación (por ejemplo personas con anemia drepanocítica), grupos sociales (grupos que comparten características básicas innatas, como raza y género), grupos sociales (grupos voluntarios que interactúan socialmente, como amigos, vecinos, audiencias), y grupos asociativos (grupos de personas que concientemente persiguen una meta compartida o un interés, como sindicatos o universidades). Helton arguye que reconocer la amplitud del concepto es la única interpretación razonable porque “es profundamente

²⁰⁷ UNGA, ‘Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, Summary Record of the Third Meeting held at the Palais des Nations, Geneva, Tuesday 3 July 1951 at 10.30 a.m.’, UNdoc. A/CONF.2/SR.3, 19 Nov. 1951, at p. 14. Tomado del libro del ACNUR “Refugee Protection in International Law. Global Consultations.” Pág. 266.

²⁰⁸ LOPEZ GARRIDO, DIEGO (1991) : 70.

²⁰⁹ HELTON, ARTHUR C. (1983): 39.

*irracional diferenciar entre tipos de persecución arbitraria y caprichosa que un régimen pueda imponer”.*²¹⁰

Foighel como Helton, considera que el término pertenencia a un grupo social determinado surgió como un tipo de ‘red de seguridad’ para incluir raza y etnicidad, e inclusive más, para operar como un tipo de disposición comprensiva para aquellas categorías de personas que tenían una solicitud legítima para ser considerados como refugiados en el sentido internacional, aunque fueran categorías claramente incluidas dentro de las específicas ya mencionadas en el artículo primero.”²¹¹,

Goodwin- Gill señala que la noción de grupo social determinado posee un elemento de enorme amplitud interpretativa que los estados pueden expandir o restringir discrecionalmente a favor de una variedad de grupos susceptibles de persecución.²¹²

Al ser la pertenencia a un grupo social determinado un motivo tan controversial y debatido, ha surgido a su alrededor distintas escuelas de pensamiento que tratan no sólo de darle una definición, si no también de establecer la razón que les dio origen. El autor Davies B. N. Bagambiire expone un análisis interesante de estas escuelas en su artículo *“Terrorism and Convention Refugee Status in Canadian Immigration Law: The Social Group Category according to Ward vs. Canada”*²¹³. En dicho artículo se desarrolla un estudio sobre un caso importantísimo que marcó una pauta en la jurisprudencia de refugiados en Canadá en el que se debate el significado de grupo social determinado y que sentó las bases de la interpretación de este tema.

A continuación se expondrá lo medular de las escuelas de pensamiento mencionadas:

²¹⁰ Ver HELTON, ARTUR C. Ob. Cit.: 59.

²¹¹ FOIGHEL, ISI. "The Legal Status of the Boat-People", 48 *Nordisk Tidsskrift for International Relations* 217. Pág. 222-23.

²¹² GOODWIN- GILL, GUY S. (1996): 48.

²¹³ BAGAMBIIRE, DAVIES B. N. (1993): 188.

i. Escuela Expansionista.

Esta escuela propone una perspectiva del “árbol viviente”, sus partidarios arguyen que los delegados de la Conferencia de los Plenipotenciarios que adoptó la Convención intentó garantizar la seguridad de persecución a todos los refugiados sin distinciones innecesarias o individuales.

Así la categoría del grupo social que fue diseñada para reafirmar éste compromiso, fue adoptada en la Convención sin disidencia, extendiendo la protección a los refugiados más allá de lo que previamente había sido la norma.

Los proponentes de esta teoría respaldan sus argumentos alegando que en el contenido de la Constitución del Organización Internacional para los Refugiados, que sirvió como modelo para la Convención, no se incluía la frase “pertenencia a un grupo social determinado” y que por lo tanto la adición de la categoría marcó el alejamiento del lenguaje restrictivo que las Naciones Unidas había estado utilizando hasta el momento de la redacción de la Convención.

Es opinión del autor Arthur Helton²¹⁴ que *“la intención de los redactores de la Convención no era la de cubrir anteriores grupos de persecución, si no tratar de salvar individuos de futuras injusticias. La categoría del grupo social fue concebida para ser un ‘atrápalo- todo’ que pudiera incluir todas las bases para y por tipos de persecución que pudiera inventar un imaginativo déspota. Así, la intención de los redactores es ilustrada por el subsecuente reconocimiento de los muchos tipos de persecución individual prevalecientes en el mundo de hoy.”*

Por otro lado, Hathaway discrepa de la perspectiva de Helton, argumentando que la verdadera intención de los redactores era establecer una distinción entre aquellos a los que su miedo se podía atribuir a su estatus civil o

²¹⁴ Ver HELTON, ARTHUR C. Ob. Cit.:39.

político (refugiados) y aquellos a los que su preocupación de huir era motivada por otras razones (no refugiados).²¹⁵

ii. Escuela Restrictiva.

Los partidarios de esta escuela creen que la mejor aproximación para interpretar el concepto de pertenencia a un grupo social determinado se encuentra en verlo como una simple amplificación de los otros cuatro motivos contenidos en la Convención.

iii. Escuela “Ejusdem Generis.”

Esta teoría se encuentra en medio de las otras dos y funciona tratando de aplicar la regla “ejusdem generis” para la interpretación de los estatutos. La doctrina del “ejusdem generis” (que significa literalmente ‘del mismo tipo’), sostiene que: palabras generales utilizadas en una enumeración con palabras específicas debería ser construida de una manera consistente con las palabras específicas.²¹⁶ Para explicarlo mejor, este principio sostiene que un término general siguiendo a una lista de términos específicos, debería ser interpretado de una manera consistente con la naturaleza general de los ítems enumerados en la lista.²¹⁷

“Asuntos generales están referidos en conjunto con un número de asuntos específicos de un tipo particular, los asuntos generales está limitados a cosas parecidas o en relación con los asuntos específicos.”²¹⁸

Los otros motivos citados en el artículo primero de la Convención de 1951 en asociación con pertenencia a un grupo social determinado son la raza, la religión, la nacionalidad y la opinión política; cada uno de éstos describe una

²¹⁵ HATHAWAY, JAMES C. “The Law of Refugee Status” (1991). Pág. 6. Tomado del artículo “Membership Of A Particular Social Group: An Appropriate Basis For Eligibility For Refugee Status?” de Penny Dimopoulos (2002). Deakin Law Review.

²¹⁶ BAGAMBIIRE, DAVIES B. N. (1993): 188.

²¹⁷ ACNUR “Refugee Protection in International Law. Global Consultations.” Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of ‘membership of a particular social group’ T. Alexander Aleinikoff Pág. 289.

²¹⁸ BAGAMBIIRE, DAVIES B. N. (1993): 189.

persecución dirigida a una inmutable característica: una característica que es o va más allá del poder de un individuo de cambiar o es tan fundamental para la identidad individual o conciencia, que no debe solicitarse su cambio.

De esta manera se interpreta la pertenencia a un grupo social determinado como la pertenencia de una persona a un grupo de personas de las cuales todas comparten una característica común e inmutable. La característica compartida puede ser innata como el sexo, color o lazos de familia o en algunas circunstancias podría ser una experiencia pasada compartida como por ejemplo un liderazgo militar pasado.

La característica particular del grupo se debe determinar caso por caso concreto, sin embargo, sea cual sea la característica común que los define como grupo, tiene que ser una que no puedan cambiar o que no debería requerir ser cambiada porque es fundamental para su identidad o conciencia.

Bagambiire, expositor de esta clasificación, considera que la técnica del ejusdem generis es inapropiada en éste contexto, resulta en sujetar la pertenencia a un grupo social determinado a los otros motivos de la Convención lo que finalmente resulta restrictivo.²¹⁹ Además es del criterio de que el concepto de pertenencia a un grupo social determinado debería ser interpretado amplia y liberalmente en cada caso concreto.

B. ACNUR

Como se ha visto en apartados anteriores ACNUR ya ha brindado una definición de la cláusula de pertenencia a un grupo social determinado, en su publicación “Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas”²²⁰, y en el Manual de

²¹⁹ BAGAMBIIRE, DAVIES B. N. (1993): 192.

²²⁰ “...un determinado grupo social es un grupo de personas que comparten una característica en común distinta al hecho de ser perseguidas, o que son percibidas como grupo por la sociedad. A menudo, la característica será innata, inmutable o fundamental para la identidad, la conciencia o el propio ejercicio de derechos humanos.” ACNUR.

Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado anteriormente publicado, en el cual expone la siguiente definición:

“Un “determinado grupo social” suele comprender personas de antecedentes, costumbres o condición social similares. Los temores alegados por una persona de ser perseguida por este motivo puede muchas veces coincidir con sus temores de serlo también por otros, por ejemplo, su raza, su religión o su nacionalidad. La pertenencia a ese determinado grupo social puede ser la causa fundamental de la persecución porque no se confía en la lealtad del grupo a los poderes públicos o porque se considera que las opiniones políticas, los antecedentes o la actividad económica de sus miembros, o la existencia misma del grupo social como tal, son un obstáculo a la política gubernamental.

Generalmente, el mero hecho de pertenecer a determinado grupo social no será suficiente para justificar la reclamación de la condición de refugiado. Sin embargo, en ciertas circunstancias especiales, la mera pertenencia puede ser causa bastante para temer la persecución.”²²¹

A nuestro parecer, la definición citada, debería ser lo suficientemente explícita y clara para poder determinar si una persona ostenta o no la condición de refugiada, y en realidad se queda corta. No sólo es confusa e indeterminada, si no que no especifica ni concreta qué tipo de personas conforman un grupo social determinado. Esto es perjudicial a la hora de interpretar, ya que no existirá una interpretación uniforme en todos los países.

El problema radica en que la cláusula está sujeta a interpretación y ello en ocasiones puede llegar a ser perjudicial, porque existen ciertos operadores del derecho que tienden a ser bastante literales y necesitan tener en el texto específicamente situaciones para conceder la condición de refugio.

“Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas”. Pág. 118.

²²¹ ACNUR. “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado”. Pág. 14.

Lo importante es lograr un equilibrio en esta cláusula, para que no sea por una parte lo suficientemente amplia y con lleve a un abuso de la figura del refugio, y por otro, no sea lo suficientemente restrictiva para negarle derechos a un solicitante.

Como se pudo observar líneas atrás, la definición que brinda el 'Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado' es general y bastante breve, y ello se debe sin duda, a que en la época en que fue redactado (1979), la naturaleza de las solicitudes de refugio no eran tan desarrolladas, o diversas como en la actualidad.²²²

Ello se evidencia, en que ahora las solicitudes que se presentan bajo la cláusula de “pertenencia a un grupo social determinado” comprenden motivos de género con sus derivaciones como por ejemplo, la violencia doméstica, la mutilación genital femenina, los abortos selectivos por sexo, la persecución por motivos de preferencia sexual, entre otros.

Y un avance al respecto, es que las mujeres se pueden llegar a considerar un grupo social determinado. Esto se establece en las Conclusiones de 1985 acerca las Mujeres Refugiadas y la Protección Internacional, donde se indica lo siguiente,

*“Los Estados, en el ejercicio de su soberanía, eran libres de adoptar la interpretación de que las mujeres en busca de asilo que se enfrentaban a tratos crueles o inhumanos debido a haber transgredido las costumbres sociales de la sociedad en que vivían, podían ser consideradas como un <<determinado grupo social>>, según lo dispuesto en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados”.*²²³

²²² UNHCR. “Refugee Protection in International Law”. Pág 266.

²²³ ACNUR. “Conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, 1975- 2000”. Pág. 106

Por otra parte, las solicitudes de refugio en los últimos años abrazan otras situaciones que no necesariamente hace distinción de género como lo es el VIH, la prostitución infantil, la trata de personas, el tráfico de drogas entre otros. Y ello se debe a que los tiempos cambian, surgen nuevas problemáticas y se diversifican.

C. Criterios Jurisprudenciales

A continuación se expondrá una serie de criterios jurisprudenciales que sostienen el ACNUR y diversos países con relación a la cláusula de inclusión ‘pertenencia a un grupo social determinado’ de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados. Para ello se mostrarán casos trascendentes en cada país, que han contribuido a sentar parámetros de interpretación de esta cláusula a nivel nacional e internacional.

Se podrá apreciar que la mayoría de países tomados pertenecen al del Derecho del Common Law, esto se debe a que es más fácil recopilar casos de dichas naciones, por su desarrollo en la concesión de refugio con respecto a dicha cláusula de inclusión, en contraste con los del Civil Law.

En relación con esos últimos países se mostrarán los criterios emitidos por Francia y Alemania.

Iniciaremos con la perspectiva del ACNUR.

i. ACNUR

Este organismo indicó lo siguiente, a partir del caso *Islam v. Secretary of State for the Home Department and R. v. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department, ex parte Shah*:²²⁴

²²⁴ UNHCR. “Refugee Protection in Internacional Law”. Pág 267.

“Grupo social determinado” significa un grupo de personas que comparten alguna característica que los distingue de la sociedad en general. Dicha característica debe ser inmutable, ya sea por que es innata, imposible de cambiar, o por que estaría mal requerir a los individuos cambiarla. De este modo, cuando una persona tiene ciertas creencias o considera que si le piden renunciar a estas contraviene sus derechos humanos fundamentales, forma parte de un grupo social determinado.

ii. Canadá

El criterio que se expondrá a continuación es resultado del caso Ward en ese país, el cual tuvo bastante relevancia no solo en Canadá sino también en otras naciones.

La Corte Suprema de Canadá reconoció que en el proceso de interpretación de la cláusula de pertenencia a un grupo social determinado se deben reflejar temas como la defensa de los derechos humanos y la anti-discriminación, que son base de la protección internacional de refugiados.²²⁵

Por lo tanto va a considerar que un grupo social determinado abarca los siguientes aspectos²²⁶:

1- Grupos definidos por una característica innata o inmutable. Por ejemplo: género, orientación sexual, transfondo lingüístico.

2- Grupos donde sus miembros voluntariamente se han asociado por razones fundamentales para su dignidad humana, donde ellos no deben ser forzados a renunciar a esta asociación. Por ejemplo, los activistas de derechos humanos.

Cabe destacar, que en este segundo punto se trata de una característica mutable. Y el enfoque que tiene es la injusticia de forzar al individuo a

²²⁵ GOODWIN-GILL GUY S (1996): 360.

²²⁶ UNHCR. “Refugee Protection in International Law”. Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of ‘membership of particular social group’. T. Alexander Aleinikoff. Pág. 269.

abandonar su asociación como derecho fundamental a su dignidad; no por la característica en sí.

3- Grupos asociados por un antiguo estatuto voluntario, debido a su inalterable pertenencia histórica.

Por otra parte, esta Corte considera que no se debe interpretar la cláusula de grupo social determinado como una red de seguridad para prevenir una laguna en las otras cuatro cláusulas de inclusión. Como explica La Forest J, una lectura amplia podría hacer que los otros motivos para conceder refugio de la Convención sean superfluos.²²⁷

El caso de Patrick Francis Ward trata de un ex miembro de un grupo que es considerado terrorista por otros países, el Irish National Liberation Army (INLA).

El INLA tenía como objetivo principal remover a la fuerza al gobierno británico de Irlanda del Norte.²²⁸

Patrick Ward, fue asignado -poco después de hacerse miembro de esta organización- a vigilar a dos rehenes que dicha organización había secuestrado e iban a matar.

Ward manifestó que se encontraba en un dilema, pues no quería ser parte en la ejecución de inocentes, pero por otra parte sabía las implicaciones que podía tener el no seguir las ordenes del INLA, pues le afectarían a él personalmente y a su familia.

Ward decidió salvar a los rehenes y los condujo cerca de una estación de policía; para luego él trasladarse donde estaban confinados y pretender que no sabía como se habían escapado los rehenes.

²²⁷ UNHCR. Ob. Cit.: 269.

²²⁸ País que se sitúa en el noreste de la isla de Irlanda, el cual es parte del Reino Unido.

La policía irrumpió la casa donde tenían a los rehenes, pero el solicitante y otros miembros del INLA lograron escapar. Pero tiempo después Ward fue arrestado y durante el interrogatorio los otros miembros del INLA se dieron cuenta que él había dejado en libertad a los rehenes.

Un mes después Ward fue secuestrado, interrogado y torturado por el INLA y no admitió que había liberado a los rehenes, pero dicha organización concluyó que había sido el responsable de la huída de estos. Por lo tanto lo sentenciaron a muerte, pero logró escapar antes de que eso sucediera y con la ayuda de la policía recibió tratamiento médico por la tortura que había recibido.

Después de haber salido del hospital, este fue arrestado en la República de Irlanda, por su participación en el secuestro y se le condenó a tres años en prisión por detener a dos personas en contra de su voluntad.

Pero Ward no se convirtió en un “soplón” porque no admitió públicamente de haber liberado a los dos individuos.

Antes de cumplir su condena el capellán de la prisión preocupado por la seguridad de Ward lo ayudó a salir del país, y la policía irlandesa tramitó un pasaporte de la República de Irlanda para que viajara en una forma segura a Canadá. Pues estos últimos creían que no eran capaces de protegerlo contra el INLA.

En Canadá el señor Ward solicitó refugio en este país, poniendo su situación dentro del motivo de pertenencia a un grupo social determinado.

El Ministro de Empleo e Inmigración determinó que Ward no era un refugiado conforme a la Convención.²²⁹

Después de esta resolución Ward solicitó a la Junta de Inmigración y Refugiados de Canadá (Immigration Appeal Board) que redeterminara su caso.

²²⁹ BAGAMBIIRE, DAVIES B. N (1993): 186.

Dicha Junta analizó el caso fundamentalmente bajo dos perspectivas:

1. Si la definición contemplada en la Convención comprende a un solicitante cuyo país de origen es incapaz de protegerlo de manera adecuada.

Sobre este punto la Junta manifestó que el hecho que demandante no pueda o no quiera acogerse a la protección de su país de origen está entrelazado con la incapacidad del estado para ofrecer una protección efectiva.

Por lo que motiva el vínculo entre la persecución y la protección de la siguiente manera:

“Temor a la persecución y la falta de protección también son elementos interrelacionados.

*Personas perseguidas claramente no gozan de la protección de su país de origen y las pruebas de la falta de protección puede crear una presunción en cuanto a la probabilidad de que la persecución y el bien fundado de cualquier temor”.*²³⁰

2. Si la definición requiere la complicidad del Estado en la persecución de la demandante.

La Junta determinó al respecto, que la definición no necesariamente contempla la complicidad del Estado en la persecución de un reclamante.

Como también que el Estado está siendo incapaz de ofrecer una protección eficaz y ello es suficiente.

Por lo consiguiente concluyó:

²³⁰ ACNUR. (1993 30 Julio). Canada (Attorney General) v. Ward <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b673c.html> (01/07/09).

“En vista de la naturaleza básica de la prueba impuesta por la definición de refugiado de la Convención, es decir, si el solicitante tiene un temor fundado de persecución por uno de los motivos enumerados, es razonable, incluso necesario, para examinar el estado la capacidad de proporcionar una protección adecuada a la demandante: en la medida en que el Estado es incapaz de proteger a la persona, el solicitante tendrá una buena razón para temer la persecución. La razón de la incapacidad del estado para proporcionar una protección adecuada de la persecución parece irrelevante. La cuestión, en cualquier caso, se convierte entonces en si existe o no "adecuado" de protección”²³¹

Con respecto al punto medular de la capacidad del Estado para proteger a Ward, la Junta concluyó que si Ward regresaba a Irlanda estaría en un grave peligro de captura, tortura y muerte en manos del INLA.²³²

En relación con la persecución, la Junta de Inmigración y Refugiados indicó que ni el Estado en Irlanda del Norte ni la República de Irlanda le puede conceder al solicitante una protección efectiva. Por otra parte, los actos y tratos que Ward teme por parte del INLA conforman persecución, dentro del significado que establece la Convención; aunque esta organización no sea un agente del estado, ni el estado sea quien lo persigue.²³³

En consecuencia, la Junta determinó que Ward era un refugiado dentro de los parámetros de la Convención.

La Procuraduría General de Canadá, presentó una solicitud para revisar y anular la decisión de la Junta. Y el Tribunal Federal de Apelación (Federal Court of Appeal) anuló la decisión y remitió el asunto a la Junta para su reconsideración.

El Tribunal Federal de Apelaciones manifestó tres argumentos básicos:

²³¹ SUPREMA CORTE DE CANADÁ. (1993 30 Julio). Canada (Attorney General) v. Ward <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b673c.html> (01/07/09)

²³² BAGAMBIIRE, DAVIES B. N. (1993): 186.

²³³ BAGAMBIIRE, DAVIES B. N. Ob. Cit.: 186.

1- La Junta no tuvo en cuenta si el INLA era un "grupo social particular" según los términos del artículo 2 (1) de la Ley.

2- Por otra parte, ella se equivocó al considerar que no existía el requisito de la complicidad del Estado en la "persecución".

3- Como también se equivocó al considerar que sólo los países de la nacionalidad de Ward fueron Irlanda del Norte y la República de Irlanda.

La Corte Suprema de Canadá determinó que el señor Ward no se ajustaba a la definición que Establece la Convención de 1951. Ya que su persecución no estaba basada en formar parte del INLA, y en todo caso el INLA por sí mismo no constituye un grupo social determinado; pues no se caracteriza por poseer una característica innata, ni es un hecho histórico inmodificable.

El objetivo específico del INLA es la obtención de objetivos políticos por cualquier medio, incluida la violencia, por lo tanto no se puede decir que ese objetivo sea fundamental para la dignidad humana de sus miembros para constituir un grupo social particular. En cualquier caso, el recurrente temor que tiene Ward no se basa en su pertenencia al grupo. Por el contrario, se sentía amenazado por lo que hizo como un individuo. Su pertenencia a la INLA lo puso en las circunstancias que llevaron a su miedo, pero el miedo a sí mismo se basa en su acción, no en su afiliación.²³⁴

La Corte Suprema fue clara en la perspectiva que una asociación de personas no debe estar caracterizada como un grupo social determinado, simplemente por la victimización común como objeto de persecución. La

²³⁴ UNHCR. "Refugee Protection in International Law". Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of 'membership of particular social group'. T. Alexander Aleinikoff. Pág. 269.

pregunta esencial es si la persecución que se teme es el único factor distintivo de la identificación de un grupo social determinado.²³⁵

Cabe destacar que esta misma Corte hizo énfasis en la importancia que posee la defensa de los derechos humanos y la anti-discriminación, cuando se analiza la cláusula de pertenencia a un grupo social determinado. Aportando además tres criterios que abarca esta cláusula. (Las características inmutables, la asociación voluntaria por razones de fundamentales para su dignidad humana, la asociación por un antiguo estatuto voluntario).

iii. Australia

Según la autora Penny Dimopoulos en su artículo "Membership of A Particular Social Group: An Appropriate Basis For Elegibility For Refugee Status?", indica que los Tribunales australianos han adoptado una interpretación amplia con respecto a la categoría de pertenencia a un grupo social determinado. Y se basa en lo dictado por Lockhart J en el caso *Morato v MILGEA*:

*"La interpretación de "grupo social particular" invoca una definición que no sea restrictiva, ya que es una expresión diseñada para dar cabida a una amplia variedad de grupos de diverso tipo en muchos países del mundo que, siendo el comportamiento humano como es, cambiante a través del tiempo. La expresión es una forma flexible destinada a aplicarse cuando la persecución se encuentra dirigida a un grupo o sector de la sociedad que no es necesariamente perseguida por motivos raciales, religiosos, nacionales o políticos."*²³⁶

Los tribunales de este país han declarado que lo que distingue a un grupo social determinado de los demás individuos y grupos es que, poseen un atributo común que los une, diferente a la persecución y que la sociedad

²³⁵ GOODWIN-GILL GUY S. (1996): 360.

²³⁶ DIMOPOULUS PENNY (2002). "Membership of A Particular Social Group : An Appropriate Basis For Elegibility For Refugee Status?".
<http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLRev/2002/18.html#fn27>(01/07/2009).

percibe que ese grupo está aparte de ella. Cabe destacar que esta nación se enfatiza en esa percepción social.

Dependiendo de los hechos del caso, se puede considerar a las mujeres, a una familia, grupos profesionales, objetores de conciencia, personas enfermas, homosexuales y las personas que poseen o carecen de la riqueza un grupo social particular.

Como ejemplo se puede citar, los niños que nacen fuera de las políticas de planificación familiar en China 'Black Children', los cuales Australia ha considerado un grupo social determinado, ya que son percibidos y tratados como un grupo distinto, debido a que su orden de nacimiento es inmutable.

Dicha conclusión se justifica en el caso Ward o en de Applicant A. (El cual trata de aquellos que tienen el temor fundado debido a las esterilizaciones forzadas por la oposición a la política china de un solo hijo).²³⁷

Una limitante que la Corte Suprema de Australia (High Court) impone, es que el factor unificante del grupo no debe ser el temor común de ser perseguido. Y que la regla es necesaria para evadir definiciones tautológicas²³⁸ de grupos.²³⁹

A diferencia del razonamiento de la Corte Suprema de Canadá en el caso Ward, la Corte de Australia no se basa en la analogía del principio de anti- discriminación, se basa en aspectos más sociológicos, analiza aspectos externos, si el grupo es percibido como distinto en la sociedad, identificando

²³⁷ UNHCR. "Refugee Protection in Internacional Law." Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of 'membership of particular social group'. T. Alexander Aleinikoff. Pág. 271

²³⁸ Se deriva de tautología: Repetición de un mismo pensamiento expresado de distintas maneras; repetición inútil y viciosa. Consultado en el Diccionario de la Lengua Española. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura. (27/09/09)

²³⁹ UNHCR. "Refugee Protection in Internacional Law." Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of 'membership of particular social group'. T. Alexander Aleinikoff. Pág. 271

algunas características que definen al grupo o características que los miembros de esos grupos no se les debe de pedir siquiera que cambien.²⁴⁰

iv. Reino Unido

El primer caso que se expondrá demuestra un análisis más general, indicando que se considera como grupo social determinado en el Reino Unido y el segundo tiene un matiz de género, pero establece qué se debe de tomar en cuenta para determinar cuando se está ante este tipo de grupo.

Un joven ghanés había sido miembro de una organización paramilitar de inteligencia bajo el mandato de un gobierno que fue derrocado por un golpe de estado en su país. El joven solicitó refugio en el Reino Unido, alegando su pertenencia a ese grupo y por otra parte indicó que existía una posibilidad razonable de ser perseguido si regresaba a Ghana.

El Tribunal de Asilo e Inmigración señaló:

“...la frase ‘grupo social determinado’ se había añadido a la Convención de 1951 y se había dejado vaga de forma deliberada para que pudiera servir como un ‘atrapa todo’ que pudiera ser interpretada por los países como necesaria para ajustar a cualquier caso particular. Así, en el pasado, en Canadá se había usado para incluir a familias que asistían a los pobres y en Alemania oeste para incluir homosexuales, miembros familiares de la Familia Real y a hombres de negocios. En Estados Unidos, en el caso Acosta se había sostenido la membresía a una cooperativa de taxis.”²⁴¹

Por lo consiguiente dicho Tribunal reconoció la condición de refugiado indicando lo siguiente:

²⁴⁰ UNHCR. Ob. Cit.: 271.

²⁴¹ Citado por BAGAMBIIRE, DAVIES B. N. en el artículo “Terrorism and Convention Refugee Status in Canadian Immigration Law: The Social Group Category according to Ward vs. Canada”. Pág. 191.

*“No pensamos que ayudaría un intento de definir aún más ‘grupo social determinado’- una frase que ha sido deliberadamente dejada vaga. Sin embargo, no tenemos ninguna duda de que existe una posibilidad real de que el solicitante sería perseguido si regresara a Ghana, y que su miedo está debidamente fundado. La persecución que enfrentaría sería ocasionada por la visión que tendría el nuevo gobierno de Ghana de sus actividades pasadas, teniendo en cuenta lo que considerarían de sus opiniones políticas y su pertenencia a una unidad militar...”*²⁴²

El criterio emitido por la Cámara de Lores (House of Lords) que se expondrá a continuación se basa en el caso *Islam and Shah*, el cual tiene relevancia en el ámbito de género y en el asunto de los agentes de persecución no estatales.²⁴³

Se trata de dos mujeres pakistaní que sufrían de abuso físico por parte de sus esposos y se vieron forzadas a huir. Ellas afirmaron que su país no se les podía o no se les quería prevenir de esos abusos si regresaban. Se les consideró como mujeres pakistaní acusadas de transgredir las costumbres sociales y además no eran protegidas ni por sus esposos, ni por sus parientes masculinos.

Algunos de los Lores en este caso se acercaron más a la definición de las características protegidas del caso de *Ward* en Canadá y otros se aproximaron más a la concepción de la percepción social. Pero la mayoría de la Cámara aceptó la definición más amplia de la clase de mujeres pakistaní.²⁴⁴

Dicha Cámara acepta las siguientes perspectivas:²⁴⁵

- Un grupo social determinado no debe ser definido solamente por la persecución.

²⁴² Tomado de BAGAMBIIRE. Ob. Cit.: 192.

²⁴³ UNHCR. “Refugee Protection in International Law”. Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of ‘membership of particular social group’. T. Alexander Aleinikoff. Pág. 271.

²⁴⁴ UNHCR. Ob. Cit.: 274.

²⁴⁵ UNHCR. Ob. Cit.: 271.

- Por el hecho que uno de los miembros del grupo pueda no estar en riesgo, no significa que no se esté ante un grupo social determinado.
- La mayoría de los Lores identifican el principio de anti-discriminación como subyacente de las cinco cláusulas mencionadas en la Convención.
- Ellos no están de acuerdo con el criterio de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos en el caso Trujillo (que se explicará en el apartado de ese país), donde indicó que un grupo social debe mostrar una cohesión para ser reconocido bajo la Convención.

El Tribunal de Asilo e Inmigración (Immigration Appeal Tribunal) en este mismo caso reportó, que la característica que unifica al grupo debe ser inmutable o más allá del poder del individuo para cambiarla, sin que esto cueste una renuncia a sus derechos fundamentales.²⁴⁶

Por otra parte, dicho Tribunal hace referencia a los tres puntos que se analizan en el caso Ward. (Las características inmutables, la asociación voluntaria por razones de fundamentales para su dignidad humana, la asociación por un antiguo estatuto voluntario). Agregaron además que los dos últimos puntos no deben ser entendidos para expandir el primero.

v. Nueva Zelanda

En este país generalmente se toman como referencia los casos Ward (Canadá) y Acosta (Estados Unidos) con respecto a las características protegidas y los principios de la Convención de la antidiscriminación.

El Órgano de Apelación de la Condición de Refugiado de este país (Refugee Status Appeals Authority (RSAA)) ha reconocido como grupo social

²⁴⁶ UNHCR. Ob. Cit.: 269.

determinado a aquellos que se conforman de acuerdo a su orientación sexual, género, la percepción social externo.²⁴⁷

vi. Estados Unidos

Por varios años en este país han existido dos líneas de análisis para la interpretación de grupo social determinado, y ello se debe a su estructura administrativa.

Ya que la Corte de Apelaciones de Inmigración (Board of Immigration Appeals – BIA-) ha mantenido el criterio de ‘características protegidas’ y el Noveno Circuito de Corte de Apelaciones ha seguido el de ‘asociación voluntaria’ y ‘cohesión’ de grupo.

Para una mayor comprensión de lo anterior, se debe indicar que en Estados Unidos, el Servicio de Inmigración y Naturalización (Immigration and Naturalization Service -INS -) es quien primero escucha los casos de refugio, los cuales pueden ser apelados ante la Corte de Apelaciones de Inmigración (Board of Immigration Appeals – BIA-). Los anteriores órganos son parte del Departamento de Justicia.

Las decisiones del BIA se pueden apelar ante la Corte de Apelaciones del circuito federal donde se originó el caso.

El Noveno Circuito de Corte de Apelaciones (que comprende California y estados del oeste de Estados Unidos) es el circuito que más casos de asilo escucha y por ello sus decisiones juegan un papel crucial en el desarrollo de la ley de asilados en este país.

La decisión de la BIA en el caso Acosta en 1985 ha tenido bastante influencia sobre otras jurisdicciones.

²⁴⁷ UNHCR. Ob . Cit.: 267.

Ello lo demuestra que, en Canadá la Corte Suprema siguió el criterio de Acosta para resolver el caso Ward.²⁴⁸

El caso Acosta trata de un chofer de taxi en el Salvador, que solicitó refugio en Estados Unidos basando su solicitud en la persecución que sufría por parte de las guerrillas anti- gobierno en ese país, por ser miembro de una cooperativa de taxis. Acosta y sus colegas resistieron ante una petición realizada por dicha guerrilla de unirse a una huelga laboral, donde tenía como consecuencia agresión, hasta muertes.²⁴⁹

Pero la petición de Acosta fue rechazada por la BIA, pero a pesar de ello sirvió como base para que esta corte estableciera como 'grupo social determinado' aquel grupo de personas que comparten una característica común inmutable, la cual debe de 'ser innata como el sexo, color, o lazos de parentesco o que compartan una experiencia pasada como antiguo liderazgo militar o ser propietario de una tierra. La característica común debe ser una que los miembros del grupo no puedan cambiar, o no debe ser requerida que la cambien por que es fundamental para sus identidades o conciencias individuales. Solo en estos casos es cuando el simple hecho de pertenencia a un grupo es comparable a los otros cuatro motivos de persecución de la definición de refugiado.²⁵⁰

Por lo tanto, como lo indica la Penny Dimopoulos²⁵¹, Estados Unidos excluye como un grupo social determinado aquellos definidos por una característica variable. Pero su disociación es posible, siempre y cuando no requiera la renuncia de los derechos humanos básicos.

²⁴⁸ UNHCR. Ob. Cit.: 275.

²⁴⁹ MC GHEE, DEREK. (2001) "Homosexuality, law, and resistance". http://books.google.co.cr/books?id=HSDormOWkcC&sitesec=reviews&source=gbs_navlinks_s. (05/07/07).

²⁵⁰ UNHCR. "Refugee Protection in Internacional Law." Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of 'membership of particular social group'. T. Alexander Aleinikoff. Pág. 276.

²⁵¹ DIMOPOULUS, PENNY (2002).

En el caso Acosta, la BIA procedió a identificar un elemento común en los otros cuatro motivos de la Convención y para luego aplicarlo al término de grupo social determinado. Este razonamiento se basa en el ejusdem generis.²⁵²

En resumen, la BIA identifica como grupo social determinado aquel grupo de personas que:

- 1- Posee una característica inmutable o bien que,
- 2- sea definido por su pasado temporal o estado voluntario, pues su historia o experiencia no está dentro de su actual poder de cambiar,
- 3- o bien definidos por la voluntad, de modo siempre que la finalidad de la asociación es tan fundamental para su dignidad humana que no debería ser obligado a abandonarlo.

Por lo consiguiente bajo los standards del caso Acosta se reconoce como grupo social determinado por ejemplo aquellos que están basados en género, pertenencia a algún clan o tribu, orientación sexual, familia, experiencias pasadas.²⁵³

Un ejemplo de lo anterior es el Caso Kasinga,²⁵⁴ el cual marcó un hito en la jurisprudencia de los Estados Unidos, ya que después de este se han aceptado otras solicitudes por motivos de género, sin embargo, este criterio no ha sido constante.

Este caso trata de una joven proveniente de Togo que huía de su país para no ser sometida la mutilación genital femenina. La Junta de Apelaciones de Inmigración determinó que la mutilación genital femenina fue impuesta a la

²⁵² UNHCR. "Refugee Protection in International Law". Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of 'membership of particular social group'. T. Alexander Aleinikoff. Pág. 276.

²⁵³ UNHCR. Ob. Cit.: 276.

²⁵⁴ Citado por HUNTER, CATHERINE. (2001) en "Khawar and Migration Legislation Amendment Bill (No 6) 2001: Why narrowing the definition of a refugee discriminates against gender-related claims." <http://austlii.law.uts.edu.au/au/journals/AJHR/2002/8.html> (02/07/09).

solicitante por ser miembro de un grupo social determinado en razón de las características fundamentales e inmutables de género, etnia, la oposición a la práctica y el hecho de que sus genitales estaban intactos.

La otra línea de análisis en los casos de pertenencia de un grupo social determinado es la emitida por el Noveno Circuito de Corte de Apelaciones (en el caso Sánchez Trujillo), la cual contrasta con la seguida por la BIA en el caso expuesto anteriormente.

El caso Sánchez Trujillo trata de un joven salvadoreño, que indicó sufrir temor de persecución por ser miembro de un "grupo social particular". El cual está compuesto de hombres jóvenes, de clase trabajadora, que nunca habían servido en las fuerzas armadas de El Salvador.

Adicional a su solicitud como miembro de un grupo social determinado, Sánchez alegó sufrir temor de persecución individual por opinión política actual e imputada. El joven declaró que, en cuatro ocasiones a él y a varios muchachos, los habían detenido brevemente por agentes de seguridad del gobierno que buscaban armas y documentos. Sánchez durante esos incidentes nunca fue arrestado ni abusado.

Por otra parte, indicó Sánchez que él era miembro de una organización de jóvenes católicos y que a raíz de las manifestaciones realizadas cerca de la iglesia, el sacerdote que dirigía la organización desapareció durante un mes y regresó con moretones en la cara. Sin embargo, se indica que el grupo de jóvenes católicos no participó en las manifestaciones, ni se molestó a sus miembros mientras el sacerdote fue detenido.

Parece ser que la detención del sacerdote pudo haber sido motivada por las manifestaciones en las inmediaciones de la iglesia, y no por todas las actividades del grupo juvenil. Sin embargo, Sánchez en su país de origen no participó en ninguna actividad política.

El término grupo social no abarca todo segmento definido de la población, aún si cierta división demográfica tiene una relevancia estadística. Pero implica una colección de personas afiliadas unas con las otras, que están accionadas por algún interés o impulso común. Como tema central se debe tomar la existencia de una voluntaria relación de asociación entre los miembros, los cuales comparten alguna característica común, y ésta es fundamental para su identidad como miembro de ese grupo.

La solicitud del caso Trujillo según esta Corte no encajaba dentro grupo social determinado, por que no se trataba de un grupo cohesionado y homogéneo.

Cuando se habla de cohesión, se refiere a que los individuos del grupo se conocen unos a los otros o se asociaron juntos voluntariamente.

Dicho análisis ha sido criticado y rechazado por las cortes en el Reino Unido y Australia.

El Noveno Circuito, en un caso más reciente (Hernández-Montiel contra INS), parece que reconoció la debilidad que tenía el parámetro utilizado en el caso Sánchez Trujillo. Y ello se debió al caso Hernández – Montiel el cual trata sobre ‘hombres homosexuales con identidades sexuales femeninas’.²⁵⁵

Esta Corte vio que coincidía más este caso con el parámetro de análisis realizado por la BIA en el proceso de Acosta, que con el de Trujillo (resuelto por ellos mismos), ya que era más difícil que encaje en los estándares de cohesión y asociación que se invocaron en dicho caso.

Por lo que decidió resolver la tensión existente combinando las dos líneas de análisis indicando lo siguiente:

²⁵⁵ UNHCR. “Refugee Protection in International Law”. Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of ‘membership of particular social group’. T. Alexander Aleinikoff. Pág 278.

*“Nosotros sostenemos que un ‘grupo social particular’ es uno unido por una asociación voluntaria, incluyendo a antigua asociación anterior, o una característica innata que es tan fundamental para las identidades o conciencias de sus miembros, que los miembros tampoco pueden o no deben requerir para cambiarlas”.*²⁵⁶

Y ellos no ofrecieron una justificación teórica²⁵⁷ para respaldar este cambio de opinión.

Después de la resolución anterior el INS en el año 2000 estableció lo siguiente:²⁵⁸

- Un grupo social determinado está compuesto por miembros que comparten una característica común, inmutable, (como el sexo, color, o lazos de parentesco), o experiencias pasadas, que sus miembros no pueden cambiar, o es tan fundamental la identidad o conciencia del miembro que él o ella no debe ser requerido de cambiarla.

- Existen otros factores adicionales de los requeridos para establecer si existe un grupo social determinado; que pueden servir para tomar en consideración la existencia de estos grupos, sin ser por ello indispensables, como los siguientes:

- 1- Los miembros del grupo están cercanamente afiliados unos con los otros;
- 2- son conducidos por un interés o motivo común;
- 3- existe una relación voluntaria de asociación entre los individuos;
- 4- el grupo es reconocido como una facción social o bien, como un segmento de la población en el país.
- 5- los miembros se ven a ellos mismos como miembros del grupo;

²⁵⁶ UNHCR. Ob. Cit.: 278.

²⁵⁷ UNHCR. Ob. Cit.: 278.

²⁵⁸ UNHCR. Ob. Cit.: 278.

6- la sociedad en donde existe el grupo distingue a sus miembros, les trata diferente que a los demás de la sociedad.

Los factores anteriores, contribuyen de cierta manera a resolver las ambigüedades que en ocasiones pueden rodear los casos de grupos sociales determinados. Pero se debe tener en cuenta que dichos factores pueden ser relevantes pero no determinantes en la existencia de dichos grupos.

Este país está tomando en cuenta un tercer análisis, uno más sociológico; el cual toma en consideración los factores externos a la hora de definir a un grupo social, como sería la percepción que tiene la sociedad de este grupo, o bien la percepción que tenga el mismo agente de persecución del mismo. Como se apreció en la jurisprudencia de Australia, este país utiliza este criterio.

Este tercer parámetro de análisis traza una ruta entre la asociación voluntaria y las características protegidas que han dominado los casos en Estados Unidos.²⁵⁹

vii. Francia.

La siguiente información y jurisprudencia fue tomada del libro *Refugee Protection in International Law*, específicamente del artículo "Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of 'membership of particular social group', de T. Alexander Aleinikoff."²⁶⁰

En el se indica que la jurisprudencia francesa no incluye análisis detallados de la cláusula de pertenencia a un grupo social determinado. Un número de decisiones realizadas por las autoridades acerca de este tipo de motivo resulta similar a las emitidas por otros países del Common Law.

²⁵⁹ UNHCR. Ob. Cit.: 280.

²⁶⁰ UNHCR. Ob. Cit. : 280-282.

Cabe destacar que Francia pertenece a la tradición del Civil Law.

A mediados de los años ochenta en este país se les reconoció la condición de refugiado a camboyanos que tenían temor de ser perseguidos por el partido Khmers Rougers con base a su pertenencia al '*bourgeois coomercante*' y sus orígenes sociales.

El Khmers Rougers es un Partido comunista en Camboya, que se caracteriza por métodos autoritarios de extrema brutalidad hasta el punto de que podría ser visto como una forma de auto- genocidio. Este partido causó la muerte de alrededor de 1 700 000 camboyanos entre 1975 y 1979, más del 20% de la población antes de 1975. Estas personas murieron de hambre, agotamiento o ejecutados.²⁶¹

Recientemente la *Commissión des recours des réfugiés* (CRR) afirmó que las mujeres, bajo ciertas circunstancias, pueden constituir un grupo social determinado.²⁶²

De este modo en 1991, sostuvo que las mujeres que rehusaban a someterse a la mutilación genital femenina podían interponer validamente la solicitud de refugio, aunque en un caso se le denegó la condición de refugiada a una solicitante que no mostró que ella personalmente era amenazada de este tipo de mutilación.²⁶³

En 1994, una mujer demostró que las autoridades de su país habían tolerado amenazas perpetradas por parte del islamismo militante, quienes trataron de compelerla a adoptar el estilo de vida tradicional de ese país y su solicitud de refugio fue aceptada.

²⁶¹ WIKIPEDIA. Khmers Rouges. http://fr.wikipedia.org/wiki/Khmers_rouges. (03/07/09)

²⁶² UNHCR. "Refugee Protection in International Law". Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of 'membership of particular social group'. T. Alexander Aleinikoff. Pág. 271

²⁶³ UNHCR. Ob. Cit.: 281.

En el año 2001 se reconoció el primer caso de refugio concerniente a la mutilación genital femenina aunque el motivo de grupo social determinado no fue específicamente mencionado.

En ese mismo año, una pareja de Malia no quería que a sus hijas se les mutilara los genitales. A los dos se les consideró miembros de un grupo social determinado bajo los términos de la Convención y además poseían un temor fundado de persecución, el cual era tolerado voluntariamente por las autoridades de su país de origen.

Un caso interesante es el de Ourbih, un transexual de Algeria, al cual no se le consideró como miembro de un grupo social determinado, pero después de reconsiderar el caso se concluyó que si podían constituir este tipo de grupo, ello porque poseen una característica común que los separa de la sociedad y los expone además a una persecución la cual es tolerada por las autoridades de ese país.²⁶⁴ A partir de ese caso los homosexuales también se les consideran como refugiados. En todos estos casos, la pertenencia a un grupo social determinado es rara vez especificado como el motivo para el reconocimiento, aunque es la única cláusula donde es posible para que se dé este.²⁶⁵

Según el autor Aleinikoff en la mayoría de los casos (con excepción de los de planificación familiar en China) el hecho que el solicitante debe demostrar es el riesgo específico de persecución, da a entender que es más importante el factor, que la definición de grupo social particular.

viii. Alemania

En este país la jurisprudencia es bastante escasa, una razón es que las solicitudes de refugio presentadas se refieren a motivos diversos del grupo social determinado. Y la otra razón es que, las cortes administrativas alemanas siguen el criterio emitido por el Tribunal Administrativo Federal (Federal

²⁶⁴ UNHCR. Ob. Cit.: 281.

²⁶⁵ UNHCR. Ob. Cit.: 282.

Administrative Court) el cual indica que la persecución política es requerida para el reconocimiento como refugiado bajo el artículo 16 de la Constitución Alemana.

Basándonos en lo anterior, se puede deducir que este país tiene una perspectiva más vinculada a este tipo de persecución.

Esto se refleja con lo dictaminado por el Tribunal Administrativo Federal, donde resolvió en un caso de un hombre homosexual iraní, que éste era elegible para asilo basándose en la probabilidad de persecución por motivos políticos.²⁶⁶

Como resultado de la necesidad de probar la persecución política, hay una tendencia a subsumir las solicitudes bajo otro motivo de la Convención; donde grupo social determinado no ha sido objeto de un análisis cerrado por parte de las cortes.²⁶⁷

En los pocos casos que se hace una mención directa al grupo social determinado se enuncia usualmente una oración o un párrafo al respecto, o bien no se deja claro si la observación acerca este concepto es parte importante y definitiva que guiaron la decisión.

Sin embargo se consideran grupos sociales determinados en esta nación, los homosexuales, las mujeres iraníes que no están dispuestas a observar el código de vestido, las mujeres solteras en Afganistán, los casos de mutilación genital femenina.

Los casos que se expondrán a continuación se tomaron del artículo "Protection against persecution because of 'membership of a particular social group' in German law" del autor Paul Tiedemann.²⁶⁸

²⁶⁶ UNHCR. Ob. Cit.: 283.

²⁶⁷ UNHCR. Ob. Cit.: 283.

²⁶⁸ TIEDEMANN PAUL (2000). "Protection against persecution because of 'membership of a particular social group' in German law" <<http://www.refugee.org.nz/PaulT.htm#3>>(03/07/09).

La Corte Administrativa de Hessen determinó que por el hecho que las relaciones sexuales entre homosexuales y otras prácticas de esa índole estén penadas de muerte en Irán, los homosexuales van a representar un grupo social de acuerdo a los términos de la Convención de 1951.

Con respecto a las mujeres solteras de Afganistán, la Corte Administrativa de Frankfurt en 1996 decidió que éstas forman un grupo social determinado debido a que se encuentran sin derechos y deben enfrentar maltratos y violaciones. Además declara que, las autoridades afganas asumen que las mujeres que se muestran solas en público hieren la moral en razón de su oposición política. Si esto es correcto, no se trataría de pertenencia a un grupo social determinado, sino más bien de oposición política y de mantener una opinión en contra del régimen de turno.

Los casos de mutilación genital femenina, son interesantes ya que se les reconoce la condición de refugiadas a las solicitantes, sea por motivos de persecución política o bien sin llegar a especificar la cláusula por la cual se le brindó dicha condición.²⁶⁹

Al menos en la Corte Administrativa de Frankfurt se ha determinado que las niñas y mujeres provenientes de Costa de Marfil amenazadas con mutilación genital femenina son políticamente perseguidas porque el Estado permite esta práctica, pero nada se dice sobre la pertenencia a un grupo social determinado.

En cambio, el Tribunal Administrativo de Trier difiere de lo anterior negando que la mutilación genital femenina en Nigeria constituye persecución política y por el contrario sostiene el criterio que se trata mas bien, de un grupo social determinado.

²⁶⁹ UNHCR. "Refugee Protection in International Law". Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of 'membership of particular social group'. T. Alexander Aleinikoff. Pág. 284.

Lo que sucede en Alemania es que según su legislación interna, no es necesario que la causal para el refugio se constituya dentro de los motivos que estipula la Convención, sino que el refugio siempre será otorgado de acuerdo con el artículo 16a GG del Derecho de Asilo Político Alemán.²⁷⁰

ix. Países Bajos

Estos países han considerado varios tipos de solicitudes de grupo social determinado, los cuales han sido adjudicados en otros Estados, incluyendo aquellos basados en género, homosexualidad, en las políticas chinas de planificación familiar. En este último aspecto los Países Bajos aceptan la posición del ACNUR, la cual considera que dichas políticas no son per se persecutorias, pero pueden ser implementadas en una manera persecutoria.²⁷¹

Estos países se han reconocido como refugiadas aquellas mujeres perseguidas las cuales les han atribuido las acciones que han realizado los miembros masculinos de su familia.

T. Alexander Aleinikoff en su artículo, "Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of 'membership of particular social group'" señala, que el autor Thomas Spijkerboer ha reportado que en estos países, los casos que envuelven abuso sexual o mujeres que argumentan pertenencia a un grupo social determinado son raros.²⁷²

En este mismo artículo se indica, que en los casos de género, se debe considerar primeramente la persecución por razones políticas (incluyendo las opiniones políticas imputadas) al respecto demuestra lo siguiente,

"El sexo no puede ser el único motivo para determinar pertenencia a un 'grupo social determinado'. Las mujeres en general son un grupo muy diverso

²⁷⁰ TIEDMANN PAUL. (2000). "Protection against persecution because of 'membership of a particular social group' in German law" <<http://www.refugee.org.nz/PaulT.htm#3>>(03/07/09).

²⁷¹ UNHCR. "Refugee Protection in International Law". Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of 'membership of particular social group'. T. Alexander Aleinikoff. Pág. 284.

²⁷² UNHCR. Ob. Cit.: 285.

*para constituir un grupo social determinado. Para establecer su pertenencia a un grupo social determinado, cada una debe ser puesta en una posición excepcional comparada con aquellas que estén en una situación similar. En adición, las personas deben ser analizadas individualmente.”*²⁷³

Los resultados en los casos de los países bajos son consistentes con resultados en casos de grupos sociales, por otro lado, el análisis teórico y doctrinal del motivo de la Convención permanece no desarrollado en la jurisprudencia del país.²⁷⁴

De las sentencias enunciadas con anterioridad se puede concluir, que se han identificado diversos análisis con respecto al grupo social determinado, como serían el de las características protegidas, las características comunes, el de percepción social, el principio de la anti-discriminación, la no renuncia a los derechos fundamentales, y la controvertida cohesión, entre otros.

Además, se puede apreciar que no necesariamente por que en un país un grupo de personas se le reconoce como un grupo social determinado, se le va a dar dicho reconocimiento en otro. De ahí, que la cláusula de grupo social determinado es la más difícil, controvertida y ambigua de la Convención.

Autores como Thomas Musgrave se refieren a ella como una “cierta categoría amorfa”.²⁷⁵

Y dicha ambigüedad en el término en cuestión da como resultado variaciones en su interpretación, como lo señaló McHugh J *solicitante* en *A & Anor MIEA v & Anor*:

“Tribunales y juristas han tenido opiniones muy diversas de lo que constituye “la pertenencia a un grupo social particular” para los propósitos de la

²⁷³ UNHCR. Ob. Cit.: 285.

²⁷⁴ UNHCR. Ob. Cit.: 285

²⁷⁵ Citado por DIMOPOULUS PENNY (2002). Membership of A Particular Social Group : An Appropriate Basis For Elegibility For Refugee Status?.
<http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLRev/2002/18.html#fn27>(01/07/2009)

Convención En consecuencia, las cortes y los tribunales han emitido muchas decisiones que no pueden conciliarse unas con las otras, teniendo en cuenta sus hechos materiales”²⁷⁶

Lo anterior se evidencia en la jurisprudencia expuesta líneas atrás. Pero a pesar de los diversos criterios existentes alrededor del mundo, las cortes de los países del Derecho Anglosajón tienen la tendencia de leer y analizar las sentencias emitidas por otros países del mismo derecho. Y a pesar que Estados Unidos se aparte de esta tendencia, al menos en relación con el término grupo social determinado ha tomado en cuenta lo dictado por otros países.

Por lo tanto, la interpretación del motivo de pertenencia a un grupo social determinado, requiere un cuidadoso equilibrio entre lo que señala la Convención y las preocupaciones de los Estados, como por ejemplo, proteger su soberanía nacional y dar mayor precisión al término.

Es importante destacar que de todas las interpretaciones que se hacen acerca de la pertenencia a un grupo social determinado se trata de llevar un hilo conductor y converger en varios principios regentes que provean la mejor interpretación. La principal preocupación que existe es la de encontrar ciertas limitaciones para evitar que el motivo de pertenencia a un grupo social determinado se abra a cualquier circunstancia.

Aleinikoff opina que se debe resistir el adoptar una interpretación muy amplia por estas razones: primero, la Convención no fue creada para proveer protección a todas las víctimas de persecución, sino sólo a aquellas que entran dentro del ámbito de los 5 motivos expuestos en la Convención. Esto evitaría incluir en el concepto de grupo social determinado todos los otros grupos de personas que huyen cruzando las fronteras o que sufren abusos a los derechos humanos que pudieran entrar en conflicto con la estructura de la Convención.

²⁷⁶ DIMOPOULUS, PENNY. Ob. Cit.

En segundo lugar, Aleinikoff establece que el grupo social no debe ser interpretado de forma tan liberal que deje a los otros motivos de la Convención superfluos. Además arguye que una definición tan amplia de grupo social determinado debilitaría el balance entre la protección y las obligaciones estatales implícitas en la Convención.

La autora Penny Dimopoulos en su artículo "Membership of a Particular Social Group: An appropriate Basis for Eligibility for Refugee Status?" ('Pertenencia a un Grupo Social Determinado: ¿Una base apropiada para la elegibilidad para el estatus de refugiado?'), expone los objetivos que según ella debería perseguir una interpretación adecuada del concepto de pertenencia a un grupo social determinado²⁷⁷:

1. Mantener objetivos humanitarios: la Convención posee objetivos humanitarios que son de gran importancia y el Derecho Internacional de los Refugiados es la única área del derecho internacional donde las necesidades individuales prevalecen sobre la soberanía de los Estados. Además la Convención se presenta como el único tratado humanitario que ofrece alguna garantía de que los derechos fundamentales de los refugiados como seres humanos serán salvaguardados.

Así, una interpretación del concepto pertenencia a un grupo social determinado debería tomar en cuenta los derechos que contempla la Convención y en general el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2. Imponer Límites: como ya se ha dicho, es importante perseguir objetivos humanitarios, pero también es necesario imponer límites que protejan la soberanía de los Estados y sus políticas domésticas. Por esto una correcta interpretación de grupo social determinado debería contener limitaciones que respeten a los Estados y que no permitan el abuso de la figura del refugio.

²⁷⁷ Ver DIMOPOULOS, PENNY. (2002). "Membership of a Particular Social Group: An appropriate Basis for Eligibility for Refugee Status?" <http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLRev/2002/18.html> (02/07/09).

3. Ser preciso, pero al mismo tiempo, ser flexible: es un hecho que las leyes no siempre son claras y promulgadas de manera simple, por eso es necesario que se especifiquen cuáles son exactamente las reglas y delimite hasta donde se puede llegar. En el caso de la pertenencia a un grupo social determinado no hay reglas claras establecidas, sería importante realizar una definición más exacta y que a la vez sirva para llenar las necesidades de futuros refugiados. Asimismo debe ser flexible para asegurar que sea efectiva y acorde con la evolución de la figura del refugio.

4. Proveer protección a aquellos que más la necesitan: Dimopoulos considera que la pertenencia a un grupo social determinado ha tenido el problema desde su creación de que no importa que tan amplia o reducidamente se interprete, fallará en proveer la protección a aquellos que más la necesiten. Expresa que al estar creada bajo la influencia de las preocupaciones de la Guerra Fría, este motivo impone limitaciones en la efectividad de la protección de las personas que más necesitan la condición de refugiado.

Nosotras consideramos que la autora es acertada en su análisis de la pertenencia a un grupo social determinado. Existe una necesidad de cambio y un esclarecimiento del concepto. Se debe tener en cuenta que los tiempos han cambiado y que la figura del Refugio se ha desarrollado; por otro lado las intenciones que tuvieron los redactores de la Convención al introducir el grupo social determinado son meras especulaciones y no existe un consenso entre los Estados y la doctrina acerca de cual fue el verdadero motivo de su inserción.

Adicionalmente, si se pudiera llegar a un consenso, es probable que los motivos por los cuales se introdujo en la Convención sean irrelevantes en nuestro tiempo.

Abogamos por lograr consistencia en el uso del término Grupo Social Determinado, cerrar la discrecionalidad y arbitrariedad de los jueces al

momento de utilizarlo. Para lograrlo, consideramos que un primer paso es la aplicación de los principios utilizados por los países del Common Law como por ejemplo: características protegidas, percepción social y el principio antidiscriminatorio.

Se debe recordar que los más afectados por esta imprecisión son las personas que están en una situación peligrosa optando por obtener la condición de refugiados.

D. Grupos Sociales Emergentes

Como resultado de todo lo expuesto anteriormente, y debido a la existencia de jurisprudencia acerca de este tema y a la falta de una interpretación exacta de grupo social determinado, nuevos grupos sociales han sido determinados por los diferentes tribunales alrededor del mundo. Guy Goodwin- Gill los llama '*Grupos Sociales Emergentes*'.²⁷⁸

Por ejemplo en el caso ***Sánchez-Trujillo vs. INS*** (citado en el apartado anterior), la Corte Estadounidense de Apelaciones definió el grupo social determinado como "*una colección de personas estrechamente afiliadas entre ellas quienes son accionadas por un impulso o interés común*"²⁷⁹.

Inclusive, la corte consideró que también se requería una relación asociativa que determinara una característica fundamental a la identidad, como por ejemplo, los miembros de una familia, todos cumplen con la afiliación, el interés común o la asociación.

En Canadá también han surgido posibles grupos sociales como los padres sujetos a esterilización en China y mujeres víctimas de Violencia Doméstica a las que su país no les ha dado la protección requerida. En el caso ***Cheung***, la Corte Federal de Apelaciones sostuvo que mujeres en China que

²⁷⁸ Ver GOODWIN- GILL, (1996): 358.

²⁷⁹ Ver GOODWIN- GILL, GUY S. Ob. Cit.: 358.

tienen más de un hijo y se enfrentan a una esterilización forzada satisfacen el criterio de ser incorporadas a la categoría de grupo social determinado.

Canadá también ha seguido la línea que, para interpretar la pertenencia a un grupo social determinado debe reflexionarse acerca de temas como los derechos humanos y la antidiscriminación. Inclusive, derivado de los casos **Ward, Cheung y Acosta**, han definido 3 categorías para a subsumir un grupo social determinado:

1. *Aquellos definidos por una característica innata o incambiable, por ejemplo, personas que temen ser perseguidas por razones de género, orientación sexual y su trasfondo lingüístico.*

2. *Aquellos miembros que se asocian voluntariamente por razones tan fundamentales para su dignidad humana que no deberían ser forzados a renunciar a la asociación, por ejemplo, activistas de los derechos humanos.*

3. *Aquellos asociados por una antiguo estatus voluntario, inalterable debido a su permanencia histórica.*²⁸⁰

Con estos criterios se limitan las alegaciones de pertenencia a un grupo social determinado y se le da cierta forma para evitar calificar todo lo que no entra en los otros motivos dentro del grupo social determinado.

Otro ejemplo de Grupo Social Emergente y quizás el que ha tomado mas fuerza ha sido el de las mujeres, quienes debido a su rol social asignado se ven envueltas en situaciones que deben ser tratadas de forma diferenciada en contraste a las situaciones de los hombres. Se pretende abordar este tema con mayor profundidad en la siguiente sección.

Para concluir, si bien es cierto, la creación de estos criterios no resuelve el problema de la mala interpretación de este motivo, constituyen un parámetro

²⁸⁰ Ver GOODWIN- GILL, GUY S. Ob. Cit.: 360.

para otras naciones y sienta las bases para eventualmente lograr un consenso de interpretaciones.

La autora Alice Edwards en su artículo “Age and gender dimensions in international refugee law” (*Las dimensiones edad y género en la ley internacional de refugiados*) indica que, cuando se analiza el término ‘político’ se debe observar el contexto en el cual el abuso de los Derechos Humanos o la persecución tuvo lugar. Como también que, la definición del término ‘opinión política’ debe ser individualizada teniendo en cuenta que la situación de los diversos países difiere unos de los otros.

Lo anterior es relevante, en aquellos países donde la autoridad se delega a nivel regional o de pueblo.

Este artículo nos hizo reflexionar y llegar a concluir que quienes otorgan la condición de refugiado presentan un favoritismo por utilizar la categoría de grupo social determinado como un “comodín”. Esto a razón que se llegan a incluir dentro de dicho motivo casos que de plano no calzan dentro de los motivos restantes; como también se incluyen actos que podrían perfectamente encasillarse dentro de estos. Por lo tanto, es necesario que se analicen más a fondo las solicitudes, para determinar si la clasificación que se le está realizando es la correcta.

Cabe destacar, que una óptima utilización de la categoría de grupo social determinado puede salvar vidas.

Y más allá de seguir en discusiones se debería trabajar por conseguir un criterio uniforme acerca del mismo, teniendo en cuenta las diferencias existentes entre los países.

Se debe tener claro que las solicitudes deben analizarse a partir del caso en concreto, tomando en cuenta la situación personal de la víctima, la realidad nacional existente, y en los casos pertinentes el género.

Sección II. Particularidades

A. Criterios en el Common Law

Como anteriormente lo hemos mencionado, son los países pertenecientes al sistema de derecho Common Law los que han avanzado mucho en lo que respecta a la interpretación del grupo social determinado. Predominan en sus análisis jurisprudenciales las características protegidas y la percepción social que explicaremos a fondo en este apartado.

Junto con estos dos pilares de la Jurisprudencia del Grupo Social Determinado, se encuentra el principio antidiscriminatorio, un criterio de menos popularidad, pero que también es tomado en cuenta en muchas ocasiones a la hora de hacer interpretaciones concernientes al grupo social determinado.

i. Características Protegidas

Esta aproximación consiste en, *“determinar si un grupo de personas está unido por una característica inmutable o por una característica tan fundamental para la dignidad de la persona humana que no debería obligársele a renunciar a ella”*²⁸¹.

Una característica inmutable puede ser innata, como por ejemplo, el sexo o la etnia; o bien, puede ser una característica inalterable por otras razones como, el haber tenido cierta ocupación en el pasado o haber pertenecido a alguna organización.

²⁸¹ ACNUR. “Guías para la Protección Internacional: Grupo Social Determinado”. <www.usdoj.gov/eoir/vll/.../UNHCR_Guidelines_Social_Group.pdf>. Consultado el 27 de julio 2009.

De esta forma, cuando un juez se enfrenta con la tarea de interpretar el grupo social determinado y escoge como vía la aproximación de la característica protegida, deberá tomar en cuenta las siguientes pautas:

1. *Determinar si efectivamente el grupo está definido por una característica innata que sea incambiable.*

2. *Determinar si es por una pasada experiencia o status voluntario que es incambiable por su permanencia histórica.*

3. *Determinar si de lo que se trata es de una característica o asociación tan fundamental para la dignidad humana que los miembros del grupo no deberían ser obligados a renunciar a ella²⁸².*

Esta aproximación ha sido muy exitosa e inclusive se le tiene como la razón primordial (aunque no la única) de que el grupo social determinado se haya desarrollado tanto en los últimos años y con un enfoque positivo a la protección de los derechos humanos.

Según T. Alexander Aleinikoff, en su ensayo "Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of 'membership of a particular social Group'" (*Características protegidas y percepciones sociales: un análisis del significado de pertenencia a un grupo social determinado*), el éxito de esta aproximación se debe, a que provee un principio limitante del grupo social determinado que se acopla desde una perspectiva de Derechos Humanos.

Esto significa que dicha aproximación identifica grupos que generalmente se pueden creer necesitados de protección. Como por ejemplo:

"Aquellos que sufrirían un daño significativo si se les pidiera renunciar a su grupo ya porque sería imposible renunciar a una característica inmutable o

²⁸² ACNUR. Ob. Cit.

*porque la base de esa afiliación es precisamente el ejercicio de un derecho humano.*²⁸³

Sin embargo, también han surgido algunas desventajas. Aleinikoff indica que la aproximación de las características protegidas entra en conflicto con la interpretación del significado, en sentido común, del término “grupo social”. Ya que, no existe nada en la Convención o en sus archivos preliminares, algo donde se sugiera que el motivo grupo social determinado deba ser entendido alrededor de una característica inmutable o fundamental.

Por otro lado y como hemos mencionado en capítulos anteriores, surge la preocupación entre los Estados que se haga una interpretación muy amplia de este motivo y que no se deje a los otros cuatro como figuras irrelevantes dentro de la Convención; lo que sucede es que solamente esta preocupación no es suficiente para las malas interpretaciones o el abuso del concepto.

Otra desventaja que surge es que la interpretación características protegidas parece negar la protección a ciertos miembros de grupos, que podrían perfectamente ser blanco de persecución basados en su asociación y que son ampliamente reconocidos en la sociedad, por ejemplo estudiantes, sindicalistas, profesionales, trabajadores en campos de refugiados o niños de la calle.

ii. Percepción Social

Como una interpretación alternativa surge la llamada “percepción social” que consiste en examinar si un grupo comparte o no una característica común que los hace reconocibles o que los diferencia de la sociedad en general. Esta característica no sólo debe ser compartida, también debe unir al grupo de tal forma que ellos mismos y la sociedad tengan una percepción social del grupo.

²⁸³ ACNUR. Ver T. Alexander Aleinikoff. Ob. Cit.: 294.

Esta interpretación de lo que constituye una percepción social dependerá del país y la sociedad en la que se ubique. Esto conlleva a que haya grupos sociales que son reconocidos en unos países pero no en otros.

Aleinikoff sugiere que ambas aproximaciones, la característica protegida y la percepción social, convergen usualmente; esto debido a que los grupos que generalmente tienen una característica inmutable también son percibidos como un grupo social en sus sociedades.

Esto sucede porque los miembros de grupos que están sujetos a persecuciones o trato discriminatorio, evitarán la característica compartida que define al grupo si les es posible; pero los grupos definidos por una característica inmutable no pueden hacerlo y los que son definidos por una característica fundamental a la dignidad humana escogen no hacerlo. Estos grupos generalmente, mantendrán su membresía a pesar del tratamiento desfavorable que sufran y serán percibidos como grupos sociales definidos por la característica por la cual el abuso es impuesto.

También debe tomarse en cuenta que puede haber grupos que comparten una característica particular y que no son percibidos por la sociedad como grupo; de igual manera puede haber grupos percibidos como tales por la sociedad pero que no comparten una característica común.

Para ACNUR la cuestión se resuelve cuando se determina si el grupo es o no reconocible, identificable como un grupo y visto de manera objetiva por la sociedad relevante. También ha enfatizado que, un grupo puede ser reconocible objetivamente teniendo en cuenta las condiciones consideradas por la corte y que puede ser separada por factores culturales, sociales, legales o religiosos.

En el Reino Unido la Cámara de los Lords ha indicado que, es un error sostener que un grupo social determinado no existe a menos que siempre haya sido percibido como tal por la sociedad en la que se encuentra, considerando que es suficiente que, al solicitante de refugio pueda vérselo objetivamente ,

que ha sido seleccionado por su persecutor o persecutores por razones de su pertenencia a un grupo social determinado cuyas características existen independientemente de las palabras o acciones del persecutor.

El mayor aporte de la percepción social es que va más allá y reconoce que existen factores externos que pueden ser importantes para una definición apropiada del grupo social determinado. Por ejemplo, puede entrar a analizar las situaciones en las que personas solicitan refugio porque creen en valores distintos, los cuales colisionan con los valores y normas de una sociedad determinada; como sucede con las mujeres que se oponen a la Mutilación Genital Femenina o se niegan a usar la vestimenta tradicional musulmana.

Surge el problema de cómo determinar la percepción social, el juez tendrá que lidiar con investigaciones de otras sociedades para captar esa determinada percepción y aún más difícil, ¿cuál criterio es el que cuenta?, ¿Debería el juez examinar las perspectivas de los persecutores, la mayoría de la sociedad o las de las élites gobernantes?.

Fatma E. Marouf opina que, *la percepción social implícitamente reconoce las formas en las que los juicios sociales definen quienes somos y como se desarrollan nuestras vidas; asimismo reconocen que la mayoría de categorías grupales son imaginadas y evidencian que la complejidad de la mente humana no puede ser capturada en un procedimiento legal limitado*²⁸⁴.

De esta forma viene a ser un poco más útil la característica protegida ya que es más factible que un juez haga un juicio razonable acerca de la inmutabilidad de una característica particular y que evalúe el testimonio del solicitante que no pretender que realice toda una investigación exhaustiva de una determinada sociedad para ver si se percibe o no al grupo en cuestión como un grupo social.

²⁸⁴ MAROUF, FATMA E. (2008): 15.

La característica protegida por lo tanto actúa como un filtro conceptual; el cual asegura que los grupos reconocidos estén unidos realmente, por una característica verdaderamente importante.

iii. El principio antidiscriminatorio.

Existe una tercera perspectiva sobre este tema: el principio de la no discriminación.

Los partidarios de esta corriente consideran, que el principio antidiscriminatorio que aparece en el párrafo inicial de la Convención²⁸⁵ puede ser utilizado como guía interpretativa.

*Esta aproximación sule de bases comunes a los motivos estipulados en la Convención, o sea cubre a personas que han sido perseguidas por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado u opinión política, como personas a quienes se les han violado sus derechos humanos por razones discriminatorias.*²⁸⁶

Así, mediante esta interpretación tomaría más relevancia la violación de un derecho humano como causal de refugio, que la cuestión de si se enclava o no en uno de los cinco motivos.

Según Aleinikoff, quien introduce esta teoría en el artículo ya mencionado, la invocación del principio antidiscriminatorio tiene ciertas ventajas por ejemplo: *al definir un principio limitante, este resiste la aproximación de “red de seguridad” del grupo social; al reafirmar la falta de protección estatal y marginalización, se explica porqué personas huyendo de desastres naturales y guerras civiles podrían no ser refugiados por la Convención; y por último facilita*

²⁸⁵ “Considerando que la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración de los Derechos Humanos aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General han afirmado el principio de que los seres humanos disfrutarán de los derechos y libertades fundamentales sin discriminación...” Convención sobre el Estatuto de los Refugiados 1951.

²⁸⁶ ACNUR. Ver T. Alexander Aleinikoff. Ob.Cit.: 291.

*el reconocimiento de mujeres como un grupo social, dado que las mujeres son usualmente serias víctimas de discriminación social*²⁸⁷.

Este principio es invocado principalmente para afianzar el punto que, la Convención no provee protección a todas las personas que son víctimas de persecución.

James C. Hathaway cree que *“el derecho de los refugiados debe preocuparse de acciones que nieguen la dignidad humana de cualquier manera”*²⁸⁸.

La autora Fatma E. Marouf considera que, *“existe una tendencia general entre expertos en el tema de los refugiados a interpretar o a creer que la Convención de 1951 debe ser interpretada desde el punto de vista de los Derechos Humanos y de la manera más uniforme posible”*²⁸⁹.

En casos como el de Islam vs. Secretaría de Estado en el Reino Unido, se ha demostrado la aplicación de esta tendencia al considerar la cámara de los Lords que *“el concepto de discriminación en asuntos que afectan los derechos y libertades fundamentales es determinante para poder entender la Convención”,* y que *“la Convención no se ocupa de todos los casos de persecución, incluso si estos involucran la negación de derechos, sino con la persecución basada en discriminación.”*²⁹⁰

De lo anterior se puede concluir, que alrededor de estas perspectivas surgen dilemas y diferentes opiniones pero, es claro que se presentan como un avance notable para darle una respuesta al problema de la interpretación del grupo social determinado.

²⁸⁷ ACNUR Ver T. Alexander Aleinikoff. Ob. Cit.: 291.

²⁸⁸ Ver HATHAWAY, JAMES C. (1991): 108.

²⁸⁹ Ver MAROUF, FATMA E. Ob. Cit.: 5.

²⁹⁰ Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah (A.P.) (Conjoined Appeals). HOUSE OF LORDS.

<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990325/islam01.htm>
Consultado el 5 de agosto del 2009.

Para el doctor Goodwin-Gill *sólo la unión de factores internos, como la característica protegida, no puede definir la existencia de un grupo social determinado, es necesaria la evaluación de otros factores externos como las percepciones, leyes, políticas y prácticas de la sociedad en la que se quiere determinar el grupo. Por eso propone que se evalúen algunas variantes a la hora llegar a una a decisión, como por ejemplo, la asociación voluntaria y o los nexos involuntarios (como la familia) y la percepción de los otros*²⁹¹.

El autor reconoce que con esta interpretación podría incluirse grupos de individuos que aparentemente no están conectados, como por ejemplo, madres, mujeres que sufren de violencia doméstica, capitalistas, homosexuales, entre otros.

Aleinikoff de manera similar cree que, se debería integrar la perspectiva de la característica protegida y la aproximación de la percepción social; de tal manera que la primera sea el centro del análisis de la percepción social. Así grupos que califican dentro de la aproximación de la característica protegida, están virtualmente asegurados de recibir reconocimiento bajo la prueba de percepción social. Esto es porque las características inmutables generalmente producen percepciones sociales, particularmente cuando estas han sido tomadas como la causa de la persecución²⁹².

ACNUR en sus Guías para la Protección Internacional: Grupo Social Determinado, considera que las “características protegidas” y la “percepción social” son maneras alternativas de establecer un grupo social determinado.

En dicho documento insta a los Estados firmantes de la Convención a que determinen primero, si existe una característica protegida y sólo si esta no existe, entonces se debe determinar si el grupo es o no reconocido por la sociedad.

²⁹¹ GOODWIN-GILL, GUY S. (1996): 362.

²⁹² Ver ACNUR. Ver T. Alexander Aleinikoff. Ob. Cit.: 300.

Se debe tener en cuenta que, las características protegidas y la percepción social no son requisitos que debe poseer la persona para establecer que pertenece a un grupo social determinado, si no, como lo establece el ACNUR en sus guías de protección, formas alternativas de evaluar e interpretar hechos relevantes para determinar la existencia o no de un grupo social determinado.

B. El rol de persecución

El término persecución no está definido explícitamente en ningún tratado. Pero, se le ha interpretado en la práctica como aquella violación grave de uno o más derechos humanos básicos (como por ejemplo, la libertad o la vida) en donde es necesaria la protección de otro Estado.

Se ha indicado además que la persecución tiene un significado elástico, el cual va a variar de acuerdo al contexto de los hechos de cada caso; por lo consiguiente varios autores se han preocupado por definir este término.

El autor Goodwin- Gill propone una definición global de persecución en la cual incluye:

“Medidas tomadas en base a uno o mas de los motivos indicados, los cuales amenazan la libertad o la vida, comprenden tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, la sujeción a esclavitud y servidumbre, el no reconocimiento como persona (particularmente donde las consecuencias de ese no reconocimiento, afecta directamente la vida, la libertad, sustento, seguridad e integridad del individuo); la opresión, la discriminación o el acoso a una persona en su casa o familia.”²⁹³

El autor Rodger Haines Q. C. en el libro “Refugee Protection in International Law”, (Protección a los refugiados en el Derecho Internacional)

²⁹³ INTERNACIONAL JOURNAL OF REFUGEE LAW. Ob. Cit.: 45.

aporta una fórmula donde establece que la persecución está compuesta por dos elementos que son: el riesgo a sufrir un daño grave y el fracaso por parte del Estado en la protección a la víctima.

Con relación a esta fórmula propuesta por el señor Haines, el autor Grahl- Madsen establece que, *“persecución comprende actos o circunstancias de las cuales el gobierno (o en los casos apropiados, la mayoría del Parlamento) es responsable, esto es....que los actos son cometidos por el gobierno o por órganos a su disposición, o bien tolera comportamientos, dejando así desprotegida a la víctima.”*²⁹⁴

A ello Guy S. Goodwin Gill aporta que, *“el temor de persecución y la carencia de protección son elementos que están íntimamente relacionados”*²⁹⁵.

Indica además que, *“las restricciones relacionadas a la persecución establecidas en la Convención de 1951 evaluarán factores complejos, incluyendo: la naturaleza de la libertad amenazada, la naturaleza y la severidad de la restricción, y la probabilidad de restricción en el caso en específico”*²⁹⁶.

Para considerar el concepto de persecución, es útil examinar el término de tortura que se encuentra en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, el cual se encuentra en el artículo primero y reza lo siguiente:

“A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por

²⁹⁴ GOODWIN-GILL. (1996) : 72

²⁹⁵ GOODWIN-GILL. Ob. Cit.: 67.

²⁹⁶ GOODWIN-GILL. Ob. Cit.: 68.

*un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.*²⁹⁷

Dentro de los parámetros de dicha Convención, las amenazas de tortura u otras formas de persecución son suficientes para que un individuo posea un temor fundado de persecución; por lo consiguiente no es necesario que la persona haya sido torturada para que posea este tipo de temor.

En el caso de la tortura (a la diferencia de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados) no necesariamente debe estar relacionada con motivos específicos, tales como los estipulados en la Convención de 1951.

Existe otro factor que se debe considerar y es la discriminación. La cual en ciertas circunstancias puede llegar a constituir persecución, pero por si sola no es suficiente para conceder la condición de refugio.

Para que esto último se dé, la discriminación debe traer como consecuencia perjuicios sustanciales para la naturaleza de la persona. Cabe destacar que, varios actos de discriminación se pueden acumular, produciendo así un efecto acumulativo; los cuales pueden denegar la dignidad humana.

Lo cual debería ser reconocido como persecución por los propósitos que persigue la Convención de 1951.

Las Cortes Estadounidenses han caracterizado la persecución como un perjuicio o un sufrimiento impuesto a una persona en orden a un castigo por poseer una creencia o una característica que el agente perseguidor no tolera y busca vencer. Por otra parte, dichas Cortes sostienen el criterio que persecución incluye: pérdida de libertad, serio perjuicio físico, violaciones serias a los Derechos Humanos básicos establecidos en los Instrumentos de Derechos Humanos, tratamientos discriminatorios, combinación de varios

²⁹⁷ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm> (30/07/009)

perjuicios que tal vez si se toma en cuenta uno en forma aislado no constituye persecución, pero si se considera el contexto general del país del solicitante, produce un efecto acumulativo que crea un temor fundado de persecución.²⁹⁸

i. Basado en Grupo Social Determinado

En los países del Civil Law, el rol de la persecución toma un mayor protagonismo a la hora de establecer la existencia de un grupo social determinado, en comparación de los países del Common Law.

Como ejemplo podemos citar las Cortes de Australia, las cuales han establecido que un grupo social determinado debe existir independientemente de la persecución impuesta a los miembros de dicho grupo.

*“La característica o elemento que une al grupo no debe de ser el temor a ser perseguidos”.*²⁹⁹

Pero como indica el autor T. Alexander Aleinikoff, en su artículo ‘Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of ‘membership of a particular social group’ (‘Características protegidas y percepciones sociales: un análisis del significado de pertenencia a un grupo social determinado’)

*“Decir que, el grupo social determinado debe de existir independientemente de la persecución no significa que ésta no ayude a definir dicho grupo, ya que les da a las personas sujetas a maltrato un sentido de pertenencia y además crea la percepción social que es un grupo que se mantiene aparte del resto.”*³⁰⁰

Lo anterior lo ilustra Aleinikoff con lo declarado por el Juez Mc Hugh:

²⁹⁸ INTERNACIONAL JOURNAL OF REFUGEE LAW. “Guidelines for Women’s Asylum Claims”. Nancy Kelly. Pág. 521

²⁹⁹ UNHCR. “Refugee Protection in International Law”. Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of ‘membership of particular social group’. T. Alexander Aleinikoff. Pág. 286.

³⁰⁰ UNHCR. Ob. Cit.: 288.

*“La conducta persecutoria no define el grupo social, las acciones de los perseguidores pueden servir para identificar o incluso para crear un grupo social determinado en la sociedad. Los zurdos no conforman un grupo social determinado. Pero si ellos fueran perseguidos por que lo son, no cabe duda que en su sociedad se les reconocería como un grupo social determinado. Por lo tanto su persecución por ser zurdos crearía la percepción social que son un grupo social determinado. Pero sería el atributo de ser zurdos y no los actos persecutorios lo que los identificaría como uno un grupo.”*³⁰¹

Se debe tener claro que el elemento temor fundado se debe analizar en cada caso concreto. Por otra parte, a un solicitante no se le va a conceder la condición de refugiado por el simple hecho de pertenecer a un grupo social determinado.

*La definición de grupo social determinado debe describir un grupo que se mantiene aparte de la sociedad, donde la característica compartida entre dicho grupo se ve reflejada en la razón por la cual se sustenta la persecución. Esto es diferente a decir que un grupo social determinado solo debe incluir personas que es probable que persigan.*³⁰²

Como se ha indicado con anterioridad, al no existir una cláusula de inclusión basada en el género en la Convención de 1951, los casos relacionados a este tipo de persecución han sido comprendidos dentro de las categoría de opinión política o principalmente en la de pertenencia a un grupo social determinado, el cual por ciertos autores ha sido definido como un “atrapa todo” y el más ambiguo de los motivos para conceder refugio.

Se ha indicado además, que aquellas *“mujeres que no participan activamente en el ámbito político y han experimentado persecución mediante*

³⁰¹ UNHCR. Ob. Cit.: 288.

³⁰² UNHCR. “Refugee Protection in International Law”. Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of ‘membership of particular social group’. T. Alexander Aleinikoff. Pág. 289.

*violación, es más probable que su solicitud como refugiada prospere si se entabla con base a la pertenencia a un grupo social determinado”.*³⁰³

Existen criterios liberales como lo es el de la Junta de Inmigración y Refugiados de Canadá (Immigration Appeal Board) que establecen que la categoría grupo social determinado, debe de interpretarse de forma amplia, para así proteger grupos o individuos donde la persecución que sufren no necesariamente se desprende de asuntos políticos, religiosos o raciales.

Por otra parte indica, que existen motivos fuertes para categorizar a las mujeres como un grupo social determinado, ya que comparten ciertas características inmutables y con frecuencia se les trata en forma diferenciada en comparación a los hombres. Y en buena medida a diferencia de muchos grupos sociales, las mujeres son un grupo que fácilmente se identifica.

*Como lo ha reconocido la Corte Suprema de Canadá, por la complejidad de las mujeres, su fuerza, socialización, carencia de entrenamiento en defensa personal, son generalmente diferentes a los hombres, de manera que las pone en desventaja ante ellos. Solamente las mujeres pueden quedar embarazadas, y generalmente son quienes cuidan a los niños. La posición de las mujeres en la economía a comparación al hombre es inferior, se les paga menos por su trabajo, ocupan puestos más bajos, están sujetas a acoso sexual. Esta combinación de características sociales atribuidas y biológicas, constituyen a las mujeres en un grupo social determinado de acuerdo a la definición establecida en la Convención de 1951.*³⁰⁴

Quienes no son simpatizantes del criterio de establecer a las mujeres como un grupo social determinado, temen que esta cláusula de inclusión sea interpretado en una forma amplia.

³⁰³ CASTEL, JAQUELINE.(1992): 51

³⁰⁴ INTERNACIONAL JOURNAL OF REFUGEE LAW. Ob. Cit.: 52.

Una mujer puede enfrentar persecución debido a la pertenencia a un grupo social determinado y en algunos casos, el grupo social determinado va a estar definido por el género de las solicitantes.

En el caso particular de una mujer que ha sido perseguida en el pasado o tiene un temor fundado de ser perseguida por pertenecer a un grupo social determinado, el juez debe de considerar lo siguiente:

a- La susceptibilidad de la solicitante a ser perseguida, debe ser por razón de su género o porque pertenece a un sub-grupo de mujeres que son blanco de daños o por que el Estado les deniega protección por pertenecer a dicha agrupación.

b- Debido a que el asilo es un remedio individual, una solicitante que base su solicitud en el temor de ser perseguida en forma futura, debe de establecer tanto su pertenencia a un grupo social determinado, como también que su temor a ser perseguida por pertenecer a ese grupo es bien fundado.

*c- La solicitante que pretenda establecer en su solicitud que posee un temor de ser perseguida en el futuro, debe demostrar que existe un patrón o práctica de persecución hacia las mujeres que se encuentran en situaciones similares, dentro de ese grupo social determinado al que pertenece.*³⁰⁵

ii. Basado en Género

En capítulos anteriores hemos mencionado el tema del Género y como se indicó, éste comprende tanto hombres como mujeres.

Para no inducir en error al lector, se debe indicar que en el presente apartado de este trabajo de investigación, nos hemos enfocado en las mujeres. Por ser éste el grupo donde se presentan con más frecuencia, los casos de refugio por violencia de género.

³⁰⁵ INTERNACIONAL JOURNAL OF REFUGEE LAW. "Guidelines for Women's Asylum Claims". Nancy Kelly. Pág. 526.

La década de los ochenta se distinguió por la profundización de la crisis de los refugiados en los tres continentes: en África (con la guerra en el Cuerno); en Afganistán (a raíz de la ocupación Soviética); y en Centroamérica (con los conflictos en Nicaragua, el Salvador, Guatemala)³⁰⁶.

Fue hasta esa década, cuando el ACNUR prestó particular atención a la mujer refugiada, por medio de las conclusiones del Comité Ejecutivo de 1985, de ese año en adelante se han dictado una serie de éstas; en las cuales se tratan temas como la persecución basada en género, la violencia sexual contra las mujeres refugiadas, la importancia de la protección internacional y la atención especial a las mismas.

Con anterioridad los estados no consideraban que el género por sí solo constituía un grupo social determinado, por lo consiguiente las solicitantes tenían que demostrar que el género, en combinación con otras características constituían un grupo de este tipo. Es más, las violaciones en medio de conflictos se veían como un acto criminal privado y no se reconocían como persecución o actos políticos. Eran tantos los quebrantos a los Derechos Humanos que enfrentaban principalmente las mujeres, que hizo que la mayoría las solicitudes estuvieran basadas en persecución por género, entre ellas, mutilación genital femenina, violación, violencia sexual, violencia física, esterilización forzada, códigos morales opresores, matrimonios forzados, prostitución, discriminación institucionalizada de género y prostitución.³⁰⁷

Otro avance de relevancia en el ámbito de género se manifestó en 1991, con la publicación de las Guías para la protección de la mujer refugiada redactadas por el ACNUR. Las cuales se crearon con el objetivo de brindar ayuda al personal del ACNUR en identificar aspectos especiales de protección con respecto al proceso de determinación de la condición de refugiada, como también a identificar los problemas y riesgos que enfrentan las mujeres.

³⁰⁶ ACNUR. "Derechos Humanos y Refugiados en las Américas: Lecturas Seleccionadas. La Protección a la mujer refugiada, el enfoque de género y el ACNUR a 50 años de su creación". Andrés Ramirez Silva. Pág. 136.

³⁰⁷ COPELAND, EMILY. (2003):103.

Por su parte Canadá, en 1993 redactó *'Guidelines on Women Refugee Claimants Fearing Gender- Related Persecution'* (Directrices sobre la Persecución por Motivos de Género) donde por primera vez un país instruía a sus adjudicadores que, las mujeres que tenían temor a ser perseguidas con base en su género se les reconocía como refugiadas.

De hecho esta guía influenció a que otros países redactaran las suyas, como por ejemplo: Estados Unidos, El Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda, Sur África. En ellas no se incluye al género como una categoría específica para conceder refugio, pero apuntan que ésta puede determinar el tipo de persecución que se sufre.

El ACNUR ha manifestado a los Estados la importancia de considerar el género como un elemento fundamental a la hora de estudiar la solicitud de refugio de las mujeres o bien, para determinar el tipo de asistencia que necesitan las ya refugiadas, ello se debe a que las mujeres constituyen una parte significativa de la población refugiada.

Esta organización ya no considera a las mujeres como “grupos vulnerables” sino que reconoce las diferencias de protección hacia los hombres y a las mujeres desde una perspectiva de igualdad de género.³⁰⁸

En varias legislaciones se le ha incluido expresamente al género como motivo para acceder a la protección internacional o se está en proceso de incluirlo, como lo es Panamá y Venezuela. Otras naciones como Guatemala y Ecuador, consideran que la persecución con base en el género es una categoría distinta y válida para acceder a la protección internacional.

³⁰⁸ ACNUR. “Derechos Humanos y Refugiados en las Américas: Lecturas Seleccionadas La Protección a la mujer refugiada, el enfoque de género y el ACNUR a 50 años de su creación”. Andrés Ramírez Silva. Pág. 147.

El ACNUR, por su parte considera que si se interpreta de la mejor manera la Convención de 1951, no es necesario incluir como cláusula exclusiva al género en la misma.

En relación con los instrumentos internacionales que protegen a las mujeres refugiadas se pueden citar: la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, la Declaración de los Derechos Humanos; las Convenciones de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos adicionales de 1967; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia y de conflicto armado, la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio y el registro de los mismos, la Convención sobre los derechos del niño.

Ya centrándonos específicamente en la persecución ligada al género, se puede hacer la siguiente distinción:

- **Persecución específica de género:** hace referencia a las formas de daños son destinadas específicamente para las mujeres.

Entre ellos se encuentran *la violación, el abuso sexual, la mutilación genital femenina, el infanticidio, matrimonios forzados, la quema de las novias (como en India, Bangladesh, Pakistán entre otros países), esterilización forzosa, violencia doméstica, aborto forzado.*³⁰⁹

Pero aunque se citen dichos ejemplos, muchos de estos daños los hombres perfectamente pueden sufrirlo. Como lo es la violación, el abuso sexual, la violencia doméstica, la esterilización forzosa (como es el caso de las políticas de planificación familiar en China). Pero se ha indicado que en la mayoría de los casos citados son las mujeres las que más sufren de ellos.

³⁰⁹ KELLY NANCY. (1994): 518.

- **Persecución relacionada al género:** se refiere a las mujeres que han *sido perseguidas por que son mujeres, por su identidad y su condición como mujeres.*³¹⁰

Ello se presenta en los casos en que son perseguidas por haber transgredido normas sociales que se les ha impuesto en su país, o por que manifiestan su desacuerdo con aquellas que les restringe sus derechos y actividades como mujeres.

Las razones de persecución y las formas que toma, pueden traslaparse.

Con lo que respecta a la definición de persecución con base al género, el autor Rodger Haines Q C en su artículo 'Gender-related persecution' la ha definido e ilustrado con la siguiente fórmula:

Persecución: Riesgo a sufrir un daño grave + Fracaso en la protección del individuo por parte del Estado.

a- Riesgo a sufrir daño grave: cuando el autor habla de daño grave, concuerda con la opinión del ACNUR en que las mujeres experimentan la persecución en forma diferente en comparación al hombre, ya que *“pueden ser perseguidas mediante violencia sexual, violencia relacionada a su género, o específicamente con base en él”*³¹¹.

Indica además, que el término violencia debe ser interpretado en forma amplia y debe ser definido como cualquier acto de violencia relacionada al género que resulta o puede tener como resultado daños, físicos, sexuales o

³¹⁰ UNHCR: Ob. Cit. Pág. 326.

³¹¹ UNHCR. Ob.Cit.: 330.

psicológicos; incluyendo actos de coerción, privación de libertad en forma arbitraria, ya sea que ocurran en la esfera pública o privada.

La violencia contra la mujer está definida por *la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* en su artículo primero de la siguiente manera:

*“ ‘violencia contra la mujer’ se entiende como todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.*³¹²

Para agregar a lo anterior, Rodger Haines Q C establece (basándose en lo plasmado en la Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra las mujeres) que este tipo de violencia puede comprender pero no estar limitada a:

1. La violencia física, sexual, psicológica que tiene lugar en la familia, incluyendo: palizas, abuso sexual a las menores de edad dentro de la esfera familiar, violencia relacionada a la dote, violación marital, mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales prejuiciosas para las mujeres, violencia que no es perpetrada por el esposo o compañero sentimental violencia relacionada a la explotación;

2. La violencia física, sexual, psicológica que tiene lugar en la comunidad en general incluyendo: violación, abuso sexual, acoso sexual, intimidación en el lugar de trabajo, en instituciones educativas, u otros lugares, tráfico de mujeres, prostitución forzada; y

³¹² ONU (1994, Febrero 02) Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.RES.48.104.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RES.48.104.Sp?Opendocument) (04/08/09).

3. *La violencia física, sexual, psicológica perpetrada o condonada por el Estado, en cualquier esfera en la que tenga lugar.*³¹³

b- Fracaso en la protección del individuo por parte del Estado: *la persecución puede ser definida como una violación sistemática o sustancial de derechos humanos. Y la definición de refugiado no requiere que el Estado sea el agente de persecución, ya que la persecución cometida en manos de actores privados calza en dicha definición.*³¹⁴

Por otra parte, la inhabilidad del Estado para proteger a los individuos constituye el fracaso de la protección local y existen cuatro situaciones en las cuales se puede decir que existe dicho fracaso:

- *Cuando la persecución es cometida por el Estado en cuestión.*
- *Cuando es condonada por el mismo.*
- *Cuando dicho Estado la tolera.*
- *O bien, cuando la persecución ni es condonada, ni tolerada por el Estado en cuestión, pero no se presentan los casos ante el mismo por que se rehúsa o no es capaz de ofrecer una protección adecuada*³¹⁵.

No todas las solicitudes de refugio realizadas por mujeres están específicamente relacionadas con género, por que muchas de ellas se presentan por razones similares a la de los hombres.

Incluso en los casos donde el género no es lo medular en la persecución o no es el temor principal de la misma, pueden existir aspectos relacionados al género. Es importante, afirmar que la mujer es susceptible a ser perseguida, y se debe tomar en consideración el estatus y las experiencias de las mujeres en el país del cual ha huido. Esto debe de incluir una evaluación de la posición en la que se encuentra la mujer ante la ley, los derechos económicos, sociales, políticos y civiles que poseen, la incidencia en los casos reportados de

³¹³ UNHCR. "Refugee Protection in International Law". Gender- related persecution. Rodger Haines Q C. Pág. 330.

³¹⁴ UNHCR. Ob. Cit.: 332.

³¹⁵ UNHCR. Ob. Cit.: 332.

*violencia contra mujeres, las formas de violencia hacia ellas, la protección disponible en su país y las consecuencias que puede tener la solicitante si retorna a su país de origen, en las circunstancias descritas en su solicitud*³¹⁶ .

Para evaluar las solicitudes de género el adjudicador debe de tomar en consideración lo siguiente:

1- Las mujeres a menudo enfrentan daños físicos o abusos que son específicos de su género, y que el término persecución no ha sido interpretado ampliamente para que incluya esas experiencias específicas.

2- El hecho que la violencia contra mujeres (incluyendo la violencia doméstica) es un asunto general no le resta mérito a las solicitudes realizadas por mujeres en forma individual.³¹⁷

Se debe tomar en cuenta un asunto relevante y es si la solicitante tiene temores razonables a ser sometida a violencia y no cuenta con recursos en su país de protección; ya sea por que es incapaz de protegerla, o por que no quiere, o bien porque interfiere en los esfuerzos de otros grupos para proveer protección.

3- Si se entra a evaluar si una norma particular basada en género es persecutoria, el adjudicador debe tomar en consideración dos aspectos:

a- La norma debió ser redactada explícitamente para imponer restricciones solo a las mujeres, o es neutral con respecto al género pero en su aplicación su blanco son las mujeres.

b- El daño que se teme como resultado de la imposición de una ley debe de ser de una naturaleza seria.

³¹⁶ KELLY NANCY. (1994): 520.

³¹⁷ KELLY NANCY. (1994). Ob. Cit.: 523.

4- La solicitante de refugio no tiene que establecer que la persecución que teme existe a escala nacional.

Sobre la experiencia en América Latina se debe tomar en cuenta con relación a la persecución con base en género, la violencia sexual como método de persecución, la discriminación como equivalente a persecución, la protección hacia la misma en un sentido amplio y la perspectiva de igualdad de género.

- **Violencia Sexual como método de persecución.**

Para ilustrar este método, se puede traer a colación el conflicto armado colombiano, donde los actores del mismo persiguen a las mujeres como venganza, por percibir que apoyan al bando contrario.

Para determinar si se está en presencia de un caso de persecución se debe contar con información del país de origen para tener un panorama del riesgo que se sufre de persecución, el tipo de discriminación existente y si equivale a persecución, la legislación nacional con la que se cuenta y el tratamiento que se le otorga a estas situaciones, y la percepción que poseen los sectores predominantes de la sociedad con respecto a dicha legislación.

- **Discriminación que equivale a persecución: denegación de justicia.**

El caso más común que se presenta en nuestra región de esta situación es la práctica de violencia doméstica. Porque aunque la mayoría de los países de la región sean parte de Convenciones tales como la Belem do Pará o la de Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y hayan adoptado legislaciones nacionales al respecto, la protección efectiva hacia las víctimas de esta práctica está fallando.

Varios autores indican que se debe transformar las prácticas institucionales, culturales, la mentalidad de la sociedad, tanto de hombres y mujeres para mejorar la situación.

Por otra parte, el ACNUR y otros deben comprender la importancia de la construcción de confianza en las instituciones por parte de las mujeres de la región, ya que no acuden por temor o desconfianza.

En muchas ocasiones *han sido víctimas de violaciones por parte de las autoridades de la policía de sus respectivos países, quienes a menudo representan a las autoridades a las que deberían recurrir en busca de protección.*³¹⁸

Canadá ha reconocido como refugiadas a mujeres, víctimas de violencia doméstica, provenientes de varios países de América Latina con legislación al respecto, bajo la causal de pertenencia a un determinado grupo social, quienes han demostrado la incapacidad del Estado de brindarles protección.³¹⁹

▪ **Protección en su sentido amplio.**

El ACNUR ha indicado que, la protección internacional rebasa la adhesión a los principios jurídicos y dicha protección hacia las mujeres refugiadas debe entenderse en su sentido más amplio.

Las refugiadas que no son capaces de alimentarse, vestirse ni alojarse a sí mismas o a sus hijos, serán mas vulnerables a la manipulación y los abusos físicos y sexuales cuando traten de satisfacer esas necesidades. Las refugiadas expuestas a los guardias para obtener leña, agua, alimentos u otros bienes indispensables son más susceptibles al hostigamiento sexual³²⁰.

³¹⁸ ACNUR. Derechos Humanos y Refugiados en las Américas: Lecturas Seleccionadas. La Protección a la mujer refugiada, el enfoque de género y el ACNUR a 50 años de su creación. Andrés Ramirez Silva. Pág. 150.

³¹⁹ ACNUR. Ob. Cit.: 149.

³²⁰ ACNUR. Ob. Cit.: 151.

▪ **De la política para la mujer refugiada a la política de igualdad de género**

Desde mediados de los años noventa, el lenguaje que se ha adoptado en las Naciones Unidas y en los foros internacionales ha tendido a rebasar el enfoque centralizado en la mujer para hablar de género. Y se ha comenzado a hablar de una transversalidad de género, el cual se define la siguiente manera:

*“...el proceso de evaluar las implicaciones para hombres y mujeres de cualquier acción planificada, incluyendo legislación, políticas y programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para hacer que las preocupaciones y experiencias tanto de los hombres como de las mujeres sean una dimensión integral del diseño, implementación, monitoreo y evaluación de las políticas y programas en todas las esferas políticas, sociales y económicas de manera que tanto las mujeres como los hombres se beneficien igualmente y la desigualdad no sea perpetuada. La meta final es alcanzar la igualdad de género.”*³²¹

iii. Los agentes de Persecución y la Protección del Estado.

El autor Guy S. Goodwin Gill ha indicado que, el término ‘agente de persecución’ es de cierta forma engañoso. Un ‘agente’ usualmente actúa para y en nombre de otro, el ‘principal’. Por ejemplo, en la rama de contratos un agente tiene poderes para representar y concluir tratos que obligan al agente principal. En algunos casos, donde el agente actúa más allá de sus límites también obliga al agente principal. En los casos de agentes, lo esencial es el vínculo real de autoridad que se ejerce sobre otro.³²²

Como secuelas de la época Nazi durante la Segunda Guerra Mundial la mayoría de los países consideraban que los agentes perseguidores eran solo actores gubernamentales. Pero con el tiempo, las violaciones hacia los

³²¹ ACNUR. Ob. Cit.: 152.

³²² GUY S.GOODWIN GILL (1996): 71.

derechos humanos se expandieron, y los estados iniciaron a reconocer que se configura persecución en aquellos casos donde agentes no estatales persiguen a sus víctimas y el estado no quiere o puede protegerla.³²³

Por lo consiguiente, bajo las reglas generales de refugio, el agente de persecución puede ser el gobierno del país del solicitante, una entidad no gubernamental del mismo, o bien una persona que el gobierno no puede o no quiere controlar.

Por ejemplo, si un guarda de prisión o un soldado viola a una mujer y el gobierno no realizó nada para responsabilizar personalmente al individuo, el agente sería el gobierno. Si el agente no está directamente relacionado al gobierno, el juez debe considerar si el gobierno es o era incapaz de proteger al solicitante o bien, no querría hacerlo. Tomando en cuenta los siguientes aspectos:

1- Que la solicitante de refugio haya solicitado protección al gobierno y éste se la haya denegado;

2- Las instituciones y / o agentes gubernamentales fueran consientes del perjuicio de la solicitante y no hayan hecho nada para protegerla;

3- O bien, la solicitante tiene otras razones para considerar, que es inútil solicitar protección al gobierno (por ejemplo, si el gobierno en otro caso similar al suyo, denegó su protección o bien, el gobierno falló sistemáticamente en la aplicación de las leyes existentes)³²⁴.

Es un aspecto positivo que no sea un requisito la existencia necesaria de una conexión entre el Estado con la persecución, pues se excluirían para conceder refugio aquellos casos donde los actos son perpetrados en la esfera privada, como lo es la violencia doméstica.

³²³ PODKUL, JENNIFER. "Domestic Violence in the United States and its Effect on U.S Asylum Law." < <http://www.wcl.american.edu/hrbrief/12/2podkul.pdf?rd=1> > Consultado el 3 de marzo del 2009.

³²⁴ KELLY NANCY. (1994): 522.

Como se ha indicado en líneas atrás, el papel que juega el Estado con respecto a la persecución es un indicador de importancia a la hora de conceder o no la condición de refugiado. Pues es relevante considerar la situación del país de la solicitante, la efectividad de sus leyes, su capacidad y disposición para proteger a las víctimas de abusos.

El ACNUR en su Manual de Procedimientos para determinar la condición de refugiado ha indicado que, si han existido actos discriminatorios y ofensivos serios cometidos por la población local, éstos se pueden considerar como persecutorios, si son toleradas por las autoridades o ellas se rehúsan o no pueden a ofrecer una protección efectiva.³²⁵

El Estado también puede contribuir a que la desigualdad entre el poder sobre el hombre por encima de la mujer persista, como por ejemplo en los casos de violencia sexual entre las parejas en las cuales el Estado los considera casos de la esfera privada y por ello no interviene.

La ausencia de medidas de protección hacia la mujer que ha sufrido violencia puede ser considerado como fundado temor de persecución.

Los tribunales en Nueva Zelanda han manifestado que,

“El nexo entre los motivos para conceder refugio establecidos en la Convención de 1951 y la persecución pueden ser provistos por el daño grave o por el fracaso en la protección por parte del Estado. Esto significa que si el solicitante de refugio está ante un riesgo real de ser víctima de un daño serio en manos de un agente no estatal (ej: esposo, compañero) por motivos que no están relacionados a los establecidos en la Convención, pero el Estado fracasa en cuanto a la protección por alguno de dichos motivos el nexo se satisfizo. Aún si el riesgo de sufrir un daño es provocado por un agente no estatal y está relacionado con algún motivo de la convención y el fracaso en la protección por

³²⁵ CASTEL, JAQUELINE. (1992): 44.

parte del estado no lo está, el nexa también se satisface. Esto es porque el elemento 'persecución' está conformado por dos elementos esenciales, que son el riesgo a sufrir un daño grave y el fracaso por parte del estado de protección”

*En otras palabras, el solicitante debe mostrar que la persecución temida es por una de las razones que indica la convención y que el Estado no proporciona protección.*³²⁶

Por su parte, la Corte Federal de Australia ha sugerido que, *el fallo sistemático del Estado en proteger a un miembro de un grupo social determinado, (como sería proteger a una mujer de su esposo abusivo), puede constituir una conducta persecutoria*³²⁷.

T. Alexander Aleinikoff. en el artículo 'Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of 'membership of particular social group', indica que en el caso que una solicitante sufra violencia a raíz de los actos de su esposo agresor, si entabla su solicitud basada en la pertenencia a un grupo social determinado debe demostrar lo siguiente:

- Que las acciones del hombre se basan a partir del género de su esposa y el Estado no puede o quiere proveer protección ante esa conducta, o

*- Que, Cualquiera que sean las razones de las acciones del esposo, el Estado no quiere proteger a la mujer por su género.*³²⁸

Por otra parte el mismo autor indica, que no a todos los casos de violencia doméstica se les va a conceder la condición de refugiado.

³²⁶ UNHCR. Refugee Protection in International Law. Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of 'membership of particular social group'. T. Alexander Aleinikoff. Pág. 303.

³²⁷ Ver pie de página número 155, UNHCR. Ob. Cit.: 303.

³²⁸ UNHCR. Ob. Cit.: 303.

Para ello establece, que se deberá analizar primero si el Estado tiene un proceso legal adecuado para sancionar a los abusadores; y así la solicitante no podría alegar carencia de protección por parte de su Estado.

Segundo, incluso cuando una o un solicitante en particular no ha recibido protección policial, ello se podía deber a que el fallo en dicha protección fue algo atípico, a raíz de la actitud o inaptitud de un policía en particular, basado en la ineficiencia policial, o bien por la renuencia a verse envuelto en problemas domésticos.

Por lo consiguiente la o el solicitante debería demostrar la ausencia sustancial o sistemática de la protección estatal a miembros pertenecientes a un grupo social determinado, y ello se le atribuye a la percepción que tenga el Estado de ellos, como no merecedores de protección igualitaria bajo la ley con otros miembros de la sociedad.

C. El Grupo Social Determinado y las otras categorías del Artículo Primero de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951.

Como se ha venido comentado en capítulos anteriores de esta tesis, la categoría de grupo social determinado de la Convención de 1951, es el motivo para conceder refugio mas controvertido; y ello se debe a que es ambiguo, por estar sujeto a interpretaciones y por no existir a nivel doctrinal y jurisprudencial un criterio uniforme. Pero cabe aclarar, que por ello no significa que se deba satanizar esta categoría.

En ocasiones se han criticado las decisiones tomadas en ciertos casos con respecto a la persecución con base a género, ya que se les ha incluido en el motivo de grupo social determinado y los adjudicadores no han podido reconocer las acciones de las mujeres a nivel político.

Resoluciones judiciales han establecido que la persecución con base a género se puede categorizar como racial, étnica, religiosa, o de naturaleza

política, o bien una combinación de una o varias de estas, a pesar que los adjudicadores constantemente confíen en la categoría de 'grupo social determinado'. Los solicitantes a menudo erigen como un motivo válido la 'opinión política' o la 'religión', pero las decisiones rara vez las analizan a profundidad.³²⁹

D. Jurisprudencia respecto a género.

En las siguientes páginas se mostrarán breves reseñas de decisiones tomadas por diversos países en materia de refugio, grupo social determinado y género.

Es importante aclarar de antemano que en algunos casos, por razones de confidencialidad y seguridad o porque así lo publicó el país asilante, sólo se tiene la información de la existencia del caso más no así de los detalles más íntimos y a veces hasta de los más básicos como lo puede ser el nombre de la parte solicitante.

Violencia Doméstica.

Mujer costarricense solicitante de refugio en Canadá³³⁰.

Una mujer costarricense de 47 años, llegó a Canadá con su hija de 8 años y de inmediato a su llegada solicitó la condición de refugiada. La mujer basó su solicitud en el abuso verbal, emocional, físico y sexual que sufrió a manos de su compañero sentimental.

La División de Protección a los Refugiados determinó que ella y su hija no constituían refugiadas de la Convención o personas en necesidad de

³²⁹ Ver al respecto, Refugee Protection in International Law. Age and gender dimensions in international refugee law. Pág. 68.

³³⁰ Recopilado de la CORTE FEDERAL DE CANADÁ (2004). <<http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/2004/2004fc56/2004fc56.html>>. Consultado el 27 de julio del 2009.

protección esto debido a que Costa Rica poseía la protección que ellas necesitaban. Sin embargo, el abogado de la señora aportó a la Junta ocho documentos relacionados con la protección estatal, las actitudes sociales, la falta de protección y la falta de efectividad de la legislación para la protección de las mujeres.

Aún así la División ignoró realizar un análisis de los documentos y mantuvo su decisión. Es por esta razón que la apelación del caso fue acogida en la Corte Federal canadiense.

Este órgano concluyó que la evidencia si demuestra que en Costa Rica existe poca protección policial disponible y que las órdenes de restricción son inefectivas. También se evidenció la falta de recursos para asistir a víctimas de violencia doméstica y el hecho de que esta violencia es muy común en Costa Rica, además de evidencia concerniente a las actitudes sociales y policiales que sugieren la tendencia a considerar la violencia doméstica como un asunto privado y no uno criminal.

No obstante lo anterior, el punto central en este caso reside en el hecho de que la División pasó por alto evidencia importante a la hora de tomar su decisión y fue por esto que en última instancia se acogió la revisión del caso y se decidió nuevamente concediéndole a la mujer y a su hija la condición de refugiadas.

Mujer haitiana solicitante de refugio en Canadá³³¹.

En Canadá, la solicitante de nacionalidad haitiana declaró haber conocido a un ciudadano francés con él que empezó una relación y vivió en Haití. Posteriormente se mudó con el a Francia y tuvieron una niña, la solicitante también obtuvo residencia permanente en el país. La solicitante

³³¹ Recopilado de la INMIGRATION AND REFUGEE BOARD OF CANADA (2009). RPD MA6-07996, Hadaya, Octubre 31, 2008.
<http://www2.irb-cisr.gc.ca/en/decisions/reflex/index_e.htm?action=issue.view&id=350>.
Consultado el 2 de julio del 2009.

alegó que el hombre intentó ejercer control psicológico sobre ella y hasta amenazó con matarla. La mujer declaró que tenía miedo de reportarlo a las autoridades francesas y que tenía miedo de morir si regresaba a Francia.

De acuerdo con los documentos aportados como evidencia, la solicitante al ser residente permanente de Francia poseía los mismos derechos y obligaciones que los ciudadanos franceses y que el hecho de haber dejado Francia no la desnudaba de su condición de residente permanente, como alegaban sus abogados (la condición no se pierde sino hasta que la persona ha vivido fuera de Francia por más de tres años).

El testimonio de la solicitante fue creíble con respecto al maltrato psicológico y la violencia que caracterizaba al hombre con quien convivía, pero los jueces canadienses no le creyeron cuando la mujer afirmó que Francia no podía protegerla. Se determinó que el gobierno francés tiene múltiples posibilidades de ayuda y protección para mujeres que sufren de violencia doméstica y que éstas no fueron explotadas por la solicitante por lo que se le considera excluida por artículo 1E de la Convención de 1951³³².

Mujer hondureña solicitante de refugio en los Estados Unidos³³³.

La solicitante era una mujer de 36 años de nacionalidad Hondureña quien huyó de su país el 11 de abril del 2006. Ella huyó para escapar de la violencia y las amenazas de muerte de su esposo.

Ella comenzó a vivir con su esposo en el 2003 y se casaron en el 2004. Una vez que estuvieron casados su carácter cambió y su esposo se volvió muy

³³² **Artículo 1E de la Convención de 1951:** *“Esta Convención no será aplicable a las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país.”*

³³³ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 2/4/2008
<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

violento con ella. La golpeaba con impunidad y no la dejaba salir de la casa. No quería que asistiera a su trabajo en una fábrica de tabaco o que estudiara.

A menudo abusaba de ella cuando estaba ebrio y ella huía a casa de sus vecinos para pedir ayuda. La mujer dejó su casa y rentó un apartamento, cuando su esposo descubrió en donde estaba viviendo, irrumpió en el apartamento y la comenzó a golpear. La mujer escapó e informó a la policía pero estos le dijeron que “no le prestara atención”. Posteriormente, la señora rentó otro apartamento pero su esposo la volvió a encontrar y le dijo que “ella merecía morir porque no lo estaba obedeciendo”, idea que en repetidas ocasiones le dijo mientras estaban casados.

Por segunda vez acudió a pedir ayuda al Gobierno, esta vez se dirigió a la Corte. Ahí le repitieron lo que la policía le había dicho, que no le pusiera atención a su esposo. La mujer entonces interpuso una demanda de divorcio, pero cuando su esposo se dio cuenta le dijo que “nunca la dejaría libre” y que “moriría sola porque no la iba a dejar”.

En diciembre del 2005 la mujer descubrió que su esposo había matado a un hombre en una estación de buses apuñalándolo. Un día, en el supermercado, la mujer se encontró a su esposo, quien cuando la vio, hizo a sacarse el cuchillo que llevaba en su pantalón. Esto sólo contribuyó a que su temor por su esposo se intensificara, estaba temerosa a donde quiera que iba y dejó de trabajar y estudiar por miedo a su esposo.

Los Estados Unidos le concedió el refugio sobre las bases de su pertenencia a un grupo social determinado y al hecho de que existía un temor real y fundado de persecución a manos de su esposo.

Mujer peruana solicitante de refugio en Estados Unidos³³⁴.

La solicitante era una mujer procedente de Perú que era abusada física, mental y sexualmente por su esposo durante muchos años de su relación. Su esposo nunca aceptó el divorcio y ella no pudo terminar su relación debido a su incapacidad, la actitud de su familia y la posición de poder que ostentaba su esposo. Además la sociedad peruana desfavorece a las mujeres que dejan relaciones abusivas.

La Corte determinó que la solicitante probó que fue perseguida y que fue en razón de su pertenencia a un grupo social determinado de mujeres en Perú que son incapaces de dejar sus relaciones íntimas y le concedió el refugio.

Mujer jamaquina solicitante de refugio en Canadá³³⁵.

La solicitante temía que su abusivo ex –novio la encontrara, por lo que se dirigió a Canadá para solicitar refugio. La División de Protección para los refugiados concluyó que en Jamaica existía protección y nunca le había sido denegada protección por parte de la policía. Se probó que aunque en Jamaica hay problemas en el sistema judicial a la hora de actuar rápido y hay serios problemas de violencia contra las mujeres, el Estado ha invertido millones en mejorar el sistema y ha hecho un gran esfuerzo para proveer protección para las mujeres. Existe una buena legislación en contra de la violencia doméstica, centros de ayuda para estos casos, e inclusive la posibilidad de medidas cautelares.

Se determinó que la mujer no hizo uso de estos medios y que por lo tanto no se constituía como una persona que necesitara protección.

³³⁴ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 26/1/2005
<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

³³⁵ INMIGRATION AND REFUGEE BOARD OF CANADA (2009). RPD TA8-02237, Volpentesta, Enero 27, 2009.
<http://www2.irb-cisr.gc.ca/en/decisions/reflex/index_e.htm?action=issue.view&id=352>
Consultado el 2 de julio del 2009.

Mujer costarricense solicita refugio en los Estados Unidos³³⁶.

El Juez de Inmigración le concedió refugio a una mujer y a su hija, ambas de nacionalidad costarricense. El juez determinó que la solicitante tenía un temor fundado de persecución basado en su pertenencia a un grupo social determinado de mujeres en Costa Rica que sufren violencia doméstica y tratan de resistirla buscando ayuda de las autoridades estatales, pero reciben protección inadecuada.

El juez también determinó que la mujer poseía un temor fundado de persecución a razón de su opinión política imputada relacionada con esa resistencia. La solicitante fue abusada y violada en muchas ocasiones por un compañero de trabajo con el cual había solía tener una relación. Aunque terminó la relación renunció a su trabajo, el hombre la encontró en su casa, la violó y la mujer quedó embarazada.

A pesar de tener una orden de restricción, intentos fallidos por obtener la ayuda de su familia, esfuerzos para mudarse a otros lugares y hasta vivir en un albergue para mujeres abusadas, el hombre continuó encontrándola y abusando de ella.

El juez encontró su testimonio creíble y reconoció que las mujeres que sufren de violencia doméstica en Costa Rica y que han escogido resistir esa violencia por varios medios, incluyendo buscar la ayuda Estatal, son un grupo social determinado que amerita el reconocimiento del Derecho de los Refugiados.

Basándose en la construcción social costarricense que tolera a los hombres abusar de las mujeres, el juez determinó que la solicitante pertenecía a este grupo en razón de su género y la relación íntima que tuvo con su compañero, lo se constituyen como características inmutables, y basada en su

³³⁶ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 12/04/2003
<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

resistencia al abuso, que aunque no era inmutable, era fundamental para su identidad.

Ministerio para la Inmigración y los Asuntos Multiculturales *contra Khawar (Australia)*³³⁷.

Naima Khawar huyó de Pakistán en 1997. Ella aseguró haber sufrido seria violencia doméstica a manos de su esposo y su familia. De acuerdo con la evidencia ella fue golpeada hasta ir a parar al hospital y fue “bañada” en petróleo y amenazada con ser quemada viva. En varias ocasiones buscó ayuda de la policía pero no la ayudaron.

Cuando llegó a Australia solicitó una visa de protección que le fue denegada. Ella apeló ante el Tribunal de Revisiones de Refugiados y ellos confirmaron la primera decisión, determinaron que si el daño fue hecho, fue motivado por consideraciones personales que involucraban la falta de dote de la señora Khawar y el desprecio que le tenía la familia de su esposo.

Al final la Alta Corte de Australia falló a su favor concluyendo que mujeres pakistaníes agredidas podían constituir un grupo social determinado y que no era necesario que la violencia fuera perpetrada por agentes estatales.

“Las mujeres en cualquier sociedad son un grupo distinto y reconocible, y sus distintos atributos y características existen independientemente de la manera en que son tratadas, ya sea por el gobierno o los hombres. Ni la conducta de aquellos que cometen violencia doméstica, o aquellos que retraen la protección a víctimas de violencia doméstica, identifican a las mujeres como un grupo. Las mujeres serían un grupo social inclusive si esa violencia desapareciera totalmente.” **Juez Gleeson de la Alta Corte Australiana.**

³³⁷ Citado por HUNTER, CATHERINE. (2001) en “Khawar and Migration Legislation Amendment Bill (No 6) 2001: Why narrowing the definition of a refugee discriminates against gender-related claims.” <http://austlii.law.uts.edu.au/au/journals/AJHR/2002/8.html> (02/07/09).

Mujer paquistaní solicitante de refugio en Francia³³⁸.

En este caso, una mujer de nacionalidad Paquistaní fue concedida en matrimonio a un hombre polígamo de la misma nacionalidad en el año 1995. La mujer era encerrada y torturada por su esposo regularmente. En enero del 2002, escapó de la casa familiar y fue directamente a la policía, quienes la devolvieron a su esposo.

Su esposo entonces le dio una golpiza tan severa que la mujer perdió el hijo que llevaba en su vientre. Después de esto la sacó de la casa y la obligó a vivir con una de sus otras esposas. Temiendo nuevas y continuadas golpizas o que su esposo la forzara a prostituirse, dejó el país.

La Comisión de Recursos de los Refugiados determinó que dadas las condiciones existentes en Pakistán, la actitud de las mujeres que intentan escapar a matrimonios forzados es vista por las autoridades como una trasgresión a las costumbres sociales y a las leyes del país.

Se le concedió la condición de refugiada porque se consideró que la mujer poseía un temor fundado de persecución en razón de su pertenencia a un grupo social determinado integrado por mujeres que intentan escapar a matrimonios forzados, que han sido víctimas de maltratos por sus esposos y que no han podido obtener o se les ha negado la protección de las autoridades de sus países de origen.

Mujer senegalesa solicitante de refugio en Francia³³⁹.

La solicitante era una mujer Senegalesa de origen étnico Soninke. Fue casada sin su consentimiento por sus padres en febrero del 2001. Su esposo la violó y la maltrató. La policía se rehusó a tomar su denuncia. En marzo del

³³⁸ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 18/5/2005
<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

³³⁹ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 21/9/2005
<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

2003 dejó a su esposo y fue amenazada por su padre a regresar a casa de su esposo; sin embargo, logró huir a Francia.

La Comisión de Recursos de los Refugiados determinó, como en otros casos, que la solicitante era percibida en su país como una trasgresora de las costumbres sociales y normas de su país, y que por eso estaba sujeta al riesgo de una posible persecución de la que las autoridades no la protegerían. Como miembro de un grupo social determinado se le concedió el refugio.

Mujer proveniente del Golfo Pérsico solicitante de refugio en España³⁴⁰.

Este fue el primer caso en que por violencia doméstica se concedió el refugio en España. La mujer de 38 años con dos hijos fue obligada a casarse y era maltratada por su esposo al igual que por su familia, una situación para la que las autoridades de su país de origen no dieron respuesta o protección.

El resultado de este caso fue anunciado por el Ministro de lo Interior José Antonio Alonso, quien declaró que las mujeres huyen en razón de un ambiente hostil en el que las mujeres son maltratadas, desde que son obligadas a casarse sin su consentimiento hasta el hecho de que no reciben protección legal cuando son golpeadas o violadas; y que esto las hace reunir todos los requerimientos legales para ser susceptibles de obtener la condición de refugiadas.

Mujer colombiana solicitante de refugio en España³⁴¹.

La solicitante quedó embarazada y se mudó con el padre cuando solo tenía 15 años. En 1997 el hombre la acusó de haber estado con otro hombre, después la golpeó, la violó y le disparó 5 veces. Pasó un mes en el hospital. El

³⁴⁰ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 1/5/2005
<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

³⁴¹ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 12/11/1999
<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

hombre trabaja para la mafia en Medellín y ella nunca lo denunció por miedo a represalias contra ella o su madre.

Cuando salió del hospital se fue a vivir con su madre pero el hombre la encontró; igual sucedió cuando se mudó a la casa de un amigo en Bogotá y además esta vez amenazó con matar a su madre.

La joven huyó a España. Sus alegaciones fueron apoyadas por los archivos del hospital que demostraban el tratamiento que le dieron para las heridas de bala y un reporte de la Comisión Católica Española de Migración en el que se demostraba que el hombre si trabajaba para la mafia colombiana.

Su solicitud de refugio fue encontrada inadmisibile por no enclavarse dentro de la definición de refugiado que da la Convención de 1951. Ella apeló pero la corte concordó con la primera instancia en que no había un temor fundado basado en uno de los 5 motivos que da la Convención.

Aún así, la corte le brindó a la solicitante un permiso para permanecer en España en razones de humanidad e interés público, un permiso que usualmente se les brinda a personas que dejan sus países debido a conflictos u otros serios disturbios.

Mujer nigeriana solicita refugio en los Estados Unidos³⁴².

La mujer solicitante era nativa de Nigeria y tenía 41 años. Se casó en 1992 y ambos esposos se identificaban como cristianos aunque no iban regularmente a la iglesia. En 1998 la solicitante retomó su interés por la fe cristiana y se ordenó en el 2002, mientras tanto, su esposo comenzó a asistir a las predicaciones llevadas a cabo en la mezquita local y fue elegido para ser el líder de una organización musulmana que luchaba por la imposición de la Ley Sharia en el Estado de Lagos.

³⁴² Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 25/6/2008
<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

La solicitante fue presionada para que se convirtiera al islamismo, usara el hiyab (código de vestimenta femenina según el Corán), se quedara en su casa y participara en una ceremonia matrimonial en la mezquita de su esposo. Cuando la mujer se negó a sus peticiones, su esposo se volvió cada vez más violento y abusivo: la abofeteaba, la dejaba fuera de su casa, la golpeaba con una llave y trató de envenenarla. Un día la atacó cuando venía de la iglesia, golpeándola, pateándola, apuñalándola con un desatornillador en el cuello y lanzándola a través de una ventana de cristal.

En el 2006 la solicitante fue violada por su esposo, entonces dejó su casa y se fue a vivir con el pastor de su iglesia. Su esposo la siguió y le gritó que la iba a bañar en ácido y que no podía escapar ni esconderse de él. La mujer huyó a los Estados Unidos y sostuvo que si regresaba a Nigeria, su esposo la mataría y la policía no la protegería debido a la posición de su esposo en la organización musulmana.

Estados Unidos le concedió la condición de refugiada.

Homosexualidad.

Hombre homosexual mexicano solicitante de refugio en Canadá³⁴³.

El hombre declaró que sentía miedo de ser perseguido en México como un hombre homosexual con SIDA. La División de Protección a los Refugiados determinó que el hombre no podía constituirse como un refugiado de la Convención o una persona con necesidad de protección. La División consideró que aunque México es un país homofóbico las actitudes han mejorado, especialmente en el Distrito Federal que es donde residía el solicitante.

³⁴³ Recopilado del INMIGRATION AND REFUGEE BOARD OF CANADA (2009). RPD VA6-02042, Mivasair, Octubre 9, 2007.
<http://www2.irb-cisr.gc.ca/en/decisions/reflex/index_e.htm?action=issue.view&id=323>
Consultado el 2 de julio del 2009.

Además, las leyes mexicanas prohíben la discriminación basada en la orientación sexual de una persona e inclusive el Distrito Federal posee sus propias leyes antidiscriminación que han sido empleadas de manera diligente. Por otro lado, afirma la División canadiense que en México se le brinda la atención necesaria a las personas con SIDA y VIH, por lo que el solicitante tendría acceso a un tratamiento adecuado.

Mujer de nacionalidad Rusa solicitante de refugio en Estados Unidos³⁴⁴.

La solicitante, una ciudadana Rusa llegó a los Estados Unidos requiriendo refugio basándose en la persecución a la que estaba sujeta por ser lesbiana. Ella había sido arrestada por la milicia por reunirse con gays y lesbianas, y casi fue internada en una institución psiquiátrica por el gobierno y en contra de su voluntad por ser sospechada lesbiana.

En primera instancia, su solicitud fue denegada. La Junta de Apelaciones de Inmigración confirmó la decisión declarando que la mujer no había sido perseguida porque el gobierno quería castigarla, sino curarla. La Corte Federal decidió revisar el caso y concluyó que pretender que la solicitante probara si el objetivo del persecutor era punitivo o no, se constituía como un requerimiento erróneo.

Hombre transexual argelino solicitante de refugio en Francia³⁴⁵.

El solicitante, un transexual que frecuentaba lugares de reunión de homosexuales, fue rechazado por su familia y abusado en su país de origen. El hombre fue incapaz de utilizar la protección de las autoridades por temor a represalias y huyó de Argelia.

³⁴⁴ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 24/6/1997 <<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

³⁴⁵ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 15/2/2005 <<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

Tomando en cuenta el grado de intolerancia social y de discriminación hacia transexuales, y la impunidad concedida a aquellos que cometen asaltos a estas personas, la Comisión de Recursos de los Refugiados determinó que en Argelia los transexuales están, como consecuencia de estas características que les son fundamentales, expuestos a un trato de persecución por la mayoría de la población, un trato que como se ha dicho es deliberadamente tolerada por las autoridades argelinas.

Como tal, los transexuales constituyen un grupo social determinado de acuerdo con el artículo 1 A 2 de la Convención de 1951 y por esta razón se le concedió la condición de refugiado.

Mujer hondureña solicitante de refugio en Estados Unidos³⁴⁶.

La solicitante era una mujer hondureña, lesbiana de 39 años, ciudadana de Honduras que fue admitida en los Estados Unidos en diciembre del 2005 como no inmigrante y se quedó más tiempo del permitido por su permiso. La mujer estaba envuelta en actividades para promover el respeto a los derechos de las mujeres y de las personas homosexuales en Honduras.

En diciembre del 2002 un grupo de hombres invadió la casa que compartía con su compañera y la obligaron a realizarle sexo oral a uno de los hombres. Los hombres también hicieron comentarios acerca de su orientación sexual durante este ataque. La mujer reportó lo sucedido a la policía local como un robo pero no el ataque sexual porque no quería revelarse como lesbiana ya que pensó que hacerlo le ayudaría menos. La mujer recibió múltiples llamadas después del ataque e identificó las voces como las de los hombres que la atacaron. Ella dejó Honduras en varias ocasiones y regresó voluntariamente, sin embargo, siempre sintió temor por lo sucedido y en una ocasión decidió no regresar, es por eso que decidió solicitar refugio.

³⁴⁶ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 26/11/2007
<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

Hombre homosexual iraní solicitante de refugio en Francia³⁴⁷.

Se trataba de un hombre Kurdo Iraní, participante de actividades políticas de la oposición junto con su padre desde 1990. Durante su servicio militar fue sujeto a serios abusos en razón de su negativa a seguir ciertas órdenes por su conciencia y por su origen étnico. En 1998 fue arrestado y torturado por el Cuerpo de la Guardia Revolucionaria Islámica debido a su relación íntima con el hijo de un hombre religioso. En el 2000 renovó su asociación con la política de la oposición y después de que arrestaran a un compañero protestante, el solicitante temió que fuera denunciado a las autoridades por mantener una relación homosexual con otro de los protestantes.

La Comisión de Recursos de los Refugiados determinó que el solicitante poseía un temor fundado de persecución en razón de su opinión política, su origen étnico y por la posibilidad de ser arrestado y sentenciado a prisión por su homosexualidad, también por su pertenencia a un grupo social determinado. La Comisión le concedió la condición de refugiado.

Nota: Como dato importante, el mismo día se tomó una decisión idéntica en el caso del compañero sentimental del solicitante.

Pareja homosexual de Colombia solicitantes de refugio en España³⁴⁸.

Dos mujeres colombianas y activistas huyeron de su país en el 2005 después de haber sufrido violencia y amenazas por parte de un grupo de paramilitares debido a su participación en la defensa de los derechos LGBT (Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales).

³⁴⁷ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 2/3/2005
<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

³⁴⁸ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 1/9/2007
<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

La pareja sufrió al menos 5 ataques que incluían disparos a sus casas y repetidas amenazas de muerte. A las mujeres se les concedió la condición de refugiadas y su caso fue relevante porque fue el primero en España involucrando mujeres lesbianas (ya se habían reconocido algunos casos pero de hombres homosexuales).

Matrimonio Forzado/ Poligamia.

Mujer de nacionalidad turca solicitante de refugio en Francia³⁴⁹.

La solicitante era una mujer de descendencia armenia que fue secuestrada por un hombre también de nacionalidad turca, quien quería casarse con ella. La mujer se quejó ante las autoridades sin ningún efecto, la policía le aconsejó que desistiera y se burló de ella por su origen armenio.

Las autoridades francesas determinaron que efectivamente la policía se negó a brindarle protección y por eso concluyeron en que la mujer tenía un temor de persecución en razón de uno de los motivos incluidos en la Convención de 1951 y le concedieron la condición de refugiada.

Mujer kurda solicitante de refugio en Francia³⁵⁰.

La mujer provenía de una villa del este de Turquía. Su familia era muy tradicional y prometió a la mujer en matrimonio a un hombre de 48 años padre de 8 hijos. Cuando la mujer se rehusó al matrimonio, fue encerrada en un cuarto, privada de alimentos y fue golpeada por su padre en muchas ocasiones.

La mujer se enfermó y fue hospitalizada en Estambul y después fue otra vez encerrada. En el 2003 una cuñada la ayudó a escapar de la casa familiar

³⁴⁹ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 30/9/2004
<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

³⁵⁰ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009).
11/4/2005<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

cuando ésta estaba sola y pudo esconderse en la casa de un amigo hasta que pudo huir a Francia.

Cuando llegó a Francia, la mujer solicitó refugio y las autoridades de ese país se lo concedieron. Determinaron que en ciertas áreas rurales de Turquía, la actitud de las mujeres Kurdas que se niegan a los matrimonios arreglados es vista por la sociedad y las autoridades como una trasgresión de las costumbres sociales. Como resultado, estas mujeres pueden convertirse en el objeto de persecuciones impuestas con la aprobación general de la población.

Por esta razón la Comisión de Recursos de los Refugiados investigó y descubrió que es raro que las autoridades turcas indaguen en los llamados “crímenes del honor”. Así la Comisión determinó que *“mujeres de estas áreas que se niegan a someterse a matrimonios arreglados constituyen un grupo social cuyos miembros, en razón de sus características comunes que las definen a los ojos de la sociedad Turca, son susceptibles de ser expuestas a persecución, contra la cual las autoridades no están preparadas para proveer.”*³⁵¹

Mujer de nacionalidad turca solicita refugio en Francia³⁵².

La mujer de nacionalidad turca, se negó en muchas ocasiones a aceptar un matrimonio que su madre arregló para ella y como resultado recibió una golpiza por parte de su madre. Para lograr distanciarse de su familia y su madre, la mujer contrajo matrimonio con un hombre de origen Kurdo, pero fue amenazada cuando sus tíos descubrieron su origen. Para escapar a las represalias decidió huir con la ayuda de su hermano y encontró refugio en la casa de un amigo de su hermano en Gaziantep y después abandonó el país.

En Francia se reunió con su esposo, quien la maltrataba y era rechazada por su familia. La mujer declaró ante la Comisión de Recursos de los

³⁵¹ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009).
11/4/2005<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

³⁵² Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009).
21/4/2005<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

Refugiados que sentía temor de volver a su país y ser víctima de un “crimen de honor.”

La Comisión determinó que la mujer desobedeció las demandas de su familia al negarse a someterse a un matrimonio arreglado y casarse después en un matrimonio al cual se oponía la familia. Al tomar esta actitud, la sociedad y las autoridades de su país lo ven como una trasgresión de las normas sociales de su país, donde los perpetradores de crímenes de honor son raramente castigados. Como resultado la mujer se arriesga a convertirse en objeto de una persecución aprobada por la mayoría general y se constituye así como parte de un grupo social determinado para el cual las autoridades turcas no poseen protección. Es por eso que la Comisión le concedió la condición de refugiada.

Esclavitud

Mujer sudanesa solicita refugio en Francia³⁵³.

Una mujer sudanesa de la etnia Nouba fue víctima de ataques a manos del ejército que dejó a su padre paralizado. Huyó a Khartoum para poder mantener a su familia, ahí conoció a un diplomático que le ofreció un trabajo en su residencia en Francia. Ella llegó a Francia con un contrato de trabajo por dos años, un pasaporte y una visa y trabajó para una familia sudanesa empleada por la embajada. Los términos del contrato no fueron respetados por sus empleadores y era forzada a trabajar sin descanso y su libertad de movimiento era restringida. Además era constantemente acosada con amenazas de represalias hacia ella y a su familia en Sudán si se quejaba de su tratamiento.

La Comisión de Recursos de los Refugiados determinó que la mujer había estado sujeta a una persecución seria y sistemática por décadas como resultado de su etnia Nouba. Adicionalmente, se determinó que estaba

³⁵³ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 28/1/2005
<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

trabajando en condiciones contrarias a la dignidad humana y constituían una situación de esclavitud moderna.

Por otro lado, se consideró que el Gobierno sudanés tenía que saber de las condiciones bajo las cuales la mujer estaba trabajando y más bien se llegó a la conclusión de que el gobierno no solo toleró la situación sino que la privó de sus documentos y así de la posibilidad de denunciar a su empleador. De esta forma quedó claro que ella no podía esperar protección de las autoridades si decidía regresar a su país, especialmente bajo la política que sostenían de acabar con la etnia Nouba. Francia le concedió la condición de refugiado.

Mutilación Genital Femenina

Mujer de Sierra Leona solicitante de refugio en Alemania³⁵⁴.

En este caso, a una joven de Sierra Leona le fue concedida la condición de refugiada debido a la persecución que sufría en la forma de Mutilación Genital Femenina. Si se le devolvía a su país de origen es probable que los padres de la joven, quienes no aprobaban esta práctica, no hubieran podido hacer nada para detener a sus parientes de llevar a cabo tal acto. Quedó también dentro de las declaraciones que la hermana mayor de la solicitante fue sometida a esa práctica y que sus padres no pudieron hacer nada para evitarlo.

Por otro lado, la corte declaró que la joven si regresaba enfrentaría una persecución casi segura pues en su país de origen del 80% al 90% de mujeres son sometidas a esta práctica que además se da en casi todas las regiones y etnias del país. También la corte consideró que esta práctica se da únicamente en razón de una persecución hacia el género femenino.

³⁵⁴ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 23/3/2005
<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

Pequeña niña de Costa de Marfil solicitante de refugio en Alemania³⁵⁵.

La solicitante era una niña de 4 años proveniente de Costa de Marfil. A ella se le concedió la condición de refugiada. Su madre huyó a Alemania cuando se encontraba embarazada y tuvo a la bebé ahí porque en su familia las niñas usualmente son sometidas a la práctica de Mutilación Genital Femenina.

En el país de origen de la solicitante desde 1998 se prohibió esta práctica, pero el gobierno no ha podido hacer efectiva la ley, sobre todo en regiones dominadas por rebeldes, que es de donde proviene la niña. Así en razón de la inmutable característica de su género que poseen las niñas y debido al hecho de que más del 60% de niñas y mujeres son sometidas a esta práctica en Costa de Marfil, se le ha considerado miembro de un grupo social determinado y por ende se le ha concedido la condición de refugiada.

Mujer de Sierra Leona solicitante de refugio en el Reino Unido³⁵⁶.

En este caso una mujer proveniente de Sierra Leona nacida en 1987, llegó al Reino Unido el 15 de marzo del 2003 de 15 años y solicitó refugio en base a que si regresaba a Sierra Leona enfrentaría el riesgo de ser sometida a la práctica de Mutilación Genital Femenina. En 1998 la solicitante y su madre estaban viviendo en la villa de la familia de su padre para escapar de la guerra civil, la joven escuchó discusiones acerca de que la sometieran a la Mutilación Genital Femenina como parte de su iniciación a la femineidad.

Para tratar de evitarlo la joven huyó, pero fue capturada por rebeldes y violada en repetidas ocasiones por su líder de quien quedó embarazada. Un tío logró que pudiera dejar Sierra Leona y huir al Reino Unido. La joven en su

³⁵⁵ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 3/3/2005
<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

³⁵⁶ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 18/10/2006
<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

solicitud de refugio además alegó que si era regresada a Sierra Leona, no tendría en donde vivir sino en la villa de su padre donde sería sometida a la Mutilación Genital Femenina. El refugio le fue concedido.

Irrespeto de las normas y costumbres sociales

Mujer de Afganistán solicitante de refugio en Alemania³⁵⁷.

Este caso se trata de una mujer afgana que solía instruir a mujeres y niñas y que había defendido la educación y los derechos de las mujeres bajo el Talibán. La Corte declaró que era probable que si regresaba a Afganistán la mujer enfrentaría una persecución renovada dadas sus antiguas actividades, particularmente porque ella era de Kunduz una región en la que el gobierno central tiene muy poca influencia. Adicionalmente, al ser una mujer sola, no tendría ninguna protección familiar en el país, por lo tanto se le concedió la condición de refugiada.

Mujer casada iraní solicitante de refugio en Alemania³⁵⁸.

A esta mujer se le otorgó la condición de refugiada en razón de su pertenencia a un grupo social determinado. Desde que llegó a Alemania se involucró en una relación íntima con otro hombre con el que comenzó a vivir. Su esposo, que también vive en Alemania, la amenazó con que si era removida a Irán sus hermanas se asegurarían de que fuera acusada de adulterio.

La Corte sostuvo que dado el castigo que se da en Irán a las mujeres que comenten adulterio (acribillarlas a pedradas), era imposible permitir que fuera deportada. Adicionalmente quedó demostrado su temor fundado de persecución.

³⁵⁷ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 9/6/2005
<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

³⁵⁸ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 9/5/2005
<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

Mujer salvadoreña solicita refugio en Estados Unidos³⁵⁹.

El juez de inmigración le concedió el refugio a una mujer Salvadoreña que poseía un temor fundado de persecución por su opinión política. La solicitante testificó que su esposo, quien era miembro de un escuadrón de la muerte en su país, la hacía sufrir violencia doméstica, golpeándola, abusando sexual y psicológicamente de ella y amenazándola de muerte.

Cuando le dijo a su esposo que no debería maltratarla, el abuso se agravó. La mujer declaró haber buscado la protección de la policía pero ellos no la asistieron y cuando trató de divorciarse, su esposo amenazó a su abogado, por lo que éste no la representó más.

Citando el caso de **Fatin v. INS**, el juez encontró que el feminismo está reconocido como una opinión política para el propósito del refugio y que el intento de la solicitante de mantener su autonomía y su negativa a actuar de la manera sumisa esperada de las mujeres en El Salvador es una opinión política.

El juez encontró la evidencia suficiente de que la solicitante era perseguida al menos en parte por mantener su opinión política de que ella no tenía porqué someterse al abuso de su esposo.

Trata de Personas

Mujer nigeriana solicitante de refugio en España³⁶⁰.

La solicitante era una mujer nigeriana que fue abandonada por su madre cuando era una niña y que fue abusada sexualmente por su tía y su amigo. La mujer fue posteriormente tratada en España donde fue aprisionada y amenazada. Su solicitud fue encontrada inadmisibles basándose en que no se relacionaba con ninguno de los 5 motivos de la Convención.

³⁵⁹ Recopilado del Gender Asylum Case Research (2009). 8/3/2006
<<http://cgrs.uchastings.edu/law/>> Consultado el 27 de Julio del 2009.

³⁶⁰ Gender Asylum Case Research (2009). 24/10/1999 <<http://cgrs.uchastings.edu/law/>>
Consultado el 27 de Julio del 2009.

En apelación la Corte desestimó la inadmisibilidad, concluyendo en que la mujer podía ser parte de un grupo social determinado y que podría establecer la elegibilidad para el refugio en las bases de razones humanitarias.

Capítulo III. La No Violencia Doméstica como un Derecho Humano Incipiente.

Sección I. Definición de Violencia Doméstica

A. Concepto

En nuestros días la Violencia Doméstica ya no es una cuestión privada o entre parejas, ahora hasta es considerada un problema de salud pública; por lo tanto el Estado y sus ciudadanos, se deben involucrar en la búsqueda de su solución. Ya que, este tipo de violencia repercute en la sociedad y en la economía del país, al traer como consecuencia pérdidas de empleo, gran cantidad de incapacidades, y muertes (por femicidio mueren más mujeres que por otras causas).³⁶¹

Lo anterior demuestra que este tipo de violencia es compleja, pues se interrelaciona con diversas áreas tales como, la salud, la legislación, la cultura, la economía, el desarrollo y principalmente con los Derechos Humanos.

Se debe agregar, que la Violencia Doméstica no es propia de un tipo de sociedad, etnia, edad, sexo, nivel económico, educacional, o nacionalidad. Y como indica la Secretaria General de las Naciones Unidas de 1999, Kofi Annan,

“La violencia contra la mujer es quizás la violación de derechos humanos más vergonzosa. Y es quizás la más generalizada. No conoce ningún

³⁶¹ Lo que respecta al dato del femicidio ver, “Violencia doméstica y medidas cautelares” de Juan Diego Rojas (2002 Marzo). Págs.17-38.
<http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140900152002000100003&lng=es&nrm=iso>. (Septiembre 02 2009).

*límite de geografía, cultura o riqueza. Siempre que siga, no podemos alegar estar logrando avances reales hacia la igualdad, el desarrollo y la paz.*³⁶²

Para entrar en materia, se iniciará definiendo el concepto de violencia en forma general, para luego definir violencia estructural y determinar qué es Violencia Doméstica.

i. Violencia: la OMS la define como, *el uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona, grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de producir lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones*³⁶³.

Esta definición comprende actos físicos como, el comportamiento violento, el suicida, la muerte, las lesiones, la violencia intrafamiliar, los conflictos armados; como también actos psicológicos, como por ejemplo, las amenazas e intimidaciones, las privaciones y deficiencias, que comprometen el bienestar de los individuos, las familias y comunidades.

Se debe tener en cuenta, que *la violencia es un fenómeno construido socialmente, que se concretiza a través de múltiples manifestaciones y cuyos significados varían históricamente dependiendo del momento y el contexto en que se producen.*³⁶⁴

La calificación de una situación como violenta, se da a partir de un marco valorativo, ético y normativo propio de la cultura, de las formas de ejercicio del poder predominantes, de los contenidos de la moral y del marco de derechos asumido por la sociedad en que se producen.³⁶⁵

³⁶² OPS. "Violencia contra las mujeres".(2003). Pág. 2.

<http://www.paho.org/Spanish/AD/GE/VAW2003sp.pdf>. (01/09/2009)

³⁶³ OPS. "La Violencia Social en Costa Rica". (2004 Enero). Pág. 07.

<http://www.bvs.sa.cr/php/situacion/violencia.pdf>.> (02/09/2009)

³⁶⁴ OPS. Ob. Cit.: 07.

³⁶⁵ OPS. Ob. Cit.: 07.

ii. Violencia Estructural:

Antes de definir Violencia Doméstica, indicaremos qué es Violencia Estructural, ya que como se observará, ésta violencia tiene relación con la primera; teniendo como unión la violencia de género.

Violencia Estructural es aquella “...*que viene provocada por las relaciones socioeconómicas y políticas injustas*”.³⁶⁶ Induciendo a dichas injusticias la desigualdad en la distribución de poder.

Para comprender el concepto de Violencia Estructural se debe entender qué es la estructura social y las implicaciones de la estratificación social.

La estructura social es aquel “... *cuerpo organizado de relaciones sociales que mantienen entre sí diversamente los individuos de la sociedad o grupo.*”³⁶⁷

Para que una sociedad exista es necesario que “*se de una coordinación mínima entre las acciones de las personas y grupos que la componen*”³⁶⁸.

Para que ello se dé debe existir un orden social; el cual se logra cuando cada subsistema de la estructura social (como la comunidad societaria, el mantenimiento de patrones, la constitución política y la economía)³⁶⁹ lleva a cabo las funciones primarias que le corresponde; las cuales determinan las diferencias funcionales entre los subsistemas.

Se debe indicar además, otro concepto de relevancia el cual es la estructura cultural, la cual se define como “*el cuerpo organizado de valores*

³⁶⁶ MORENO B, M, GUZMAN F, J . Citando a Hillmann 2007: 68.

³⁶⁷ Ob. Cit. Citando a Merton 2007: 69.

³⁶⁸ Ob. Cit. Citando a Martín Baró 2007: 71.

³⁶⁹ MORENO B, M, GUZMAN F, J 2007: 71.

normativos que gobiernan la conducta que es común a los individuos de determinada sociedad o grupo".³⁷⁰

Por ejemplo, este tipo de violencia se hace presente en la Defensa de honor en Brasil, donde quien la sufre, no la percibe como tal, no tiene conciencia de su situación, ya que existen mediaciones que le impiden visualizarla (violencia cultural).

Se percibe como algo natural, inmutable y, en su caso, las razones son aleatorias (mala suerte, el destino, los dioses, entre otros), en consecuencia no se le opone ninguna resistencia y, paradójicamente, se *colabora* de manera indirecta con el mantenimiento de la situación.³⁷¹

Pasando al concepto de estratificación social, ésta se define como *"la ordenación diferencial de los individuos humanos que componen un sistema social dado y el orden de superioridad o inferioridad recíprocas que guardan sobre ciertos aspectos socialmente importantes"*³⁷²

Moreno Buján y Guzmán Fernández en su Tesis *"Sistema Penal y Violencia Estructural en Centroamérica: la construcción de un enemigo"* señalan que, el autor Talcott Parsons indica que basándose en ésta ordenación se crea una de las muchas posibilidades de diferenciación entre los individuos, ya sea vertical u horizontalmente dentro de la pirámide de estratificación, tal diferenciación entre los individuos es posible bajo el supuesto de aplicación de ciertos parámetros que permiten la colocación de los individuos en los distintos estratos de la pirámide de la estratificación social.

Dichos parámetros de colocación dentro de la pirámide de la estratificación social (propuestos por el mismo autor) son los siguientes:

³⁷⁰ Ob. Cit. Citando a Merton 2007: 69.

³⁷¹ JIMENEZ B.F., MUÑOZ M, F. Violencia Estructural.

<http://www.ugr.es/~fmunoz/documentos/Violencia%20estructural.html>

³⁷² MORENO B, M., GUZMAN F, J. Citando a Parsons 2007: 72.

a-La participación como miembro en una unidad de parentesco: esto se refiere al status que va a poseer el individuo dentro de la pirámide de estratificación de acuerdo a la posición que su familia tenga dentro de la misma.

En aquellos países en donde las personas pueden elegir con quien contraen matrimonio, el acenso o descenso en la pirámide va a depender del status que posea la persona con quien se va a casar.

b- Cualidades personales: dichas cualidades hacen referencia a los rasgos físicos e intelectuales que diferencian a un individuo de otro, tales como: el sexo, edad, belleza, inteligencia, fuerza.

Teniendo en cuenta que las cualidad se refieren a un *“...aspecto de lo que la persona “es”, más que como lo que la persona “hace”*.³⁷³

c- Logros: Parsons ve a los logros como los resultados evaluados de las acciones de los individuos.

d- Posesiones: *esencialmente son cosas, objetos materiales e inmateriales pertenecientes a un individuo*³⁷⁴.

*“Las posesiones concretas pueden ser el resultado de los logros propios o de otros, y el control sobre las cualidades de las personas puede ser una posesión”*³⁷⁵

e- Autoridad: es aquel *“derecho, institucionalmente reconocido, de influir en las acciones de los otros, sean cuales fueren las actitudes personales respecto de la dirección de la influencia. La ejerce aquél que esté en posesión*

³⁷³ Ob. Cit. Citando a Parsons 2007: 73.

³⁷⁴ Ob. Cit. 2007: 74.

³⁷⁵ Ob. Cit. Citando a Parsons 2007:74.

*de un cargo o algún otro status socialmente definido, tales como el padre, médico, profeta, etc.*³⁷⁶

f. Poder: indican Moreno Buján y Guzmán Fernández que para Parsons un individuo tiene poder “ *sólo en la medida en que su capacidad de influenciar a otros y que su capacidad de lograr asegurar posesiones no estén institucionalmente sancionados*”³⁷⁷

Aparte de determinar la posición que un individuo va a poseer dentro de la pirámide de estratificación, los parámetros citados anteriormente también determinan como logra el sistema social la asimilación de los roles y conductas de los individuos en los niveles de la pirámide.³⁷⁸

- **Género.**

Con respecto a la Violencia de Género, se debe recordar que dentro de éste se encuentran tanto los hombres, como las mujeres. Así mismo, como se ha indicado ya, los roles impuestos por la sociedad y las construcciones sociales han delimitado comportamientos y posiciones distintas para cada uno dentro de la sociedad. Partiendo de esto, se tiene un esquema de desigualdad que se ha ido gestando por siglos, en el que claramente las mujeres y los hombres son percibidos de forma distinta por la sociedad.

De esta forma los gobiernos, reflejo de sus sociedades, se han encargado de legislar diferenciando e inclinando la balanza usualmente desfavoreciendo a la mujer. Tal es el caso de la violación dentro del matrimonio, la cual hasta hace poco no era considerada delito en algunos países.

Se llega a un punto, donde la violencia se convierte en un acontecimiento natural dentro de la misma sociedad, donde es aceptada y tiene

³⁷⁶ Ob. Cit. Citando a Parsons 2007: 74.

³⁷⁷ Ob. Cit. Citando a Parsons 2007: 74.

³⁷⁸ Ob. Cit. 2007: 75.

como consecuencia la violencia cultural, ya que el arraigo de estas costumbres por más arcaicas que sean están impregnadas en los miembros de la sociedad, a tal punto que se llegan a ver normales.

*“La violencia ejercida contra las mujeres en nuestras sociedades se detecta como violencia estructural, el ámbito de producción va más allá del interpersonal. Tiene que ver con las normas que regulan la convivencia y la forma de resolución de los conflictos.”*³⁷⁹

iii. Violencia Doméstica:

En nuestro país está definida de la siguiente manera:

Artículo 1 a) de la Ley contra la Violencia Doméstica:

a) Violencia Doméstica: acción u omisión, directa o indirecta, ejercida contra un pariente por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado inclusive, por vínculo jurídico o de hecho o por una relación de guarda, tutela o curatela y que produzca como consecuencia, el menoscabo de su integridad física, sexual, psicológica o patrimonial. El vínculo por afinidad subsistirá aun cuando haya finalizado la relación que lo originó.³⁸⁰

Cuando se habla de este concepto, se debe tener en cuenta que el término “doméstica” hace referencia, aquella violencia cometida por una persona con la cual la víctima tiene una relación íntima, o bien por otro miembro de la familia, cualquiera que sea el lugar y la forma en que se manifieste dicha violencia.

Por lo tanto, la Violencia Doméstica se puede perpetrar tanto fuera como dentro del hogar y lo que va a indicar la existencia de este tipo de violencia es la relación entre quien la comete y su víctima.

³⁷⁹ DI NUBILA , M. Violencia Estructural, Sexual, Económica, Familia. Violencia De Género. <http://www.articuloz.com>.

³⁸⁰ PODER JUDICIAL.(1996). “Ley contra la Violencia Doméstica”. < www.poder-judicial.go.cr/.../leyes/leypenal/LeyContraLaViolenciaDoméstica.mht > (05/09/2009)

Aunque la Violencia Doméstica no solo se comete dentro de las cuatro paredes del hogar, es triste saber que éste ya no representa para quien la sufre un lugar seguro, de protección y amparo.

*En el ámbito doméstico, la violencia por lo general es cometida por los hombres que tienen (o han tenido) con las víctimas relaciones de confianza, intimidad y poder, por ejemplo: maridos, novios, padres, suegros, padrastros, hermanos, tíos, hijos u otros parientes. En la mayor parte de los casos, son los hombres quienes cometen actos de violencia doméstica contra las mujeres. También las mujeres pueden ser violentas, pero sus acciones representan solamente un ínfimo porcentaje de los episodios de violencia doméstica.*³⁸¹

En nuestro país hasta el momento, no existe norma alguna o institución específica que explícitamente proteja a los hombres contra este tipo de violencia.

Donde pueden acudir bajo dichas circunstancias, sería ante los Juzgados competentes del Sistema Judicial en materia de Violencia Doméstica.

Se debe indicar además que este tipo de violencia se presenta también entre parejas del mismo sexo. En comparación con las parejas heterosexuales, ésta población recibe menos protección legal y social (si es que la reciben).

Lo anterior se puede ejemplificar con los siguientes datos.

En el artículo “Domestic Violence a National Epidemic” (La Violencia Doméstica una Epidemia Nacional) sus autoras comentan que en Estados Unidos varios de sus estados reportan que este tipo de violencia está específicamente excluida para aquellas víctimas que son del mismo sexo, denegándoseles entonces el acceso a la justicia y a servicios.

³⁸¹ UNICEF. Ob. Cit.: 03.

En España se presenta una confusión terminológica entre Violencia Doméstica y Violencia de Género. En junio del año en curso, se condenó a una mujer por agredir a su pareja a siete meses de cárcel bajo un delito de violencia de género y no de violencia doméstica. Porque consideran que esta última violencia solo se puede presentar cuando un hombre arremete contra una mujer.³⁸²

En nuestro país se presentan deficiencias a nivel legal con respecto a las relaciones homosexuales.

Si en la misma Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres³⁸³ se hace distinción entre ellas por su estado civil, dejando sin protección contra este tipo de violencia quienes no estén casadas o en unión de hecho, por lo tanto, no se puede esperar que a partir de este cuerpo normativo se protejan las relaciones lésbicas.

Al menos la Ley Contra la Violencia Doméstica deja abierta la posibilidad de proteger las relaciones homosexuales que sufran de este tipo de violencia, ya que en el párrafo final de su artículo primero no se hace distinción de género al solo indicar relaciones de pareja.

Artículo Primero, párrafo final:

“Asimismo, esta ley protegerá, en particular, *a las víctimas de violencia en las relaciones de pareja* y donde exista abuso sexual incestuoso”³⁸⁴. (Lo subrayado y cursiva no es propio del texto original).

A nivel institucional en Costa Rica quienes sufren de violencia en una relación lésbica, pueden acudir a la Delegación de la Mujer a solicitar ayuda.

³⁸² Ver ECO DIARIO.(2009 JUNIO 12). “Lorente dice que es un error considerar violencia de género la agresión entre mujeres”.

<http://ecodiario.economista.es/sociedad/noticias/1324376/06/09/Lorente-dice-que-es-un-error-considerar-violencia-de-genero-la-agresion-entre-mujeres.html> (12/06/2009)

³⁸³ Ver artículo 1 y 2.

³⁸⁴ PODER JUDICIAL.(1996). “Ley contra la Violencia Doméstica”. < www.poder-judicial.go.cr/.../leyes/leypenal/LeyContraLaViolenciaDoméstica.mht > (05/09/2009)

Y con lo que respecta a la comunidad gay, nuestro país está en deuda con ella, pues no se cuenta con una institución como la Delegación de la Mujer que los proteja.

A nivel general las relaciones homosexuales pueden acudir al Poder Judicial a solicitar protección y en caso de no ser atendidos podrán interponer un Recurso Amparo ante la Sala Constitucional.

Centrándonos en la violencia contra las mujeres, se puede decir, que ellas pueden ser víctimas de abusos a partir de su género y de su sexo en el transcurso de su vida; inclusive antes de su nacimiento. Por ejemplo, una niña puede ser objeto de un aborto selectivo en función del sexo, como lo es el infanticidio femenino en las culturas donde se prefirieren a los hijos varones; como en la India.

El siguiente cuadro tomado del “Innocenti Digest” número 6 de Junio del 2000 de la UNICEF, se ejemplifica la violencia contra las mujeres a lo largo de su vida³⁸⁵.

| Cuadro 1 - Ejemplos de violencia contra las mujeres a lo largo de la vida | |
|--|--|
| <i>Fase</i> | <i>Tipo de violencia</i> |
| Antes del nacimiento | Aborto selectivo en función del sexo; consecuencias para el nonato de los malos tratos sufridos por la madre durante el embarazo. |
| Infancia precoz | Infanticidio femenino; violencias físicas, sexuales y psicológicas. |
| Niñez | Matrimonio de niñas; mutilación genital femenina; violencias físicas, sexuales y psicológicas; incesto; prostitución y pornografía infantiles. |
| Adolescencia y edad adulta | Violencias durante el cortejo y el noviazgo (por ejemplo ataques con ácido o violaciones durante las citas amorosas); relaciones sexuales impuestas por razones económicas (por ejemplo las estudiantes que tienen relaciones sexuales con hombres maduros a cambio del pago de las tarifas escolares); incesto; abuso sexual en el lugar de trabajo; violaciones; acoso sexual; prostitución y pornografía forzadas; trata de mujeres; violencias cometidas por la persona con quien existe una relación íntima; violaciones dentro del matrimonio; abusos y homicidios relacionados con la dote; homicidio por parte de la persona con quien existe una relación íntima; violencia psicológica; abuso de mujeres discapacitadas; embarazo forzado. |
| Vejez | "Suicidio" forzado u homicidio de viudas por motivos económicos; violencias físicas, sexuales y psicológicas. |

(Fuente: "Violence Against Women", OMS, RRH/WHO/97.8)

³⁸⁵ UNICEF. “La Violencia Doméstica contra mujeres y niñas”, Pág 03. (Junio 2006).<
<http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest6s.pdf>>. (01/09/2009)

En el artículo “La Violencia Doméstica contra mujeres y niñas” dentro de la revista enunciada anteriormente, se indica que durante la etapa de niñez las menores de edad pueden sufrir de: desnutrición forzada, falta de acceso a cuidados médicos y educación, incesto, mutilación genital femenina, matrimonio precoz, y prostitución forzada o el trabajo en condiciones de esclavitud.

Algunas de esas niñas con el paso de los años siguen sufriendo maltratos hasta llegar a la vida adulta, la cual tampoco está exenta de éstos; porque siguen recibiendo golpes, padeciendo violaciones e incluso terminan asesinadas por el hombre con quien mantienen una relación íntima.

Otros delitos típicos de la violencia contra las mujeres son el embarazo, el aborto o la esterilización impuestos, las prácticas tradicionales perjudiciales como la violencia vinculada con la dote, el *sati* (la inmolación de la viuda en la pira funeraria de su marido), y los homicidios en nombre del honor.³⁸⁶

En la etapa avanzada de sus vidas, las mujeres también pueden seguir sufriendo de abusos.

- **Causas de Violencia Doméstica.**

“No existe ningún factor que pueda, por sí solo, explicar las violencias cometidas contra las mujeres”³⁸⁷.

Investigaciones realizadas acerca el tema, apuntan que existen diversos factores que producen o fomentan esta violencia; los cuales se vinculan entre sí, son complejos y a menudo institucionalizados; que mantienen a las mujeres en una posición de vulnerabilidad frente a relaciones de poder.

³⁸⁶ UNICEF. Ob. Cit.: 03.

³⁸⁷ UNICEF. Ob. Cit.: 07.

Dentro de dichos factores que influyen en estas relaciones desequilibradas de poder se pueden citar: los mecanismos políticos, sociales, económicos, la institución de la familia el temor de la sexualidad femenina, como también el control que se ejerce sobre ella, la creencia en la superioridad innata del varón, los roles impuestos por la sociedad a cada género, las sanciones legales y culturales que tradicionalmente niegan a mujeres y niños una condición de independencia legal y social.

Con respecto al factor económico, la Violencia Doméstica se puede presentar de dos maneras: una donde la mujer carece de recursos económicos y soporta agresiones por que se le dificulta librarse de esa relación violenta. Y la otra, donde la mujer es percibida como una amenaza, por que gana mas dinero que el compañero, es más exitosa y éste siente que su autoridad dentro del hogar está en peligro, o bien no soporta que la mujer laboral y económicamente esté mejor que él (debido al machismo presente e inculcado por la sociedad).

Para ejemplificar mejor los factores que inciden en la Violencia Doméstica se mostrará el siguiente cuadro.³⁸⁸

| Cuadro 3 - Factores que favorecen la supervivencia de la violencia doméstica | |
|---|--|
| Culturales | <ul style="list-style-type: none"> ● Socialización por separado según el sexo ● Definición cultural de los roles sexuales apropiados ● Expectativas asignadas a los diferentes roles dentro de las relaciones ● Creencia en la superioridad innata de los varones ● Sistemas de valores que atribuyen a los varones el derecho de propiedad sobre mujeres y niñas ● Concepción de la familia como esfera privada bajo el control del varón ● Tradiciones matrimoniales (precio de la novia, dote) ● Aceptación de la violencia como medio para resolver conflictos |
| Económicos | <ul style="list-style-type: none"> ● Dependencia económica de la mujer respecto al varón ● Restricciones en el acceso al dinero contante y al crédito ● Leyes discriminatorias en materia de herencia, derecho de propiedad, uso del terreno público, y pago de pensiones alimenticias a divorciadas y viudas ● Restricciones en el acceso al empleo en los sectores formales e informales ● Restricciones en el acceso de las mujeres a la educación y a la capacitación |
| Legales | <ul style="list-style-type: none"> ● Inferioridad jurídica de la mujer, ya sea según la ley escrita o según el derecho consuetudinario y su aplicación práctica ● Leyes en materia de divorcio, cuidado de los hijos, pensiones alimenticias y herencia ● Definiciones jurídicas de la violación y los abusos domésticos ● Bajo nivel de alfabetización jurídica entre las mujeres ● Falta de tacto en el tratamiento de mujeres y niñas por parte de la policía y del personal judicial |
| Políticos | <ul style="list-style-type: none"> ● Representación insuficiente de la mujer en las esferas del poder, la política, los medios de comunicación y en las profesiones médica y jurídica ● Trato poco serio de la violencia doméstica ● Concepción de la vida familiar como un asunto privado y fuera del alcance del control del Estado ● Riesgo de desafiar el status quo o las doctrinas religiosas ● Restricciones en la organización de las mujeres como fuerza política ● Restricciones en la participación de las mujeres en el sistema político organizado |

(Fuente: Heise. 1994)

³⁸⁸ UNICEF. Ob. Cit.: 07

▪ **Manifestaciones de la Violencia Doméstica.**

Las manifestaciones de la Violencia Doméstica son en principio cuatro, la violencia física, sexual, psicológica, y la patrimonial; pero existen autores que a estas formas de violencia le suman la carencia y la negligencia emocional, por lo consiguiente en este capítulo también se expondrán.

Dichas manifestaciones de Violencia Doméstica no son excluyentes entre sí y más bien se pueden complementar.

A. Violencia Física: comprende *bofetadas, golpes, torsión de brazos, puñaladas, estrangulación, quemaduras, sofocación, patadas, amenazas con armas u otros objetos, y en casos extremos el asesinato. Incluye también las costumbres tradicionales nocivas para la mujer, tales como la mutilación genital femenina y la cesión hereditaria de la esposa (la costumbre según la cual la viuda y los bienes de la misma son heredados por el hermano del marido fallecido)*³⁸⁹.

En la legislación de nuestro país, específicamente en el artículo 2 c) de Ley contra la Violencia Doméstica está definida de la siguiente manera:

c) Violencia física: *acción u omisión que arriesga o daña la integridad corporal de una persona.*³⁹⁰

B. Violencia Sexual: este tipo de abuso es tipificado por la ley mencionada de la siguiente manera:

Artículo 2 d) Violencia sexual: *acción que obliga a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras*

³⁸⁹ UNICEF. Ob. Cit.: 02.

³⁹⁰ PODER JUDICIAL.(1996). "Ley contra la Violencia Doméstica". < www.poder-judicial.go.cr/.../leyes/leypenal/LeyContraLaViolenciaDoméstica.mht > (05/09/2009)

interacciones sexuales mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal.

*Igualmente, se considerará violencia sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas.*³⁹¹

Por lo tanto este tipo de abuso se manifiesta a través de *relaciones sexuales forzadas, impuestas mediante amenazas e intimidaciones o con la fuerza física, la coerción a prácticas sexuales indeseadas, o la constricción a tener relaciones sexuales con terceros.*³⁹²

En la mayor parte de los países del mundo, los abusos sexuales y violaciones cometidos por el compañero íntimo no se consideran como un delito, y en muchas sociedades las mujeres no piensan que las relaciones sexuales forzadas sean una forma de violación si están casadas con el culpable o conviven con él. Se supone que una vez aceptado el contrato de matrimonio por la mujer, el marido tiene derecho a exigir de su esposa prestaciones sexuales ilimitadas.³⁹³

C. Violencia Psicológica: consiste se manifiesta mediante comportamientos que tienen como finalidad intimidar y atormentar a la víctima, la cual puede asumir diferentes formas: *amenazas de abandono o abuso, reclusión en el hogar, vigilancia estricta, amenazas de destitución del cuidado de los hijos, destrucción de objetos, aislamiento, agresiones verbales y humillaciones constantes.*³⁹⁴

³⁹¹ PODER JUDICIAL. Ob. Cit.

³⁹² UNICEF. "La Violencia Doméstica contra mujeres y niñas", Pág. 02. (Junio 2006).
<<http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest6s.pdf>>. (01/09/2009)

³⁹³ UNICEF. Ob. Cit.: 04.

³⁹⁴ UNICEF. Ob. Cit.: 02.

En la Ley contra la Violencia Doméstica está definida así:

Artículo 2 b) Violencia psicológica: acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal.

Esta categoría de violencia se caracteriza por ser intangible, lo cual dificulta más cuantificarla, definirla y denunciarla, produciendo en la mujer inestabilidad mental e impotencia.

Las víctimas declaran que la violencia psicológica significa torturas emotivas constantes y una vida basada en el terror, y que resulta a menudo más insoportable que la brutalidad física.³⁹⁵

Por otra parte, en ocasiones la tensión mental provocada por esta violencia llega a ser tal, que sus víctimas intentan suicidarse o bien se suicidan.

D. Violencia Económica o Patrimonial: comprende actos tales como, *negar dinero, rechazar la obligación de contribuir económicamente, la privación de alimentos y de las necesidades básicas, el control del acceso a la atención sanitaria, al empleo, embargar la casa y perderla, pasarla a otra persona, destruir los muebles y artículos del hogar.*³⁹⁶

En el artículo 2 e) de la Ley contra la Violencia Doméstica se define así,

Violencia patrimonial: acción u omisión que implica daño, pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o

³⁹⁵ UNICEF. Ob. Cit.: 04.

³⁹⁶ UNICEF. Ob. Cit.: 02.

*recursos económicos destinados a satisfacer las necesidades de alguna de las personas mencionadas en el inciso a) anterior.*³⁹⁷

Juan Diego González indica que algunos autores señalan la negligencia y carencia emocional como formas de violencia doméstica.

Entonces indica que por **negligencia** se entiende, *todo aquel comportamiento que tienda al descuido, desatención y abandono cuando la persona no puede valerse por sí misma. Como también comprende, el no proveer las necesidades básicas para la sobrevivencia, como la alimentación, vestido y vivienda.*³⁹⁸ (La letra en negrita y la cursiva no es propia del texto)

Fundamentalmente lo anterior se presenta en la relación adulto niño, pero también puede presentarse en relaciones de pareja.

Cabe destacar, sin embargo, que la población infantil, adultos mayores o las personas con alguna discapacidad son los grupos vulnerables a este tipo de maltrato.

En igual sentido, la **carencia emocional** que implica el descuido afectivo, falta de contacto físico y caricias, falta de interés y comunicación, constituye una forma de negligencia.³⁹⁹

Como se ha indicado anteriormente, los maltratos físicos pueden ser más “visibles” que los daños psicológicos, pero ello no significa que este último tipo de daño sea menos pernicioso. La repetición de humillaciones e insultos, el aislamiento forzado, los límites impuestos a la movilidad social, las amenazas

³⁹⁷ PODER JUDICIAL. (1996). “Ley contra la Violencia Doméstica”. < www.poder-judicial.go.cr/.../leyes/leypenal/LeyContraLaViolenciaDoméstica.mht > (05/09/2009)

³⁹⁸ ROJAS, JUAN DIEGO. “Violencia doméstica y medidas cautelares” (mar. 2002)] pág.17-38.<http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140900152002000100003&lng=es&nrm=iso>. (Septiembre 02 2009)

³⁹⁹ ROJAS, JUAN DIEGO. Ob. Cit. Págs. 17-38

constantes de violencias y ultrajes, y la negación de recursos económicos representan formas más sutiles e insidiosas de violencia.⁴⁰⁰

Michael Johnson un sociólogo americano, a mediados de los años noventa indicó que la Violencia Doméstica se puede dividir de la siguiente manera:⁴⁰¹

▪ **Terrorismo Patriarcal o Terrorismo Privado:** este tipo de violencia doméstica está basada en la desigualdad estructural.

1. La cual es perpetrada por el hombre.
2. Se motiva por el deseo de obtener el poder y control (patriarcal) sobre su compañera íntima.
3. Se presenta una clara distinción entre la víctima y el victimario, por la violencia persistente y abuso con el tiempo que se presenta, con el fin de suprimir los esfuerzos de la víctima para luchar contra ello.
4. La violencia tiende a subir de nivel.

(El autor califica este tipo de violencia, como aquel que se presenta en sentido fuerte).

▪ **Violencia Común de Pareja o Violencia Situacional de Pareja:**

1. Es cometida tanto por el hombre como por la mujer, en forma mutua.
2. No se presenta un patrón general de poder y control.
3. La distinción entre la víctima y victimario no es clara, al presentarse este tipo de violencia en forma recíproca.
4. La violencia se da en forma intermitente.

⁴⁰⁰ UNICEF. "La Violencia Doméstica contra mujeres y niñas". Pág. 04. (Junio 2006).
<<http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest6s.pdf>>. (01/09/2009)

⁴⁰¹ Esta división fué recopilada por DEMPSEY MADDEN MICHELLE. (2006) "What counts as Domestic Violence: A Conceptual Analysis". Pag.11. <www.westlaw.com> .(22/07/09)

(El autor indica que esta subdivisión corresponde la manifestación de violencia doméstica en su sentido débil).

- **Violencia de Resistencia:**

Esta se presenta cuando las víctimas de tortura privada utilizan la violencia física contra sus agresores, como por ejemplo: cuando la víctima mata a su esposo.

Cuando las mujeres son víctimas de este tipo de violencia, están sometidas a un conjunto de comportamientos que son cíclicos, que conforman el ciclo de la Violencia Doméstica.

Se debe señalar, que no necesariamente en todos los casos de violencia doméstica se da el ciclo en forma ordenada, por ejemplo, puede que surja en una etapa avanzada.

- **Ciclo de la Violencia Doméstica.**

Este ciclo está formado por una serie de comportamientos repetitivos en el tiempo y cada vez más frecuentes y graves. Donde el abusador selecciona el momento propicio para actuar, elige tácticas con el fin de asustar y aterrorizar a la víctima para mantener el dominio sobre ella.⁴⁰²

Dicho ciclo está compuesto por etapas, en las cuales la anterior está relacionada con la siguiente y cada etapa tiene consecuencias sobre la víctima y el testigo de la violencia.

Por otra parte, la intensidad y el intervalo de cada etapa varía de acuerdo al caso concreto de la pareja; pero el aumento de la violencia se va dando en etapas cada vez más cortas y violentas.

El ciclo de violencia está compuesto por tres fases, la de acumulación de tensión, la de explosión violenta y la de arrepentimiento o de "luna de miel".

⁴⁰² ROJAS, JUAN DIEGO. Ob. Cit. Págs. 17-38.

Dicho círculo se va a exponer con base al artículo “Violencia doméstica y medidas cautelares” del Lic. Juan Diego Rojas.⁴⁰³

▪ **Primera Fase: Acumulación de tensión**

Al inicio de las relaciones de pareja es muy difícil que surja violencia, pero con el transcurrir del tiempo incrementa el estrés, se acumulan tensiones, y diferencias.

La tensión del hombre aumenta, se muestra irritable, parece estar enojado sin motivo en varias ocasiones.

Todo empieza con sutiles menosprecios, ira contenida, fría indiferencia, sarcasmo, largos silencios, demandas irrazonables o manipuladoras.⁴⁰⁴ Por ejemplo, el hombre comparte menos con su compañera sus planes o sentimientos y parece tomar puntos de vista opuestos a los de ella menciona y da por sentado que el único punto de vista correcto es el suyo.

Es entonces cuando la mujer empieza a notar dicha situación y le pregunta a su pareja porqué está molesto, y él, por su parte niega su enojo y de alguna manera le contradice devolviéndole la culpabilidad, diciendo que ella es demasiado sensible, que está haciendo un problema de nada, que quiere iniciar una discusión, o bien que no sabe de qué le está hablando.

Ella se llega a sentir confundida, duda de lo que está percibiendo, se siente culpable por lo que sucede y cree que su pareja no la entiende porque ella se comunica mal.

Entonces, se cuestiona qué es lo que está haciendo mal, analiza su propia conducta, se echa la culpa de lo que pasa y excusa a su compañero con alguna clase de justificación.

⁴⁰³ ROJAS, JUAN DIEGO. “Violencia doméstica y medidas cautelares” (mar. 2002)] pág.17-38.<http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140900152002000100003&lng=es&nrm=iso>. (Septiembre 02 2009)

⁴⁰⁴ ROJAS, JUAN DIEGO. Ob. Cit. Págs.17-38.

Por otra parte, trata de evitar que el hombre se enoje, hace de todo para calmar la ira antes de que él se vuelva más peligroso, pero siempre hay algo que ella hace o dice que lo molesta. Cuanto más se disculpa ella por sus "errores" más se enoja él. Entre más le exprese su amor, él la percibe empalagosa, dependiente e incluso exasperante.

En esta etapa del ciclo, el compañero se empieza a distanciar emocionalmente de su pareja; y ella por su parte siente pánico de que la abandone y se apega más a su compañero; disculpándose, manifestando sus emociones, y esperando que se aclare lo que está pasando. Pero su compañero se harta y siente necesidad de castigarla ya sea verbal o físicamente o de las dos maneras.

El agresor trata de controlar el tiempo y comportamiento de la mujer, la aísla de su familia y amigos.⁴⁰⁵

En esta primera fase es muy frecuente que la persona agresora descargue su furia hacia los objetos, como por ejemplo, tirando las puertas, las cosas al suelo, a la pared, rompiéndolas.

Esta fase puede durar días, semanas, meses o años, pero con el transcurso del tiempo se va acortando su duración.⁴⁰⁶

Las personas agredidas en ocasiones no aceptan que están ante una situación de violencia, con el fin de obviarla y no sufrir por ello, como un mecanismo de defensa.

▪ **Fase Segunda: Fase de la explosión violenta, explosiva o episodio agudo de violencia.**

La llegada de esta fase es anticipada por las personas agredidas, de manera que se genera en ellas una gran ansiedad, depresión y síntomas psicossomáticos como insomnio, pérdida de apetito, comer impulsivo y una gran

⁴⁰⁵ ROJAS, JUAN DIEGO. Ob. Cit. 17-38.

⁴⁰⁶ ROJAS, JUAN DIEGO. Ob. Cit. 17-38.

fatiga. La mayoría de las víctimas no suelen denunciar la agresión ya que considera que nadie puede ayudarlas a salir de ese evento.⁴⁰⁷

En esta fase aparece la necesidad por parte del compañero de descargar las tensiones acumuladas y es ahí donde surgen las agresiones. Como por ejemplo: insulta, dice cosas hirientes, pega, lanza o rompe objetos, se emborracha, permanece mudo días, pelea con otros, tiene un romance, compra cosas muy caras, juega, rechaza a la pareja, fuerza las relaciones sexuales, corta la tarjeta de crédito a la pareja, deja su trabajo, avergüenza a su pareja en público, cuenta historias de ella a sus espaldas o enfrente de ella, cambia de casa, amenaza con violencia, con llevarla a un manicomio o llevarse a los hijos, rompe la promesa de conducir con precaución, depriva de sueño a la pareja, castiga en el ámbito emocional.⁴⁰⁸

Después de haber agredido a su pareja, la tensión y el estrés desaparecen en el agresor, y si llega a intervenir la policía éste se muestra tranquilo, relajado; a diferencia de la mujer, que por su parte se muestra confundida, con histeria de la agresión sufrida, y en crisis.

En esta etapa ella no toma represalias hacia a su pareja, debido a la posición de desigualdad y vulnerabilidad en la que se encuentra, viviendo una indefensión aprendida, sintiéndose débil e impotente.

▪ **Fase tercera: Fase de calma, arrepentimiento o de "luna de miel"**

Esta fase se caracteriza por la calma, arrepentimiento, amor, cariño y no violencia. Esto puede darle a la pareja esperanzas de cambio en su comportamiento, promete buscar ayuda y no volver a maltratarla.

El agresor se siente sinceramente apenado después de cometer el abuso (por lo menos las primeras veces), pide perdón, llora, promete cambiar,

⁴⁰⁷ ROJAS, JUAN DIEGO. Ob. Cit. 17-38 citado, el Manual de Procedimientos en Violencia Doméstica del Poder Judicial.

⁴⁰⁸ ROJAS, JUAN DIEGO. Ob. Cit. 17-38.

ser amable, buen marido, novio, compañero, buen padre y llega a admitir que lo ocurrido estuvo mal.

Esa actitud suele ser convincente porque en ese momento él se siente culpable de verdad y además siente que ella ahora es quien tiene el poder.

Si no hay intervención profesional y la relación continúa, existe una gran posibilidad de que la violencia aparezca con aumento de severidad. El abusador tiene miedo de perder el control de su pareja y hace todo lo posible para mantener la relación.⁴⁰⁹

Si ella lo había dejado, él hace lo que sea para que acepte regresar de nuevo. Por ejemplo, se muestra amable, cariñoso, atento, bondadoso, ayuda con las tareas del hogar, deja de beber o consumir drogas.

Y ella por su parte, cree que si deja de beber o consumir, también puede dejar de pegarle.

Pero beber no es la causa de la agresión, si así fuera el maltrataría también a otras personas. Pero curiosamente, suele ser encantador con el resto del mundo aunque esté borracho. Usa el hecho de hacer terapia, en países donde es más frecuente este recurso, como signo concluyente de su curación "*aquello ya terminó, estoy haciendo terapia y ya soy otro*". Durante un tiempo él dice y hace todo lo que la compañera quiere. Ella está en éxtasis, tiene poder, tiene a su hombre detrás, responsabilizándose y amándola. El se relaja un poco en las restricciones que imponía, ella no se siente tan aislada. Están ahora en una nube de "luna de miel".⁴¹⁰

El autor del artículo en el cual se basó para explicar este ciclo indica que, no es lo mejor llamar a esta etapa "luna de miel" ya que este "buen" periodo puede no ser tan bueno, porque "él" decide cuando empieza y cuando acaba. Además que existe una mayor probabilidad de que la mujer sea violada,

⁴⁰⁹ ROJAS, JUAN DIEGO. Ob. Cit. 17-38.

⁴¹⁰ ROJAS, JUAN DIEGO. Citando la consulta realizada a la [www.SoloparaMujeres.com/violencia doméstica](http://www.SoloparaMujeres.com/violencia_doméstica).

y que para ella sea el tiempo más confuso y difícil. Por lo tanto él preferiría denominar a esta fase, de manipulación afectiva.

Es muy importante tener presente que este ciclo es reiterativo, aumenta en intensidad y letalidad, por períodos que varían en cada relación. Ello explica, en gran medida, como llegan a ser víctimas las personas agredidas y cómo caen en el comportamiento de la desesperanza o invalidez aprendida y por qué no intentan escapar de ese ciclo.⁴¹¹

Una vez superada esta etapa el celo decrece y empieza de nuevo el ciclo en escalada con irritabilidad y aumento de tensión, acaba la etapa relativamente agradable para iniciar un nuevo ciclo en el que él intenta crear miedo y obediencia más que respeto e igualdad.⁴¹²

▪ **Consecuencias**

Son numerosas las consecuencias que trae consigo la violencia doméstica, tales como físicas, emocionales, psicológicas, patrimoniales, hasta mortales.

A continuación se mostrarán otras consecuencias que se relacionan con las anteriores y que han sido expuestas por la Unicef en su Revista *Innocenti Digest*.⁴¹³

▪ **Negación de derechos fundamentales**

Con la Violencia Doméstica se violan una serie de derechos y libertades fundamentales del ser humano, por lo tanto se ha creado una serie de instrumentos internacionales que combatan este mal.

⁴¹¹ ROJAS, JUAN DIEGO. Citando al Manual de Procedimientos en Violencia Doméstica del Poder Judicial.

⁴¹² ROJAS, JUAN DIEGO. Ob. Cit. 17-38.

⁴¹³ UNICEF. “La Violencia Doméstica contra mujeres y niñas”, Pág 08-09. (Junio 2006).<
<http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest6s.pdf>>. (01/09/2009)

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), tienen la particularidad que se inspiran en una concepción amplia de los Derechos Humanos, que va mucho más allá de los derechos civiles y políticos, cubriendo cuestiones de importancia vital como la sobrevivencia económica, la salud y la educación, que afectan la calidad de la vida cotidiana de la mayor parte de las mujeres y los niños. Estas convenciones invocan el derecho a la protección contra abusos y omisiones debidos a la diferencia de género.⁴¹⁴

- **Obstáculos para el desarrollo humano**

Un país no puede alcanzar de la misma manera el desarrollo económico y humano que podría, si no permite a sus mujeres participar en las actividades de la sociedad y si no toma acciones efectivas contra este tipo de violencia.

Por ejemplo, si no les permiten participar los países desperdician al menos la mitad del capital humano de su población.

Por otra parte, si no se combate contra la Violencia Doméstica se elevan los costos económicos del país. (En la Sección dos esto se analizará, bajo la perspectiva D. “Los Costos Económicos de La Violencia Doméstica”).

- **Consecuencias sanitarias**

La violencia doméstica contra las mujeres acarrea bastantes consecuencias físicas y psicológicas, que pueden llegar a ser letales.

Lo anterior se puede ejemplificar de la siguiente manera, quienes se encuentran en situaciones violentas tienen menos posibilidades de utilizar anticonceptivos, métodos de barrera, por lo tanto corren un mayor riesgo de contraer enfermedades de transmisión sexual, como el VIH/SIDA, tener embarazos no deseados, y con ello las complicaciones letales y salubres que pueden tener la práctica de un aborto.

⁴¹⁴ UNICEF. Ob. Cit.: 09.

En el ámbito psicológico se puede decir que, entre las mujeres maltratadas es elevada la incidencia de la tensión nerviosa y de las enfermedades relacionadas con dicha tensión, tales como la neurosis postraumática, los ataques de pánico, la depresión, los trastornos de la alimentación y de sueño, la alta presión sanguínea, el alcoholismo, el abuso de drogas, y la baja autoestima. Algunas mujeres en depresiones fuertes recurren al suicidio.

- **Repercusiones para los niños**

Los niños que han presenciado episodios de violencia doméstica o que han sufrido abusos en carne propia, presentan problemas de salud y de conducta, entre los cuales figuran diferentes trastornos relacionados con el peso, la alimentación y el sueño.⁴¹⁵

Además que se les puede llegar a dificultar el estudio, entablar amistades estrechas y positivas; como también pueden intentar escaparse del hogar o manifestar tendencias suicidas.

Alrededor de la Violencia Doméstica giran bastantes mitos, por lo tanto nos dimos la tarea de recopilar algunos y exponerlos en el siguiente apartado. Ya que consideramos que tanto la comunidad en general, como los operadores del derecho y las diferentes profesiones, deben conocerlos y saber la realidad que se esconde detrás de ellos, para poder actuar sin tener que esperar a las últimas consecuencias.

- **Mitos**

Seguidamente se expondrán veintiséis mitos, los primeros siete fueron tomados del artículo, “The Lawyers Basic Guide to Domestic Violence” (La Guía Básica de Abogados acerca la Violencia Doméstica) de Jo Ann Merica. Y los restantes se recopilaron del artículo “Top 10 Myths about Domestic

⁴¹⁵ UNICEF. Ob. Cit. Pág 09, citando a Jaffe P.G., Wolfe D.A. y Wilson S.K. (1990), Children of Battered Women. Developmental Clinical Psychology and Psychiatry, vol. 21, Publicaciones Sage, California.

Violence” (Los 10 primeros mitos acerca la Violencia Doméstica) de Judith A. Wolfer.

Se iniciarán con lo de Jo Ann Merica⁴¹⁶.

- **La Violencia Doméstica ocurre principalmente en las áreas pobres urbanas y a gran escala en las minorías raciales:** la Violencia Doméstica no distingue étnias, razas, edades, nacionalidades, religiones o posiciones socioeconómicas.

- **Las mujeres que tienen salario no son víctimas de este tipo de violencia:** las víctimas de este tipo de violencia pueden profesionales, tales como: como doctoras, juezas, científicas, entre otros.

- **Si las mujeres maltratadas realmente quisieran, podrían fácilmente salir de la situación de violencia:** las mujeres que dejan a quienes las agreden, corren mayor riesgo de ser matadas, en comparación de quienes se quedan con sus agresores.

- **Las mujeres de dinero que quieren salir de una relación violenta no tienen problema en hacerlo:** en Estados Unidos al menos, el cincuenta por ciento de las mujeres y niños sin hogar, es por causa de la violencia en su hogar.

⁴¹⁶ MERICA JO ANN. “THE LAYWERS BASIC GUIDE TO DOMESTIC VIOLENCE”. (1999 October). Pág 01-02. <www.westlaw.com> (22/07/09).

- **Hombres de dinero, respetables, no son autores de Violencia Doméstica:** los agresores pueden ser hombres profesionales, respetables en su trabajo y comunidad.

- **La Violencia Doméstica no afecta a los niños, al menos que ellos también sean abusados:** los niños que presencian actos de violencia en el hogar, muestran trastornos emocionales, de comportamiento, como la agresión contra sus compañeros, familiares, la propiedad, baja autoestima, pesadillas, sentimiento de culpa, se torna retraído.

Por otra parte, la mayoría de los agresores presenciaron violencia doméstica en su familia.

- **Las víctimas de Violencia Doméstica no van a buscar ayuda, y la van a rechazar si se les ofrece:** la mayoría de estas víctimas hacen esfuerzos para detener la violencia o bien para recibir ayuda por parte de instituciones en su comunidad.

Seguidamente se expondrán los mitos restantes con su respectiva réplica, los cuales como se indicó con anterioridad fueron tomados del artículo "Top 10 Myths about Domestic Violence".⁴¹⁷ El cual respalda sus respuestas a partir de diversos estudios realizados en Estados Unidos, pero al ser la Violencia Doméstica un problema que no respeta límites geográficos, se tomaron los aspectos generales para contar con una perspectiva amplia.

- **La Violencia Doméstica ocurre cuando el agresor pierde el control de si mismo:** es un mito, por que la Violencia Doméstica surge del deseo por

⁴¹⁷ WOLFER A JUDITH. "Top 10 Myths about Domestic Violence" (2009 Mayo-Junio). Pág 01-04 <www.westlaw.com> (22/07/09).

parte del agresor de ejercer control y dominio sobre su pareja, ya que se siente con derecho a hacerlo y no porque de repente éste se enojó.

- **Los hombres y las mujeres se golpean unos a los otros por igual:** la Violencia Doméstica continúa siendo más frecuente, perjudicial y letal para las mujeres que para los hombres; de hecho es más frecuente que la mujer muera en manos de su compañero que viceversa.

- **Si una mujer no deja a su agresor es porque en realidad no le teme:** Judith Wolfer indica que estudios han demostrado que la mujer corre más riesgo de sufrir lesiones graves o la muerte cuando ella deja al agresor, que si se queda con él.

La autora en su artículo menciona los siguientes casos, en los cuales se ejemplifica lo anterior.

V.W. tenía miedo ser agredida por su esposo, y a la hora de reportarle al policía que había sido golpeada tenía miedo de dar el nombre de él. Cuando ella intentó dejarlo, éste la mató.

Otro ejemplo es el caso de Y. C., en el cual ella fue quemada por su esposo en su lugar de trabajo después de haberlo dejado meses atrás.

Lo anterior evidencia que tener miedo de escapar es un sentimiento razonable.

Por otra parte, se debe tomar en cuenta otras circunstancias que influyen en que la mujer no pueda salir de esa relación de violencia. Por ejemplo: que no cuente con otro lugar a donde ir, depende económicamente de él tanto ella como su familia, todavía le importa su pareja o se siente responsable por él, se queda con él por el bienestar de los menores de edad, siente miedo o vergüenza de pedir ayuda, está cansada de escapar .

- **Obtener una orden de protección no sirve de nada, es solo una hoja de papel:** las medidas de protección si proveen seguridad, el problema radica en aquellas órdenes que son temporales y nada más.

- **Cuando un hombre amenaza a su pareja de matarla, él en realidad no hablaba en serio:** las estadísticas indican que la persona cuando manifestó su amenaza estaba hablando en serio.

En un estudio realizado en Estados Unidos se encontró que aquellas mujeres que habían sido amenazadas de muerte, eran quince veces más propensas de que las mataran, que aquellas que no les habían hecho esa clase de amenaza.

- **No existe ninguna manera de predecir si un hombre va a matar a su compañera o la va a herir seriamente:** el factor más claro que puede predecir esta situación, es si la pareja tiene un arma, la amenaza con ella o bien la usa.

Otro factor indicativo, son las amenazas.

Se debe de tomar en cuenta ciertas circunstancias, como las siguientes: si el agresor injiere licor, drogas; obliga a su pareja a mantener relaciones sexuales, ha intentado de estrangularla, asfixiarla, abusa de ella durante el embarazo, está desempleado, presenta comportamientos de acecho y la la víctima sospecha que la pueden matar. Incrementa más su peligro, si el agresor tiene acceso a un arma durante el periodo de separación.

- **El hecho de que el padre abuse de la madre, no significa que no sea un buen papá:** los estudios revelan que alrededor del treinta a sesenta por ciento de los niños que sus madres han sido víctima de abuso, pueden llegar a ser objeto del mismo.

Y a pesar que ellos no sean objeto de abuso físico, vivir en un hogar donde se sufre Violencia Doméstica hace que tengan repercusiones en el ámbito psicológico y emocional.

Por otra parte, si la madre ha sido objeto de abuso, el menor de edad puede ser maltratado por ella.

- **Las mujeres solicitan órdenes de protección para obtener ventaja en un eventual caso de custodia:** la mayoría de las víctimas solicitan órdenes de protección para parar la agresión.

Por otra parte, con la custodia definida se evita que el menor de edad ande “rodando”, por otra parte la víctima evita tener que interactuar con el agresor y no corre el riesgo de ser objeto de algún ataque.

- **Dentro del matrimonio no se da la violación o abusos sexuales:** la violación y el abuso sexual son formas de comunicar dominación y control.

Y por lo menos en la mitad de las relaciones en donde se sufre de Violencia Doméstica se hacen presente estos delitos, independientemente si está casada o no la pareja; ya que se tiene la idea de que la mujer le debe de rendir “servicios sexuales” a los hombres.

(El décimo mito expuesto en el artículo es respecto a la efectividad de las normas en Maryland, por lo tanto no se enunció).

Para concluir con la parte general de Violencia Doméstica de este capítulo, se dirá que esta abarca tres elementos: la violencia, la domesticidad (tiene que ver con el tipo de relación que se mantiene o se tuvo con el agresor), y la desigualdad estructural (comprende lo relacionado a las estructuras sociales y relaciones de poder).

B. Según Tratados Internacionales y Legislación Nacional.

Es importante señalar desde ahora que, *no existe una norma Universal que específicamente se refiera a la No Violencia Doméstica como un Derecho Humano, pero si existen tratados internacionales y regionales que interpretados – e inclusive algunos que la prohíben específicamente- pueden derivar en una forma de protección para las personas víctimas de éste mal.*⁴¹⁸

En el ámbito de la Legislación Internacional, la comunidad Internacional comienza seriamente a tomarle relevancia a la violencia doméstica cuando las Naciones Unidas rechazan la discriminación basada en género y posteriormente cuando en 1993 se lleva a cabo la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos.⁴¹⁹ En esta específicamente se confirma –por más obvio que parezca- que los derechos de las mujeres son derechos humanos, y que los podrían entonces ser responsables por permitir o fallar en prevenir la violencia doméstica y por ende, fallar en proteger a ciudadanas en general.⁴²⁰

De forma general, Las Naciones Unidas ha reconocido que la Legislación Internacional básica que cubre los Derechos Humanos está compuesta de: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁴²¹ Adicionalmente y más específicos a lo que nos interesa, tenemos la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Castigos crueles, inhumanos o degradantes, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra las Mujeres; y regionalmente la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belem Do Para", que si

⁴¹⁸ MEYERSFELD, BONITA. (2008) : 5.

⁴¹⁹ VESA, ANDREA. (2004): 313.

⁴²⁰ Ver VESA, ANDREA. Ob. Cit.: 314.

⁴²¹ Ver VESA, ANDREA. Ob. Cit.: 318.

hace referencia directa a la protección de la mujer de la Violencia Doméstica y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos: esta Declaración supone las bases de equidad de género y el Derecho Fundamental a estar libre de discriminación basado en género.

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”⁴²²

En el artículo primero de la Declaración claramente coloca a hombres y mujeres en un plano de igualdad de derechos y a ambos con dignidad humana. Esto sólo hace hincapié en que todos somos iguales y en que no debería existir discriminación. Inclusive para ser más específicos en el artículo segundo de dicha Declaración se estipulan los distintos tipos de discriminación que no pueden existir:

“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.”⁴²³

En posteriores artículos se establecen los derechos a la vida, a la libertad, a la seguridad de su persona, a la no esclavitud ni a la servidumbre, a no ser torturados o sometidos a tratos crueles o degradantes; derechos que

⁴²² Artículo 1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁴²³ Artículo 2. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

claramente son violentados cuando se está dentro de una situación de violencia doméstica.

De esta forma los homicidios, el encarcelamiento en el propio hogar, el deber de servir o atenerse a las consecuencias, sufrir de violaciones, respectivamente, son ejemplos de los derechos arriba mencionados. Así que como se puede ver, la No Violencia Doméstica está implícitamente incluida como un Derecho Humano.

2. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en este Pacto de 1976 se protegen el derecho a la Vida, a estar libre de tortura y el derecho a ser libre de cualquier tipo de discriminación que pueda calificar como violencia contra las mujeres.

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”⁴²⁴

Importa mencionar el compromiso legal que se crea al ratificar el Pacto, ya que cada país deberá respetar los derechos que en el mismo se estipulan y deberá también hacer que se respeten y proteger a la persona a la cual no se le han respetado. De esta forma una persona que ha sufrido violencia doméstica puede perfectamente demandar protección ante el Estado porque le han violentado sus derechos.

También se hace presente la equidad entre los géneros, que gozarán de la misma protección:

⁴²⁴ Artículo 2, párrafo 1. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.”⁴²⁵

3. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

“Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.”⁴²⁶

En este párrafo se plasma de manera muy adecuada, que las personas no pueden disfrutar de una vida plena y desarrollarse a menos de que los Estados se unan para crear las condiciones de respeto e igualdad.

Si bien es cierto, este instrumento es más utilizado para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres, es posible que se tenga como herramienta para la protección contra la violencia, por ejemplo en el artículo 12, en su párrafo primero:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”⁴²⁷

Se garantiza el derecho a la salud, al completo bienestar físico.

4. Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: suscrita el 7 de noviembre de 1967, este documento de las Naciones Unidas nació por la preocupación entre los Estados de que no obstante los distintos pactos y convenciones que proclamaban la igualdad de derechos

⁴²⁵ Artículo 3. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

⁴²⁶ Preámbulo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁴²⁷ Artículo 12. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

entre hombres y mujeres, todavía existía muchísima discriminación hacia la mujer.

“La discriminación contra la mujer, por cuanto niega o limita su igualdad de derechos con el hombre, es fundamentalmente injusta y constituye una ofensa a la dignidad humana.”⁴²⁸

Con esas palabras se desarrolla el primer artículo de la Declaración, que continúa con una serie de deberes por parte de los Estados para asegurar la igualdad de derechos políticos, civiles y sociales, entre hombres y mujeres.

5. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra las Mujeres:

“Afirmando que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales e impide total o parcialmente a la mujer gozar de dichos derechos y libertades, y preocupada por el descuido de larga data de la protección y fomento de esos derechos y libertades en casos de violencia contra la mujer,”⁴²⁹

Surge este instrumento para tratar de reforzar la ya existente Convención contra la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y en él se define que es violencia contra la mujer:

“A los efectos de la presente Declaración, por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.”⁴³⁰

⁴²⁸ Artículo 1. Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

⁴²⁹ Preámbulo de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra las Mujeres.

⁴³⁰ Artículo 1. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra las Mujeres.

Vemos que en este concepto no se habla específicamente de violencia doméstica, pero si se hace referencia a la esfera privada que es exactamente el ámbito en el que se desarrolla la violencia doméstica. Seguidamente en el artículo segundo se exponen actos que también pueden constituir violencia doméstica y que quedan absolutamente prohibidos según esta declaración:

“Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación.”⁴³¹

6. Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres: este instrumento no prohíbe específicamente la violencia contra las mujeres, pero su comité creador ha incorporado la violencia de género en la prohibición genérica de discriminación basada en género.⁴³²

“Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.”⁴³³

⁴³¹ Artículo 2. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra las Mujeres.

⁴³² Ver VESA, ANDREA. Ob. Cit.: 326.

⁴³³ Artículo 3. Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres.

El artículo tercero de la presente Convención obliga a los Estados a proteger a las mujeres en todas las esferas con el fin de asegurar su pleno desarrollo y garantizar el goce de sus derechos.

“Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.”⁴³⁴

La mujer, como el hombre, tienen capacidad jurídica propias, no están sujetos uno del otro para actuar y no pueden ser obligados uno por el otro.

7. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Castigos crueles, inhumanos o degradantes:

"Cualquier acto por el cual se inflinge intencionadamente un daño severo, tanto físico como mental sobre una persona, con el propósito de obtener de él/ella o de una tercera persona información o una confesión, castigarlo por un acto que él/ella o una tercera persona ha cometido o es sospechoso de haber cometido, o intimidar o coaccionar a esa persona o a una tercera persona, o por cualquier razón basado en discriminación de cualquier tipo, cuando dicho dolor o sufrimiento sea inflingido por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia.”⁴³⁵

Esta es la definición de tortura que se da en la Convención. Se puede notar las similitudes con muchísimos casos de violencia doméstica, por ejemplo, cuando un esposo castiga a su esposa por un acto que cometió. Es muy extremo suponer que la violencia doméstica constituye siempre tortura,

⁴³⁴ Artículo 15. Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres.

⁴³⁵ Artículo Primero. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Castigos crueles, inhumanos o degradantes.

pero si es posible que en algunos casos el abuso sea tan severo que se equipare con la tortura. Más adelante profundizaremos esta perspectiva.

8. Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belem Do Para": este es uno de los instrumentos que mejor define la Violencia Doméstica y que engloba como un derecho de la mujer el poder vivir sin ser víctima de ésta.

Entró en vigencia el 5 de marzo de 1995 y define la violencia contra la mujer así:

*"...cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado."*⁴³⁶

Como en otros instrumentos, los Estados que suscriben consideran que la violencia contra la mujer *"constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades."*⁴³⁷

Por otro lado, especifica perfectamente cuáles circunstancias se incluyen dentro de la violencia contra la mujer, resaltando en primera instancia la Violencia Doméstica:

"Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

⁴³⁶ Artículo 1. Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belem Do Para".

⁴³⁷ Preámbulo. Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belem Do Para".

b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.” (La Negrita no es original)⁴³⁸.

Posteriormente, la Convención continúa con una gama variada de derechos entre los cuales están: el derecho a una vida sin violencia (dentro del ámbito público o privado), el derecho a la vida, a la integridad física y mental, a la libertad, a la seguridad, a la dignidad humana, a la igualdad ante la ley, entre otros.

Por su parte, los Estados se comprometen a implementar los mecanismos necesarios para que las disposiciones de esta Convención sean cumplidas.

9. Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José): fue suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana de los Derechos Humanos en Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.

Se trata de un Instrumento regional de protección a los Derechos Humanos de manera general y siguiendo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Contiene esta Convención los deberes de los Estados miembros (respetar los Derechos Humanos y adoptar las leyes necesarias para respetarlos),⁴³⁹ y los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

⁴³⁸ Artículo 2. Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belem Do Para".

⁴³⁹ Artículos 1 y 2. Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Como dijimos, es un Instrumento que posee los Derechos Humanos de manera general, sin entrar a ver la situación específica de los Derechos de la Mujer.

Consideraciones Necesarias

Hemos dispuesto los precedentes Instrumentos Internacionales con la intención de que el lector conozca que también existen otras maneras de buscar alivio ante la Violencia Doméstica, que existe la posibilidad, por medio de los Derechos Humanos, de hacer valer la protección de un Estado ante esta epidemia.

La idea de utilizar los Instrumentos Internacionales viene porque en la mayoría de éstos implícitamente se encuentra el deber del Estado de proteger a las personas de la Violencia Doméstica, lo que surge como una herramienta posible a la cual acudir cuando se han agotado todas las vías domésticas para la protección del individuo.

Legislación Local

En Costa Rica, además de haber ratificado los anteriores Instrumentos Internacionales, poseemos una serie de leyes construidas para la protección de los Derechos de las Mujeres.

Es en 1984 Costa Rica inició sus esfuerzos para proteger a las mujeres. El 2 de octubre de ese año entra en vigencia la Ley 6968, que se creó para hacer efectiva la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.⁴⁴⁰ Posteriormente, Costa Rica continúa con la creación de legislación relevante en el campo de los derechos de la mujer, dentro de la que se encuentran:

⁴⁴⁰ INAMU. "Avances Legales hacia la Equidad de Género".
<http://www.inamu.go.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=43&Itemid=373>
Consultado el 9 e septiembre del 2009.

1. La Ley 6968: en dicha ley se aprueba la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

En su artículo segundo se plasma la obligación que tiene el Estado en esta materia, obligándosele a vetar cualquier tipo de discriminación contra la mujer y crea los instrumentos que sean necesarios para implementar dicha Convención.

“Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

a) *Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio.*

b) *Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer.*

c) *Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.*

d) *Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación.*

e) *Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.*

f) *Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y practicas que constituyen discriminación contra la mujer.*

g) *Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.*⁴⁴¹

2. Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer (Ley Número: 7142): creada en 1990, establece la equidad de ambos en géneros en cuestiones de derechos sociales, políticos y económicos, así reformas al Código de Trabajo como la imposibilidad de despedir a una mujer embarazada y las regulaciones de los lugares de trabajo en cuanto a su salubridad o peligrosidad, entre otras.

*“Es obligación del Estado promover y garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en los campos político, económico, social y cultural.”*⁴⁴²

En esta ley también se analizan aspectos como la protección contra violencia sexual, los derechos patrimoniales, la participación en política y el ejercicio de cargos públicos.

3. Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia (Ley Número: 7476): con esta ley del 3 de Febrero de 1995 se pretendió *“prohibir y sancionar el acoso u hostigamiento sexual como práctica*

⁴⁴¹ Artículo Primero. Ley 6968: Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

⁴⁴² Artículo Primero. Ley 7142: Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer.

*discriminatoria por razón del sexo, contra la dignidad de la mujer y del hombre en las relaciones laborales y de docencia.*⁴⁴³

4. Ley contra la Violencia Doméstica (Ley Número 7586): esta ley entró a proteger a las mujeres víctimas de violencia doméstica, comprendiendo esta violencia con otros sub tipos establecidos en la ley: violencia sexual, patrimonial, psicológica y física.

Contiene también medidas de protección que restringen el acercamiento del agresor a la víctima y los deberes que debe seguir el cuerpo policial cuando deba lidiar con estos casos, así como también los deberes estatales.

“Esta ley regulará la aplicación de las medidas de protección necesarias para garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas de la violencia doméstica.

Los jueces deberán procurar que los agresores no utilicen contra las víctimas la presente ley, cuyo principio rector es el artículo 51 de la Constitución Política. Le corresponderá brindar protección especial a madres, niños, personas de sesenta años o más y personas discapacitadas, tomando en cuenta las situaciones específicas de cada uno.

*Asimismo, esta ley protegerá, en particular, a las víctimas de violencia en las relaciones de pareja y donde exista abuso sexual incestuoso.*⁴⁴⁴

5. Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres (Ley Número 8589): más recientemente en el 2007 se creó esta ley que tiene como finalidad *“proteger los derechos de las víctimas de violencia y sancionar las formas de violencia física, psicológica, sexual y patrimonial contra las mujeres mayores de edad, como práctica discriminatoria por razón de género,*

⁴⁴³ Artículo 2. Ley 7476: Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia.

⁴⁴⁴ Fines de Esta ley. Artículo Primero. Ley Contra la Violencia Doméstica.

*específicamente en una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no...*⁴⁴⁵

El ámbito de aplicación de esta ley está sucrito a que las conductas estén dirigidas a una mujer mayor de edad, que esté casada o en unión de hecho, sea esta declarada o no.⁴⁴⁶ Sanciona conductas de violencia como violaciones sexuales, feticidio, maltratos, violencia emocional, amenazas, entre otras.

Sin embargo, esta ley deja por fuera la violencia que se puede dar en una noviazgo o en el concubinato (que no son lo mismo que unión de hecho) o en relaciones homosexuales.

6. Código de la Mujer (Compendio): también se realizó en 1996 por la Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, un compendio en el que recopilaron disposiciones legales relacionadas con los derechos de las mujeres que se clasificaron en 8 categorías⁴⁴⁷:

- Derechos en general.
- Derechos a una vida libre de violencia.
- Derecho a la no discriminación de las mujeres en el empleo.
- Derechos en el ámbito familiar.
- Derecho a la salud
- Derecho a la participación política.
- Derecho a la imagen sin estereotipos sexuales
- Instituciones de protección de los derechos de las mujeres.

⁴⁴⁵ Artículo Primero. Ley 8589 o Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres.

⁴⁴⁶ Artículo 2. Ley 8589 o Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres.

⁴⁴⁷ INAMU: "Otros Instrumentos".

<http://www.inamu.go.cr/index.php?option=com_content&task=view&id=274&Itemid=803>

Consultado el 9 de septiembre del 2009.

C. Actualidad de la Violencia Doméstica.

La Violencia Doméstica, es un fenómeno que no distingue edad, cultura, nivel de educación, extracto social, región o nacionalidad, es un problema que se presenta a nivel mundial.

Hasta el año 2006 solamente 44 países (aproximadamente) de 198 países que conforman el planeta Tierra, habían adoptado una legislación específica para hacer frente a la violencia doméstica ⁴⁴⁸ .

Un estudio realizado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el año 2005 reveló que, *la violencia en la pareja es la forma más común de violencia en la vida de las mujeres, y sucede con mayor frecuencia que las violaciones o agresiones cometidas por extraños o simples conocidos.* ⁴⁴⁹

Para dar un panorama amplio de cómo la Violencia Doméstica se presenta alrededor del mundo, expondremos los siguientes datos recopilados por la Organización Panamericana de la Salud en el 2003.

- *El 33% de las mujeres entre 16-49 años han sido víctimas de acoso sexual.*
- *Al menos un 45% de las mujeres han sido amenazadas, insultadas o han visto la destrucción de su propiedad personal.*
- *Entre el 10-50% de mujeres en cada país (dónde existen datos fiables) han experimentado abuso físico de su pareja.*
- *En 1998 la violencia interpersonal fue la décima causa de muerte en mujeres de 15 a 44 años.*
- *En las economías desarrolladas la violencia de género es responsable por uno de cada cinco días de vida saludable perdidos en mujeres de edad reproductiva.*

⁴⁴⁸ Datos recopilados de, Unicef. Ob. Cit.: 03.

⁴⁴⁹ OMS. "Landmark study on domestic violence: WHO report finds domestic violence is widespread and has serious impact on health". (Noviembre 25 2005). <
<http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2005/pr62/en/index.html>>. (28/08/09)

- *En un estudio de mujeres maltratadas en Costa Rica, el 49% reportaron haber recibido golpes durante el embarazo, y 7,5% de ellas sufrieron abortos espontáneos como resultado.*
- *Una encuesta canadiense de 1995 mostró que la violencia contra las mujeres costó CDN\$1,5 billones en productividad laboral perdida y uso de servicios médicos y comunitarios.*
- *En estudio realizado en Sao Paulo, Brasil mostró que entre las muertes de mujeres de edad reproductiva, 13% fueron homicidios; de las cuales 60% fueron cometidos por las parejas de las víctimas (IJGO 63, 1998).*
- *Cada año, 700,000 mujeres son violadas o sexualmente acosadas en los Estados Unidos (UNFPA).*
- *90% de niñas Peruanas entre 12-16 años que dieron a luz fueron embarazadas por violación, frecuentemente por incesto (1997).⁴⁵⁰*

Y como se ha indicado en páginas atrás de esta tesis, el problema de la Violencia Doméstica se presenta tanto en países que han promulgado leyes que la combaten, como en otros que se quedan de brazos cruzados y consideran que es un problema de esfera privada.

En países como Ecuador, Chile, India, Irlanda del Norte, Sur África, Korea del Sur, cuentan con leyes que combaten este tipo de violencia pero son ineficaces debido al fallo del sistema legal, el cual comprende a sus agentes de policía, como a sus cortes.

Para ilustrar lo anterior en Irlanda del Norte, la policía tiene la autoridad para arrestar a los abusadores bajo los procedimientos internos con los que cuenta el país. Pero ésta con regularidad acosa a las mujeres, porque les ve como objetos sexuales y porque consideran que las leyes que regulan los delitos contra la mujer, no valen la pena hacerlas cumplir.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ OPS. "Violencia contra las mujeres".(2003). Pág. 01.

<http://www.paho.org/Spanish/AD/GE/VAW2003sp.pdf>. (01/09/2009)

⁴⁵¹ SEITH, PATRICIA. (1997): 04.

Esto hace que las mujeres de ese país consideren que el gobierno no provee remedios legales para protegerlas de la violencia doméstica, ya que han acudido en más de una ocasión a la estación de policía y los agentes policiales les han manifestado que no se puede hacer nada, o que el abuso doméstico es un problema personal entre ellas y sus esposos.

Como indica Patricia Seith en su artículo, “Escaping Domestic Violence: Asylum as a means of protection for battered women” (Escapando de la Violencia Doméstica: asilo como un medio de protección para las mujeres maltratadas), casos como éstos donde existen leyes que autorizan a la policía arrestar a abusadores se disfraza en ocasiones con la realidad que se presenta en muchos países donde las víctimas de este tipo de violencia no cuentan con ningún tipo de protección por parte del Estado.⁴⁵²

Como por ejemplo en Brasil, Ghana, Honduras, Pakistán, Zimbabwe, la protección que brinda el gobierno y la policía es inadecuada, porque las leyes no condenan la violencia doméstica, pues las normas culturales imperantes no la ven como algo malo.

Normas culturales que devalúan a la mujer, no solo perpetúan violencia doméstica, sino que también hace que a ésta se le imposibilite dejar a quien la maltrata. Por ejemplo, en Ghana las mujeres solo pueden obtener un mínimo de educación y rara vez entran al mercado laboral con un nivel profesional. Por lo tanto las mujeres de ese país están sujetas a un abuso permanente para poder sobrevivir porque obtener trabajo por sus medios no les es factible.⁴⁵³

Cuando una norma cultural existe y considera que golpear es aceptado para mantener a la mujer “en raya”, se espera que una protección adecuada para las víctimas de violencia no sirva. Por ejemplo, en el folklore Ghanés la violencia doméstica es considerada normal.

⁴⁵² SEITH PATRICIA. (1997)Ob. Cit.: 04.

⁴⁵³ SEITH PATRICIA. Ob. Cit.: 04.

Aportando ejemplos de nuestro continente; al igual que en las comunidades musulmanas, en Brasil se tolera la “defensa del honor” la cual justifica el homicidio cometido por parte del hombre a la mujer, por serle infiel o presumir que lo fue.

Los hombres que matan a sus parejas y pueden ser absueltos sobre la base de la teoría de que la muerte estaba justificada para defender el "honor" del hombre; ya que se tiene la idea de que la mujer es propiedad del marido y que el honor es un aspecto de la defensa propia.

Esas defensas por motivo de honor, parciales o completas, pueden encontrarse en los Códigos Penales del Perú, Argentina, Ecuador, Guatemala, Jordania, y Venezuela.⁴⁵⁴

Lo anterior evidencia, como el Estado permite que se cometa este delito, incumpliendo con su deber de protección e intolerancia a la violación de Derechos Humanos, como es la vida.

En Latinoamérica también se enfrentan problemas de desigualdad de género como también de violencia doméstica.

Aunque a nivel legal las normas que discriminan a las mujeres con respecto a los hombres y a ellas mismas han disminuido, distinguiéndolas a partir de “honestas”, “puras”, “deshonestas”, en la casa, en el ámbito social, en el trabajo, en centros de estudio, se les trata como seres subordinados.

Un ejemplo en nuestro país de lo anterior es el delito de rapto impropio, el cual se encuentra tipificado en el artículo 164 del Código Penal, y reza lo siguiente,

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que raptare con fines libidinosos a una mujer honesta mayor de doce y menor de quince años,

⁴⁵⁴ NACIONES UNIDAS. Ob. Cit.: 16.

*con su consentimiento*⁴⁵⁵. (La letra cursiva y lo subrayado no son propios del texto)

El problema de la subordinación de la mujer es un problema de poder, incrustado en la cultura de Latinoamérica. Y para cambiar dicha subordinación, la cultura debe de cambiar. Pero esto no es tan fácil, requiere el conocimiento profundo del contexto político, social, económico y racial de esta región. De lo contrario, las estrategias para mejorar la situación no van a ser efectivas. Dos aspectos que se deben de tomar en cuenta es el “Marianismo”⁴⁵⁶ en la cultura Latinoamericana, que es complemento del “machismo”, y la forma en como población de esta región llegó a existir.⁴⁵⁷

Cecilia Medina en su artículo, “Toward a More Effective Guarantee of the Enjoyment of Human Rights by Women in the Inter- American System” (Hacia una garantía más eficaz del disfrute de los Derechos Humanos de las mujeres en el Sistema Interamericano), expone un estudio realizado por tres autores que analizaron la influencia del mestizaje en la identidad de las mujeres y hombres latinoamericanos.

El estudio citado sugiere que la mezcla de los hombres europeos con las mujeres indígenas, en un contexto de guerra, violencia y la amalgama de las creencias indígenas, donde la mujer representa quien da vida, la tierra, con el Catolicismo europeo y su adoración a la Virgen María, puso a la mujer en un doble vínculo. Por una parte encontrar su valor en la maternidad; y por otra identificarse ellas mismas con la Virgen, procurando con ello ser puras, altruistas como ella era.⁴⁵⁸

En el ámbito económico las mujeres latinoamericanas, también tienden a poseer menos bienes materiales que los hombres, y en el laboral ocupan puestos menos calificados, tienen mayor dificultad de alcanzar los puestos más

⁴⁵⁵ Bautista Vivas Oscar. “Código Penal”. Pág. 104.

⁴⁵⁶ Es la veneración en especial de los católicos de la Santísima Virgen María.

⁴⁵⁷ COOK REBECCA. Women’s Human Rights. “Toward a More Effective Guarantee of the Enjoyment of Human Rights by Women in the Inter- American System”, por Cecilia Medina. Pág. 261.

⁴⁵⁸ COOK REBECCA. Ob. Cit.: 262.

altos en las empresas, ganan menos que los hombres y corren mayor riesgo en perder sus trabajos; porque se les discrimina y se tiene la idea que no son capaces de desempeñar trabajos con el mismo rendimiento que los hombres. Lo que hace que muchas mujeres no puedan dejar a sus parejas que las maltratan porque en la mayoría de las ocasiones son éstas quienes las mantienen tanto a ellas y como a su familia.

Por otra parte, en el mismo artículo se indica que a nivel latinoamericano tanto la sociedad en general, como sus mujeres no presentan una reacción positiva hacia el feminismo.

Ellas mismas se rehúsan a caracterizarse como feministas, a pesar que se comporten como tales, porque declararse de esa manera es como declararle abiertamente la guerra a sus familias y a las relaciones sociales.⁴⁵⁹

Nuestro país concretamente, cuenta con instituciones, leyes, tratados internacionales que sancionan la Violencia Doméstica, pero ello no significa que acá no se padezca este mal.

Al menos hasta junio del año en curso ya había 16 mujeres víctimas mortales de violencia doméstica.⁴⁶⁰

Una Encuesta Piloto sobre Violencia Doméstica, realizada en febrero del 2002 por el Centro de Investigación en Estudios de la Mujer, CIEM/UCR, determinó que un 67% de las costarricenses aseguran haber sufrido algún tipo de violencia. El 40% de las consultadas refirió agresión física; 15% agresión sexual y el 30% sufrió ambos tipos de maltrato y solo el 23% presentó una denuncia.⁴⁶¹

⁴⁵⁹ COOK REBECCA. Ob. Cit.: 262.

⁴⁶⁰ Dato recopilado de GONZÁLEZ CHEN IRENE " Medidas de protección no son suficientes" (Junio 26 2009) <http://www.informa-tico.com/index.php?scc=articulo&edicion=20090625&ref=25-06-090008> (02 09 2009)

⁴⁶¹ OPS. "La Violencia Social en Costa Rica". (2004 Enero). Pág. 26
<<http://www.bvs.sa.cr/php/situacion/violencia.pdf>> (02/09/2009)

De 1998 al 2002 murieron 106 mujeres en razón de su género (asesinadas por violencia doméstica y sexual) y el 80% de estos actos son cometidos por personas cercanas y se gestan en relaciones de abuso en el seno de la familia.⁴⁶²

Los homicidios en la pareja conyugal venían en descenso desde la década de 1980, pero en la década de los 90, se dieron 315 homicidios contra mujeres, de los cuales el 58,4% fueron cometidos en razón de su género.⁴⁶³

La tasa alcanzó su más bajo nivel en 1995 (1,27 por 100.000 parejas). En 1996, la tasa subió a 1,58 (9% de aumento) y en 1998 pasó a 2,48, lo que representa un incremento del 36% respecto a 1995, año en que se aprobó la Ley contra la Violencia Doméstica.⁴⁶⁴

Después de la aprobación de la Ley, la tasa de homicidios dolosos en el hogar aumentó en casi un 60%.⁴⁶⁵

Pasando de un ámbito general a uno más específico, se mostrarán tres gráficos, los cuales comprenden estudios realizados por el Departamento de Análisis y Tratamiento de la Información, del Ministerio de Seguridad Pública, y el Departamento de Estadística del Poder Judicial, a cerca la Violencia Doméstica.

Para efectos de esta tesis, nos enfocaremos en los resultados de año más reciente.

A partir del gráfico que se presenta a continuación⁴⁶⁶ se puede apreciar que en las provincias de San José, Alajuela y Puntarenas es donde más se presenta la Violencia Doméstica.

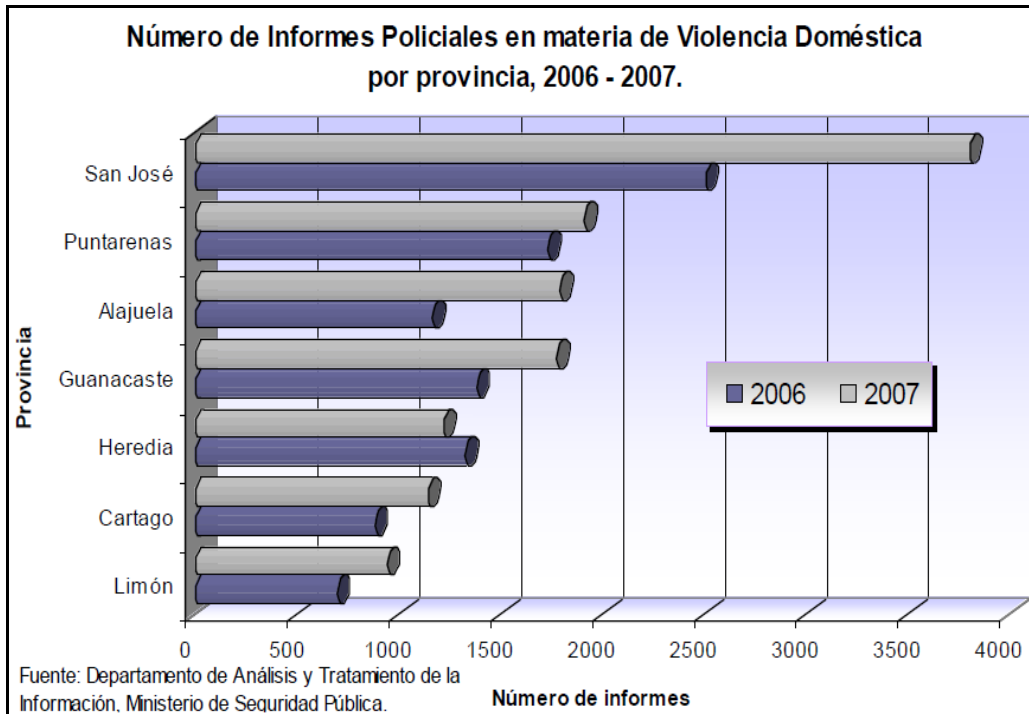
⁴⁶² OPS. Ob. Cit.: 26.

⁴⁶³ OPS. Ob. Cit.: 26.

⁴⁶⁴ OPS. Ob. Cit.: 26.

⁴⁶⁵ OPS. Ob. Cit.: 26.

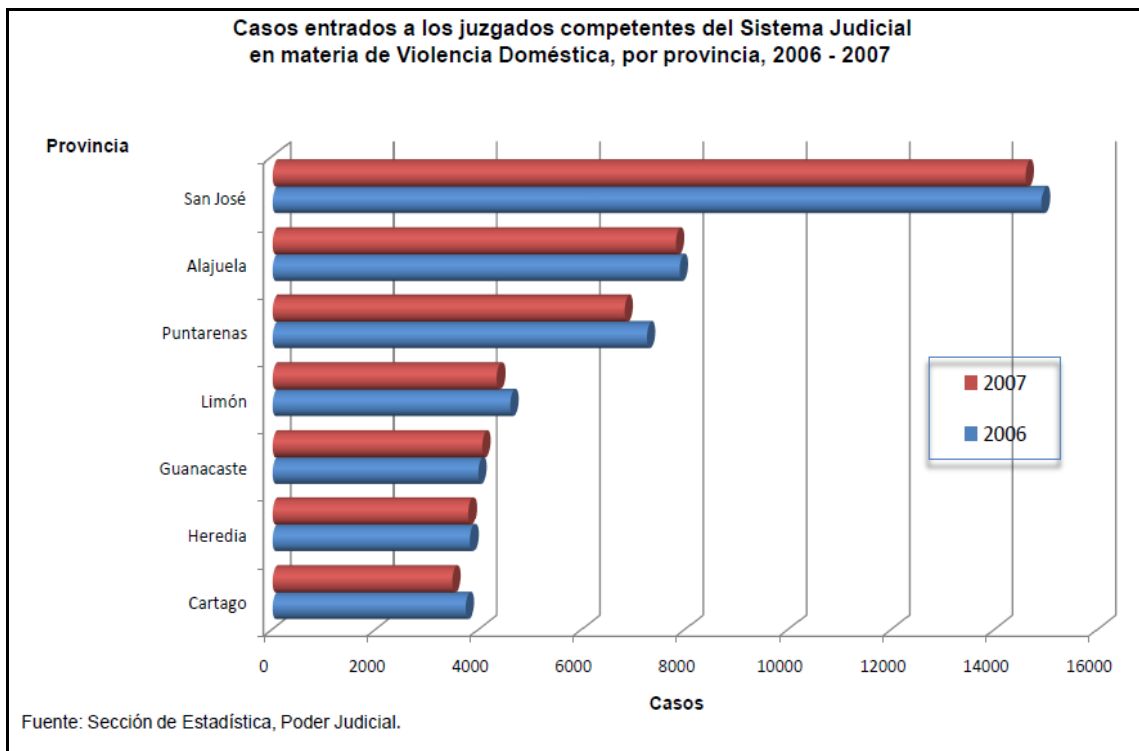
⁴⁶⁶ Recopilado del INAMU. "Número de Informes Policiales en materia de Violencia Doméstica por provincia, 2006 - 2007." Fuente:
http://www.inamu.go.cr/documentos/sistema_de_indicadores/Ind3graf2.pdf.



Tomando en cuenta el año más reciente, el 2007; San José es quien más informes policiales genera con respecto a la Violencia Doméstica, duplicando la cantidad de informes generados en comparación de la provincia que le sigue, Puntarenas.

Alajuela y Guanacaste al igual que Puntarenas están por debajo de los 2000 informes. Seguidos por Heredia y Cartago que están por debajo de los 1500 informes. Siendo Limón el que menos informes policiales genera con menos de 1000.

En forma general se puede apreciar que en el año 2007 se generaron más informes policiales que en el 2006.



A comparación del gráfico anterior, se puede ver que son más los casos que entran a los Juzgados competentes en materia de Violencia Doméstica que los informes que generan los policías sobre la misma problemática.

Al igual que en el gráfico anterior se tomarán los datos del año más reciente⁴⁶⁷.

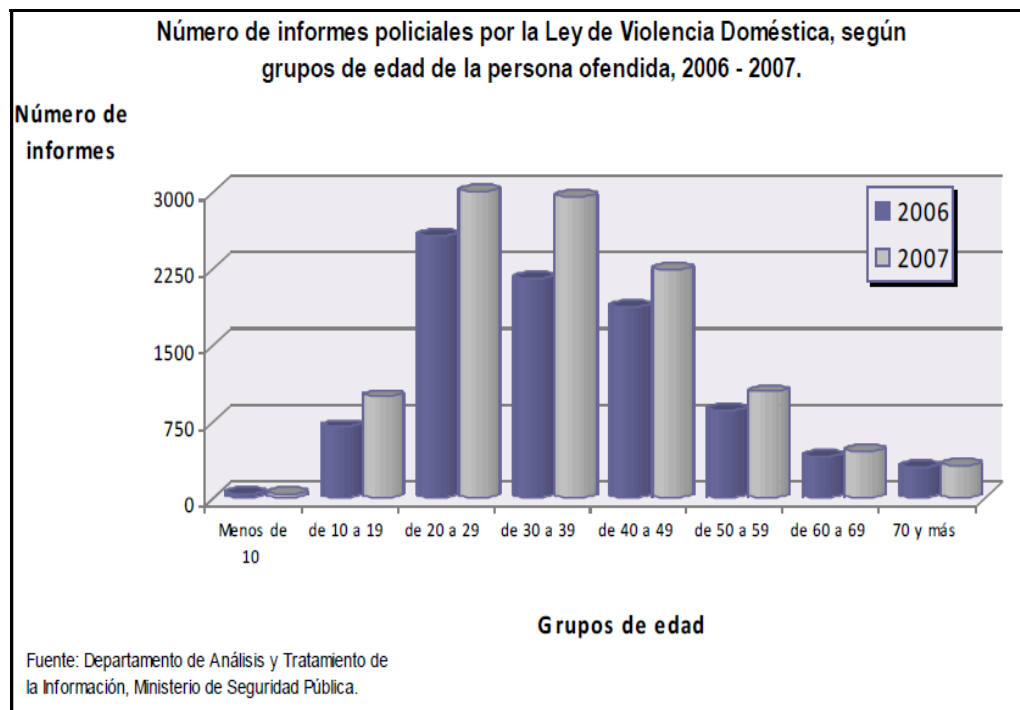
San José es en la provincia que más casos entran a los juzgados, casi doblando la cantidad de las dos provincias que le siguen Alajuela y Puntarenas; las cuales están dentro de los seis mil y ocho mil casos presentados.

En la provincia de Limón se presentan menos casos a los juzgados competentes que en las dos anteriores.

⁴⁶⁷ INAMU. "Casos entrados a los juzgados competentes del Sistema Judicial en materia de Violencia Doméstica, por provincia, 2006-2007" http://www.inamu.go.cr/documentos/sistema_de_indicadores/Ind4graf4.pdf. Consultado el 02 de septiembre del 2009.

Tanto Guanacaste, como Heredia y Cartago, están por debajo de los cuatro mil casos, pero superan los dos mil.

En el siguiente gráfico se presentan el número de informes policiales que se generan bajo la “Ley de Violencia Doméstica” según los grupos de edad de las personas ofendidas⁴⁶⁸.



El año 2006 como el 2007 tiene en común, que las poblaciones más afectadas por Violencia Doméstica oscilan desde los veinte años a los treinta y nueve, las cuales se aproximan a los tres mil informes generados por la policía.

Después de esta población le sigue aquella conformada por las edades que van de los cuarenta a cuarenta y nueve años, la cual generó un poco menos de 2250 informes.

⁴⁶⁸ INAMU. “Número de informes policiales por la Ley de Violencia Doméstica, según grupos de edad de la persona ofendida. <http://www.inamu.go.cr/documentos/sistema_de_indicadores/Ind3graf3.pdf>. Consultado el 02 de septiembre del 2009.

Seguida de dicha población, continúa la compuesta por las edades que va desde los cincuenta años hasta los cincuenta y nueve, con una cantidad de reportes que no superan los 1500.

Un poco más bajo que esa población, está la que va desde los diez a los diecinueve años, que también se encuentran dentro de ese rango de cantidad de informes.

Y quienes son menos propensos a sufrir este tipo de violencia son las poblaciones que poseen desde sesenta años a setenta y nueve; quienes no sobrepasan a las 750 denuncias.

Los menores de diez años, por su parte son la población que no presentan ningún informe policial, deducimos que se debe por la edad que poseen.

Nosotras consideramos que a pesar que estas cifras provienen de una fuente fiable, creemos que existen más casos en nuestro país de Violencia Doméstica que los documentados; ya que no todas las personas sometidas a ellas acuden a los juzgados o solicitan ayuda a la policía.

El problema de la Violencia Doméstica es una realidad en nuestro país, y a pesar que en él se trabaje en su erradicación, las medidas legales por lo visto no son del todo efectivas. Pero más allá de las medidas legales que se tomen, se debe concientizar a la población del problema (tarea difícil, por que es cambiar creencias y pensamiento imperantes en la sociedad), ya que no es justo que por causa de este tipo de violencia *la mujer pierda 9,5 años de vida saludable*⁴⁶⁹.

⁴⁶⁹ Dato recopilado de OPS. "La Violencia Social en Costa Rica". (2004 Enero). Pág. 26 <<http://www.bvs.sa.cr/php/situacion/violencia.pdf>> (02/09/2009).

D. Violencia Doméstica como Causal de Refugio.

A lo largo de este trabajo hemos desarrollado la figura del Refugio, su concepto, sus principios internacionales y las circunstancias por las cuáles se le otorga a una persona esta condición, entre otros aspectos. Pero también, a su lado hemos estudiado el fenómeno de la Violencia Doméstica como un fenómeno que, si bien siempre ha existido, ahora ha tomado muchísima fuerza.

Tal es el grado de su fuerza que, hay perspectivas desde los sectores académicos más destacados que proponen transformar a la Violencia Doméstica un asunto de Salud Pública; que el vivir sin ella sea un Derecho Humano de la mujer y hasta que sea reconocida como un tipo de tortura.

Ambas figuras –el Refugio y la Violencia Doméstica-, se han ido encontrando paulatinamente, por su parte, la Violencia Doméstica se ha abierto campo dentro de la figura del refugio a raíz de la grave situación que impera en muchos países donde los Derechos Humanos de las Mujeres numerosas veces son virtualmente inexistentes.

Por ejemplo, una mujer es golpeada por su esposo, pide ayuda a las autoridades quienes la ignoran; vuelve a ser golpeada y de paso amenazada de muerte por su esposo, busca ayuda por segunda vez y se le es negada; su esposo vuelve a agredirla esta vez con un arma blanca y la amenaza que si lo deja no volverá a ver a su familia y la matará; la mujer busca ayuda por tercera vez y es ignorada; la mujer opta por huir de su país con sus hijos y atenerse a lo que venga, que probablemente será mejor que permanecer en el mismo país en el que se encuentra su agresor.

En el anterior caso (a pesar de no ser recopilado específicamente de algún texto, para exponerlo hemos basado todo lo estudiado y analizado para la confección del presente trabajo) la mujer no contempla ni la posibilidad de irse de su provincia o de su pueblo, sabe que su esposo la encontrará, es

mejor huir definitivamente. Es probable que la mayoría de mujeres ni siquiera sepan que se le puede otorgar la condición de refugiada en razón de haber sufrido violencia doméstica, pero sabe que cualquier cosa es mejor que vivir en su misma casa con un posible asesino.

La formula es sencilla: la Violencia Doméstica es una violación a los Derechos Humanos; a su vez la Violación de Derechos Humanos constituye Persecución⁴⁷⁰ y se configura la parte “*tener temores fundados de ser perseguido*” del artículo de la Convención de 1951, por lo consiguiente es causal de refugio. Ahora, ¿en cuál de los cinco motivos se enclava la Violencia Doméstica? Esa es la parte que está dando problemas, generalmente se le incluye dentro del grupo social determinado, pero hay quienes dicen que debería agregarse una categoría de género dentro de la Convención para evitar problemas futuros de interpretación.

De cualquier manera, se debe entender que el objetivo principal de la figura del refugio es amparar a la persona solicitante porque esta sufre de persecución, porque se le han violentado sus derechos y porque le es imposible vivir en su país de origen; aunque el motivo de su miedo sea su propio esposo, la situación relevante es que exista la violación de sus derechos, una efectiva persecución y que su país no haya podido o no haya querido protegerla.

Canadá fue el primer Estado miembro de la Convención de 1951 que creó lineamientos específicos apoyando la inserción de las solicitudes hechas por mujeres con base al género. Le siguió Estados Unidos en 1996 y Australia en el 1997⁴⁷¹.

Dentro de las Consideraciones en las Guía establecidas por Canadá se explica que las circunstancias que dan paso a que las mujeres soliciten refugio usualmente son únicas para ellas y que de todos modos los dilemas relevantes

⁴⁷⁰ Cuando se habla de persecución se debe tener en cuenta que incluye el fracaso por parte del Estado en brindar protección, ya sea porque no quiere o porque no puede darla.

⁴⁷¹ KELLY, NACY et. Al. (1997): 2.

son si la violencia –experimentada o temida- es una seria violación a un derecho humano fundamental para uno de los motivos de la Convención del 1951 y en cuáles circunstancias puede el riesgo de esa violencia resultar de la falla de protección por parte del Estado⁴⁷².

La realidad es que la Violencia contra la Mujer existe, es una violación de los Derechos Humanos de las Mujeres, y la Violencia Doméstica es sólo una de las tantas manifestaciones de ella. No entramos aquí a explicar las distintas formas de lograr que la No Violencia Doméstica se convierta en un derecho porque para eso entraremos en detalle en la sección siguiente. Sólo queremos dejar claro que la Violencia de Género es censurada por el ACNUR y como tal por los países miembros de la Convención de 1951.

“Aun cuando el género no se menciona específicamente en la definición de refugiado, está claro —y así se acepta— que puede influir o determinar, el tipo de persecución o daño sufrido y las razones de este maltrato”⁴⁷³.

“En casos en que existe un verdadero riesgo de daño severo a manos de un agente no estatal (por ejemplo un esposo, compañero u otro agente no-estatal) por razones no relacionadas con ningún motivo de la Convención, generalmente se reconoce que se ha satisfecho el requerimiento del nexo. A la inversa, si el riesgo de daño por parte del agente no-estatal está relacionado con la Convención, pero la incapacidad del Estado para garantizar la protección no está relacionado, se entiende que el requerimiento del nexo también se ha satisfecho”⁴⁷⁴.

⁴⁷² Guías para las Mujeres Solicitantes de Refugio Temiendo Persecución relacionada al Género. Consideraciones. Consultado el 12 de septiembre de 2009. <<http://www.irb-cisr.gc.ca/Eng/brdcom/references/pol/guidir/Pages/women.aspx#B>>.

⁴⁷³ ACNUR. Conclusión N° 3. Conclusiones de la Mesa Redonda de San Remo. 6-8 de Septiembre 2001. Consultado el 12 de septiembre de 2009. <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01153.pdf>>

⁴⁷⁴ ACNUR. Conclusión N° 6. Conclusiones de la Mesa Redonda de San Remo. 6-8 de Septiembre 2001. Consultado el 12 de septiembre de 2009. <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01153.pdf>>.

El Comité Ejecutivo del ACNUR:

“Reconoció que los Estados, en el ejercicio de su soberanía, eran libres de adoptar la interpretación de que las mujeres en busca de asilo que se enfrentaban a tratos crueles o inhumanos debido a haber transgredido las costumbres sociales de la sociedad en que vivían, podían ser consideradas como un <<determinado grupo social>>, según lo dispuesto en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados”⁴⁷⁵.

Las anteriores citas bibliográficas son algunas de las Conclusiones de la Mesa Redonda de San Remo organizadas por ACNUR y la última de la Conclusión Número 39 del Comité Ejecutivo del ACNUR de 1985. Estas conclusiones esclarecen la confusión que pueda existir y definitivamente demuestran que es posible la Violencia Doméstica pueda constituir las bases para una causal de Refugio.

Sección II. Incorporación de la Violencia Doméstica a la Protección Internacional

A. Generalidades

En muchas legislaciones la Violencia Doméstica se reconoce como un crimen y en otras se considera un asunto de esfera privada y por lo tanto está fuera de la jurisdicción del Estado.

⁴⁷⁵ ACNUR. Conclusión N° 39 del Comité Ejecutivo: “Las Mujeres Refugiadas y la Protección Internacional”. 1985. Consultado el 12 de septiembre de 2009. <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0550.pdf>>.

La dicotomía entre lo público y lo privado tiene implicaciones de relevancia en el análisis de los derechos humanos de las mujeres.⁴⁷⁶ Ya que, el derecho a la privacidad envuelve cierta soberanía en la cual el Estado no puede entrometerse; entonces si se cree que la Violencia Domestica pertenece a dicha esfera se deja sin protección a las mujeres que la sufren. Y no se puede olvidar que el hogar puede llegar a ser el lugar donde más violaciones se cometen.

Se dice que los dos mayores problemas que se enfrentan para reconocer la No Violencia Doméstica como un Derecho Humano, es el rol de la dicotomía mencionada anteriormente y la trivialización⁴⁷⁷ hacia este tipo de violencia.

Dicha bifurcación, puede ser perniciosa, ya que varios países la han utilizado para no abordar violaciones de derechos humanos contra las mujeres.⁴⁷⁸

Como también se ha llegado a pensar que,

“cualquiera puede cometer un delito común, pero solo el Estado y sus agentes pueden cometer violaciones bajo el Derecho Internacional. Entonces quienes cometen Violencia Doméstica por definición son agentes privados, por lo tanto, no pueden ser tratados como sujetos del Derecho Internacional; a menos que el Estado, pueda en cierto sentido, ser responsable”⁴⁷⁹.

Perspectivas como la anterior afirman que la preocupación tradicional del Derecho Internacional es la conducta de los Estados y no la de los individuos; entonces esto haría pensar que dicha rama del Derecho condonaría

⁴⁷⁶ WILLETS JAMES. “Conceptualizing private violence against sexual minorities as gender violence: An International and Comparative Law Perspective”. Pag 02 <www.westlaw.com> (22/07/09)

⁴⁷⁷ Viene de Trivializar, lo cual significa: quitar importancia, o no dársela, a una cosa o a un asunto. Consultado en el Diccionario de la Lengua Española

⁴⁷⁸ WILLETS JAMES. Ob.Cit.: 09.

⁴⁷⁹ BARNES KELSEY. “ The economics of violence, why freedom from violence must be treated as a developmental right in international law”, citando a Kenneth Roth. Pág. 03 <www.westlaw.com>.(22/07/09)

la Violencia Doméstica y no tomaría medidas contra ella, porque no le corresponde hacerlo.

Si la violencia contra la mujer es entendida, no solo como un comportamiento aberrante, sino también como parte de la estructura de la subordinación universal de las mujeres, no va a ser un asunto puramente “privado”; pues este tipo de violencia es causada por las relaciones estructurales de poder, dominación y privilegio del hombre sobre la mujer presentes en la sociedad, que se manifiestan en las relaciones del hogar, laborales, y en todas las esferas públicas.⁴⁸⁰

A esta perspectiva se le puede adicionar, que tanto los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como la mayoría de las Constituciones Nacionales de cada país invocan los principios de la No Discriminación e Igualdad de Protección. De acá se puede deducir entonces, que tanto el Derecho Internacional como el Nacional reconocen a la mujer como merecedora de igualdad de protección.

El Principio de la No Discriminación establece que, *“ni los particulares ni los instrumentos del Estado deben hacer discriminaciones entre las personas basándose en criterios arbitrarios”*⁴⁸¹.

El Principio de Igualdad de Protección por su parte indica que, *“todas las personas tienen derecho a que se les aplique las leyes de la misma manera en que se le aplicaría a otro individuo que se encontrara en la misma situación”*⁴⁸².

Cuando un Estado fracasa en enjuiciar la Violencia Doméstica o la tolera, está violando los derechos fundamentales de las mujeres, porque no está ofreciendo una protección igualitaria entre los seres humanos y más aún si es por razón de género; pero dejando el género de lado, también se estarían violando derechos humanos inherentes a las personas tales como la vida.

⁴⁸⁰ COOK REBECCA. “Human Rights of Women”, del artículo, What are “Women’s International Human’s Rights”? de Hilary Charlesworth. Pág. 73.

⁴⁸¹ WILLETS JAMES. Ob. Cit.: 13 <www.westlaw.com>.(22/07/09)

⁴⁸² WILLETS JAMES. Ob. Cit.: 13.

A nivel internacional se ha estado trabajando, para obtener un consenso mundial para condenar la violencia de género y por lo consiguiente la doméstica.

La Comunidad Internacional solo ha podido clasificar a la Violencia Doméstica como, *“una forma de violencia interna generalizada y específica, que por sí sola constituye una violación de los derechos humanos contra las mujeres”*⁴⁸³.

El reconocimiento de los Derechos Humanos en forma general, inició con la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1950, la cual establece que todos los seres humanos poseen derechos, entre los cuales se encuentran, la libertad política, religiosa, al trato humano, intimidad familiar, derecho a trabajo y a la educación.

Dicha Convención creó precedente para la creación de futuras Convenciones y Pactos. Como por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Económicos; los cuales ratifican varios derechos incluidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴⁸⁴.

Estos Convenios solo discuten la discriminación en general, pero no abordan nada con respecto a la discriminación o la violencia que afecta a la mujer.

Fue hasta 1980 donde se reconoce que las mujeres son víctimas de ciertas violaciones de Derechos Humanos propias de su género, con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

⁴⁸³ SEITH PATRICIA. (1997): 3.

⁴⁸⁴ SEITH PATRICIA. Ob.Cit.: 03

En dicha Convención, se establece el significado de "discriminación contra la mujer" la cual comprende,

*“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*⁴⁸⁵.

Esta Convención estableció también, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el cual monitorea las violaciones de los derechos de las mujeres e interpreta la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Dicho Comité en 1992, aprobó la Recomendación General Número 19, en la cual declara que la violencia basada en género constituye una forma de discriminación en contra de la mujer y por lo consiguiente viola sus derechos y libertades, como el derecho a la vida, a no ser sometida a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, a la libertad y a la seguridad personal; a la igualdad ante la ley; ante la familia; el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental; a condiciones de empleo justas y favorables.

La Recomendación 19, subraya que, la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre, sino también que los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualquier persona, organización o empresa⁴⁸⁶. (Llámesese agentes privados).

⁴⁸⁵ NACIONES UNIDAS.(1981) “Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer”. Artículo 1.

http://www.cinu.org.mx/biblioteca/documentos/dh/c_elim_disc_mutxt.htm (08/08/09).

⁴⁸⁶ NACIONES UNIDAS. (1992) Recomendación general 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer,

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm> (08/08/09)

En virtud del Derecho Internacional y de pactos específicos de Derechos Humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas⁴⁸⁷.

Otra Convención que trata la problemática de las mujeres, es la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer la cual es de 1994, y define violencia contra la mujer.

Lo anterior se puede evidenciar en su artículo primero, el cual reza lo siguiente:

***Artículo 1:** A los efectos de la presente Declaración, por “violencia contra la mujer” se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada⁴⁸⁸. (La letra cursiva no es propia del texto original)*

Por otra parte, el artículo tres del mismo cuerpo normativo, puede ser interpretado de manera tal, que comprenda la protección a la mujer de la Violencia Doméstica, ya que indica que ésta posee el derecho a que se le protejan sus derechos humanos en cualquier esfera, que implícitamente puede comprender la privada.

***Artículo 3:** La mujer tiene derecho, en condiciones de igualdad, al goce y la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y de cualquier otra índole. (La letra cursiva y lo subrayado no es propio del texto original).*

⁴⁸⁷ NACIONES UNIDAS. (1992) Recomendación general 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>> (08/08/09)

⁴⁸⁸ NACIONES UNIDAS (1994 23 febrero) “la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer” Artículo 3. <http://www.cinu.org.mx/biblioteca/documentos/dh/c_elim_disc_mutxt.htm> (08/08/09).

La Violencia Doméstica es una de las tantas manifestaciones de la Violencia de Género, y como se enunció anteriormente transgrede una serie de Derechos Humanos, que si individualizados merecen protección, nada impide que contra ella también se proteja.

Consideramos que si el Derecho a la No Violencia Doméstica explícitamente se encontrara establecido en algún tratado como una violación específica, o fuera reconocido como *jus cogens* no habría lugar para perniciosas interpretaciones de esfera pública o privada y así tendría una posición privilegiada en la jerarquía de las preocupaciones internacionales.

Por otra parte, creemos que se debe tener en cuenta la magnitud de la problemática de este tipo de violencia, la cual puede ser tan terrible que si se tiene suerte se puede escapar de ella; por lo tanto cuando se presente un solicitante de refugio buscado protección, los países deben analizar minuciosamente la solicitud, estudiar el caso en concreto y tener presente las violaciones a los derechos humanos que se cometen por medio de la Violencia Doméstica.

Además de las recomendaciones realizadas por el CEDAW, ha habido iniciativas que se enfocan en reconocer a la Violencia Doméstica como una violación única de los derechos humanos de la mujer. Por ejemplo: El Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanos (CDSAH) de las Naciones Unidas preparó un estudio acerca de la violencia doméstica contra la mujer en la familia, donde sugirieron estrategias para mejorar su protección.⁴⁸⁹

Interpretaciones como la del CEDAW, estudios como el anterior, la creación de tratados, evidencia el movimiento que a nivel mundial se está realizando para tratar y condenar la Violencia Doméstica. Desgraciadamente no han sido suficientes para erradicar este tipo de Violencia.

⁴⁸⁹ SEITH, PATRICIA. Ob.Cit.: 03

B. Perspectivas al respecto.

Históricamente, los argumentos utilizados para erradicar la Violencia Doméstica se han enfocado en los derechos humanos individuales.⁴⁹⁰ Y los tratados existentes no establecen el derecho a la No Violencia Doméstica como un derecho específico.

Por lo tanto, los estudiosos han tenido que recurrir a realizar una serie de interpretaciones creativas para argumentar que dentro de los derechos humanos incluye el derecho a vivir sin este tipo de violencia.⁴⁹¹

A continuación se analizarán cuatro interesantes interpretaciones que abogan por lo anterior, y con su exposición pretendemos puntualizar en las razones por las cuales la No Violencia Doméstica debería entrar a formar parte de la protección Internacional.

Son argumentos que han sido planteados por especialistas en el tema y que han sido respaldados por estudios estadísticos que demuestran la situación actual de la violencia en el mundo.

i. Violencia Doméstica como un asunto de Salud Pública.

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, *"la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad o dolencia."*⁴⁹² Claramente una persona que sufre constantes abusos físicos y mentales en su vida cotidiana, a la que en muchos casos se le prohíbe socializar y hasta hacer uso de sus recursos económicos, no es una persona que posea *'un completo bienestar físico, mental y social'*, aunque no sufra de ninguna enfermedad. Más bien tenemos en nuestras

⁴⁹⁰ BARNES, KELSEY. "The economics of violence, why freedom from violence must be treated as a developmental right in international law", citando a Kenneth Roth. Pág. 03.

www.westlaw.com (22/07/09)

⁴⁹¹ BARNES, KELSEY. Ob. Cit.: 03

⁴⁹² O'NEILL, CAROLINE J. (2000) : 3.

manos casos de mujeres y hombres que no gozan de una “buena salud”, por decirlo así.

Nos dice la autora Lori L. Heise⁴⁹³ que la Violencia Doméstica como asunto de Salud Pública empezó a finales de los años 80 cuando un pequeño grupo de activistas comenzó a trabajar para que la violencia contra la mujer se viera como un problema de salud pública y como un asunto que necesitaba desarrollarse internacionalmente. Así, fue encontrándose poco a poco evidencia que ligaba el abuso con el bienestar físico y mental y la habilidad para participar en la vida social y económica de las mujeres.

“La Violencia contra las mujeres causa más muerte y discapacidad entre las mujeres de 15 a 44 años que el cáncer, la malaria, los accidentes de tránsito y las guerras. Más de la mitad de la población mundial de mujeres experimenta violencia en sus relaciones de pareja”⁴⁹⁴.

Si uno observa este dato, comprende que efectivamente el mundo está ante una epidemia. Son muchas las mujeres que acuden cada día a hospitales solicitando ayuda debido a agresiones causadas por sus compañeros, sólo en Estados Unidos el Ministerio de Justicia reporta que un 37% de total de mujeres que asistieron a hospitales en busca de ayuda acudieron en razón de haber sufrido agresiones por violencia doméstica.⁴⁹⁵

El Banco Mundial estima que la violencia contra las mujeres cuenta como un año perdido por cinco de vida saludable entre mujeres de 15 a 44 años.⁴⁹⁶

“La violencia intrafamiliar no es una enfermedad pero puede asociarse a una variedad de síntomas y efectos en la salud de las víctimas de violencia y testigos de la misma”⁴⁹⁷.

⁴⁹³ HEISE, LORI L. (1995) : 1.

⁴⁹⁴ MEYERSFELD, BONITA. (2008): 1.

⁴⁹⁵ Dato recopilado de la UNICEF. “La Violencia Doméstica contra Mujeres y Niñas.” (2000).

Pág 19. <<http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest6s.pdf> > Consultado el 1 de septiembre de 2009.

⁴⁹⁶ Ver O’NEILL, CAROLINE J. Ob. Cit.: 3.

La realidad es que es un asunto de Salud Pública no sólo por el estado actual de salud de las víctimas y las consecuencias a futuro (en muchos casos sufren repercusiones que de por vida las hacen necesitar cuidado médico o les causan incomodidad, dolor, enfermedades de transmisión sexual, entre otros); sino también porque los hospitales hoy lidian diariamente con casos de este tipo en grandes proporciones. Es un problema que ya dejó de ser privado, que ya no puede ser ignorado por la sociedad como en otros tiempos; ahora le compete al Gobierno y a todos en general intentar llegar a una solución.

Es la Violencia Doméstica un asunto de Salud Pública porque como la epidemia que es, seguirá propagándose entre las personas si no se hace algo por detenerla. La única diferencia con otras epidemias es que a esta no se le puede detener por medio de una vacuna, sino que se le debe detener por medio del cambio en la sociedad, un cambio que probablemente tenga sus mejores efectos en las futuras generaciones.

Esta aproximación se enfoca primariamente en la prevención, médicos y especialistas en el tema tratan de encontrar una forma de prevenir que suceda en primer lugar, se trata de ir más allá de curar a las víctimas y encarcelar a los agresores.⁴⁹⁸

La autora Pamela McMahon en su artículo “The Public Health Approach to the Prevention of Domestic Violence” (La Aproximación de la Salud Pública para la prevención de la Violencia Doméstica) expone 4 pasos que sigue dicha perspectiva:⁴⁹⁹

1- Primero debe existir una vigilancia por parte de la Salud Pública, lo que se resume a recolectar, analizar y a interpretar datos de la Salud.

⁴⁹⁷ Organización Panamericana de la Salud. “Modelo Integral de Atención a la Violencia Intrafamiliar.” (2001) <<http://www.paho.org/spanish/DPM/GPP/GH/gph10.pdf>> Consultado el 4 de septiembre del 2009.

⁴⁹⁸ MCMAHON, PAMELA M (2001): 1.

⁴⁹⁹ Ver MCMAHON, PAMELA M. Ob. Cit.: 1.

2- Segundo, se debe investigar el factor de riesgo, el cual se enfoca en identificar factores que puedan poner al individuo en una mayor riesgo de una consecuencia no saludable como la perpetración de violencia doméstica o la victimización.

3- Tercero, deben desarrollarse y formularse programas de prevención que sean evaluados y realizados de acuerdo con los datos conseguidos en los pasos 1 y 2.

4- Como paso final, se debe diseminar la información de lo que en realidad funciona para que las organizaciones y los Gobiernos puedan hacer los cambios pertinentes en sus políticas.

Consecuencias de la Violencia Doméstica para la Salud

Las consecuencias en la salud pueden darse a corto o a largo plazo y pueden ser en el plano físico o en la parte psicológica. Las consecuencias físicas a corto plazo derivan del daño producido por la agresión y pueden ser desde cortes, golpes, fracturas, quemaduras hasta abortos en los casos de violencia durante el embarazo.

Entre sus efectos psicológicos a corto plazo podemos observar en la tabla adjuntada que el peor efecto es un desorden agudo de estrés, las víctimas de violencia doméstica viven en un constante estado mental de miedo a sus agresores y por lo tanto sufren de muchísimo estrés.

Se puede observar la tabla adjunta⁵⁰⁰:

⁵⁰⁰ Recopilada de MEJIA, RAUL Y ALEMAN, MARIA. "Violencia Doméstica. Rol Médico Clínico."(1999) Revista Medicina (Buenos Aires).
<http://www.medicinabuenosaires.com/revistas/vol59-99/5/v59_n5_1_487_490.pdf>
Consultado el 1 de septiembre del 2009.

– Consecuencias de la violencia doméstica

| Corto plazo | |
|-------------------------------|--|
| Psicológicas | Físicas |
| - Desorden agudo de stress | - Lesiones: Golpes, cortes, fracturas, quemaduras, etc. - Abortos |
| Mediano y largo plazo | |
| Psicológicas | Físicas |
| - Depresión | - Disfunción sexual |
| - Irritabilidad | - Cefaleas crónicas |
| - Crisis de pánico | - Dolor abdominal |
| - Sentimientos de inseguridad | - Úlcera péptica |
| - Fobias | - Trastornos gastrointestinales inespecíficos |
| - Baja autoestima | - Dolor precordial atípico |
| - Insomnio | - Sínt. musculoesqueléticos |
| - Ansiedad | - Disnea |
| - Abuso de sustancias tóxicas | - Mareos |
| - Trastorno de dolor crónico | |

Las consecuencias a mediano y largo plazo del abuso generan una serie de síntomas que se acumulan y tienen como consecuencia, un efecto global que se conoce como el "Battering Syndrome", dicho síndrome presenta ciertos síntomas como por ejemplo, *“cefalea crónica, disfunción sexual, problemas gastrointestinales (dispepsia, úlcera péptica, flatulencia, dolores abdominales inespecíficos, dolor pelviano crónico), síntomas músculo esqueléticos, trastornos del sueño, disnea, mareos, dolor precordial atípico”*⁵⁰¹.

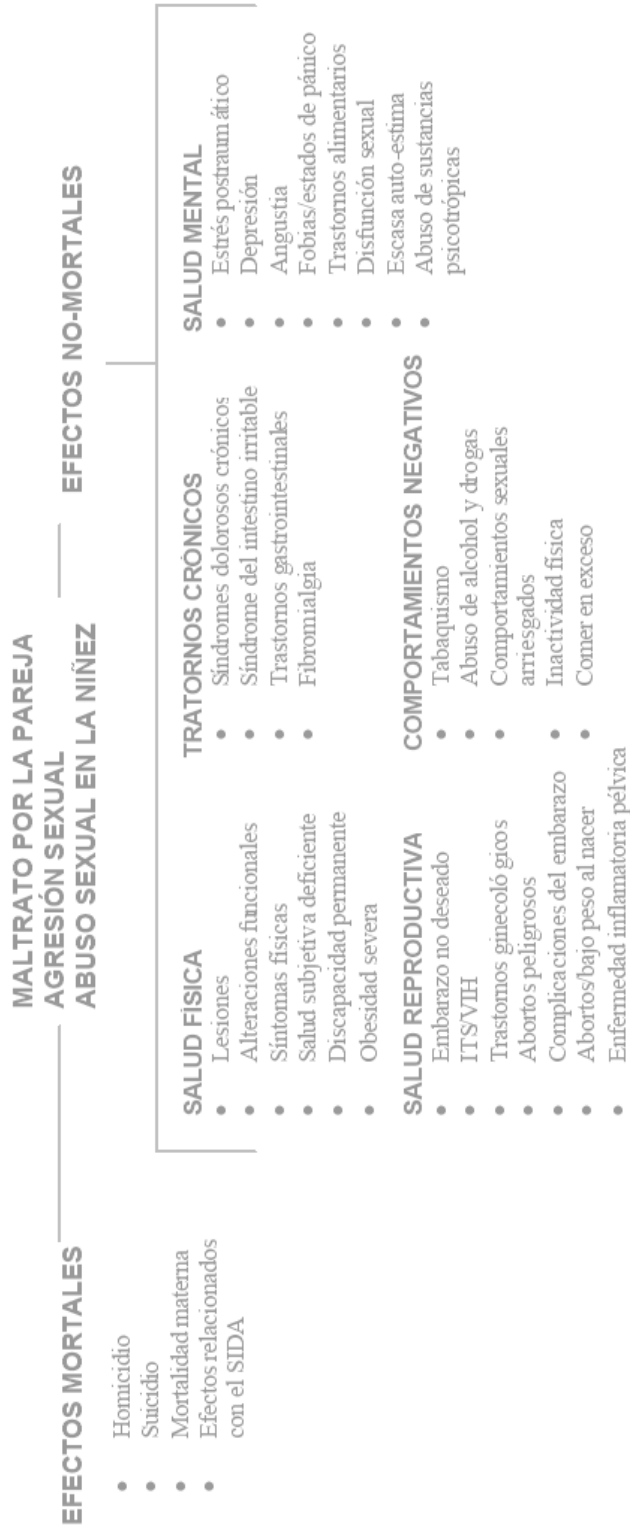
Entre los efectos psicológicos están: la depresión, irritabilidad, crisis de pánico, trastorno de dolor crónico, sentimientos de inseguridad, fobias, baja autoestima, insomnio, ansiedad y abuso de alcohol y otras sustancias.

⁵⁰¹ MEJIA, RAUL Y ALEMAN, MARIA. (1999) "Violencia Doméstica. Rol Médico Clínico."(Revista Medicina (Buenos Aires). <http://www.medicinabuenosaires.com/revistas/vol59-99/5/v59_n5_1_487_490.pdf> Consultado el 1 de septiembre del 2009.

La Organización Panamericana de la Salud (OPS) una Hoja Informativa del Programa Mujer, Salud y Desarrollo formula una tabla⁵⁰² mucho más completa que clasifica los efectos en mortales y no mortales, y los sub divide en las consecuencias que afectan a la salud física, mental y reproductiva. Por cuestiones de espacio, la hemos colocado en la página siguiente.

⁵⁰² Recopilada de la Hoja Informativa de la Organización Panamericana de la Salud. Acerca de la Violencia contra las Mujeres. <<http://www.paho.org/Spanish/DPM/GPP/GH/VAW2003sp.pdf>> Consultado el 29 de Agosto del 2009.

Efectos de la violencia contra las mujeres en la salud



ii. **Violencia Doméstica como Tortura Privada.**

La Tortura es una de manifestaciones más atroces de violencia; que surgió en la época de la Inquisición y tuvo su apogeo en la casería de Brujas en Europa, alrededor de los siglos dieciséis y diecisiete.

A lo largo de los siglos, la tortura se utilizó como medio judicial o cuasi-judicial para probar una información o provocar una confesión.

Ésta volvió a surgir, como una herramienta de poderes coloniales, sin regulación, como herramienta del nacionalismo, fascismo y Stalinismo. *“En la Alemania Nazi la tortura fue industrializada, alcanzando niveles sin precedentes de sofisticación y el horror”*⁵⁰³.

Al igual que los tiempos cambian, las formas de torturas también, y que mejor ejemplo que la Violencia Doméstica.

La violencia privada y la oficial contra la mujer se ha iniciado a reconocer como un asunto de derechos humanos. No obstante, la violencia íntima permanece al margen: aún se le considera diferente, menos severa, menos digna de condena y sanción internacional, que aquella tortura cometida oficialmente⁵⁰⁴.

Para entrar en materia, se debe definir el término de Tortura.

“Se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá

⁵⁰³ COPELON RHONDA. “Intimate Terror: Understanding Domestic Violence as Torture”. citando a Edward Peters.

⁵⁰⁴ COPELON RHONDA.(1994) “Reconognizing the egregious in the everyday: Domestica Violence as Torture”. <www.westlaw.com>.(22/07/09).

también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

*No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.*⁵⁰⁵

La analogía de entre la Violencia Doméstica y la Tortura no es del todo nueva.

Rhonda Copelon fue quien en 1993 enmarcó la comparación entre violencia íntima y tortura (como está definida en la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

Esta analogía no es muy popular entre los expertos de la tortura; Edward Peters un destacado historiador de la tortura, llama a esta comparación de “sentimental”, porque considera que la esencia de la tortura es su carácter público.⁵⁰⁶

Pero tanto los juristas como los expertos y activistas del campo de los derechos humanos sostienen que la violencia física, sexual y psicológica infligida a una mujer, a veces con resultados fatales, se puede comparar a la tortura no sólo por su naturaleza misma, sino también por su gravedad.⁵⁰⁷

Cabe destacar que para efectos de esta perspectiva o teoría, la Violencia Doméstica que se equipara a la Tortura Oficial es aquella que se refiere a formas extremas de violencia; donde usualmente incapacitan a la

⁵⁰⁵ MARTIN C., RODRÍGUEZ D. “La Prohibición de la tortura y de los malos tratos en el Sistema Interamericano: Manual para Víctimas y sus Defensores”.

Pág 103. <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5025.pdf>> (26/05/09)

⁵⁰⁶ Ver COOK REBECCA. “Human Rights of Women”, tomado del artículo, “Intimate Terror: Understanding Domestic Violence as Torture” de Rhonda Copelon. Pág. 121.

⁵⁰⁷ UNICEF. “La Violencia Doméstica contra mujeres y niñas”, Pág. 10. (Junio 2006). <<http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest6s.pdf>>. (01/09/2009)

víctima, por el control físico, psicológico y económico que se ejerce sobre la víctima, al punto que se ve imposibilitada de escapar.

Por lo consiguiente, cuando de ahora en adelante en esta tesis se hable de Tortura Privada, se hace referencia a este tipo de Violencia (grave) en específico.

Bonita C. Meyersfeld indica que para que se presente este tipo de tortura deben concurrir 3 tres factores:

- **Repetición:** hace referencia a un tipo de violencia que posee una característica y sistemática intensidad, la cual es repetida.

Es distinta de la violencia que ocurre con poca frecuencia y que no es lo suficientemente grave como para provocar tanto daño a largo plazo o para inducir un medio ambiente de temor y aprensión respecto a la recurrencia de la violencia⁵⁰⁸.

- **Poder de control:** esta tortura se compone de una violencia que incapacita a la víctima, diferenciándose de aquella que permite sanarse.

La amenaza perpetua de este tipo de tortura, se alimenta del poder y desbalance, donde el abusador es más poderoso que su víctima⁵⁰⁹.

Por otra parte, las estructuras de apoyo jurídico, de la policía, poder judicial, son en gran parte independientes y / o ignorantes de las permutaciones de la violencia íntima de la mujer⁵¹⁰.

- **Severidad:** se refiere a la intensidad de la agresión, la cual está ligada a la regularidad de la misma; ya que los actos de violencia extrema son muy

⁵⁰⁸ Ver MEYERSFELD BONITA C. (2003) "Reconceptualizing Domestic Violence in International Law". Pág.390 <www.westlaw.com>(27/02/2009)

⁵⁰⁹ MEYERSFELD BONITA C. (2003). Ob. Cit.: 390.

⁵¹⁰ MEYERSFELD BONITA C. (2003). Ob. Cit.: 390.

perniciosos como un colectivo y juntos constituyen un ambiente debilitante y destructivo⁵¹¹.

Esta categoría la autora la representa pictóricamente así:⁵¹²

| Abuso Intimo | Tortura Privada |
|---|---|
| Se hace presente con más frecuencia la violencia no física, la cual no está asociada con amenazas de daño físico. | Acusaciones repetidas y otras formas verbales de abuso como justificación para las golpizas. |
| Castigar | Amenazas de hacer daño a otros miembros de familia incluyendo niños. |
| Abofetear | Golpizas repetidas con el puño u otros instrumento que causa hematomas y o el rompimiento de piel o huesos. |
| Insistir en sostener relaciones sexuales sin fuerza o violencia. | Violación, abuso sexual con otros objetos o animales, o prostitución forzada. |
| Empujones o acorralamiento. | Ataduras o apresar. |

⁵¹¹ MEYERSFELD BONITA C. (2003). Ob. Cit.: 391.

⁵¹² MEYERSFELD BONITA C. (2003). Ob. Cit.: 391.

Esta autora dice que el abuso íntimo (Fase Uno de la Violencia Doméstica) debe ser custodiado o evacuado por la Ley Doméstica de cada país, mientras la Tortura Privada debe ser un asunto de Derecho Internacional.⁵¹³

Agrega que la categorización no es un método ideal, porque cualquier tipo de violencia es dolosa e ilegal del grado que sea; pero dicha categorización funciona para entenderla y lograr una aproximación a esta materia.

El CEDAW ha indicado que, *la violencia contra la mujer en la familia viola “el derecho a no ser sujeto de tortura, o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, y “el derecho a la libertad y seguridad del individuo”*⁵¹⁴.

Por lo tanto, a partir de lo anterior se deduce, que la Violencia Doméstica calza como tortura ya que explícitamente expande el ámbito de aplicación, abarcando la esfera familiar.

A. Similitudes entre la Tortura Privada y la Tortura Oficial.

Se recomienda al lector leer el capítulo tres del título primero, específicamente el apartado de los derechos protegidos del refugiado, como también el capítulo uno de la sección segunda, en especial los tipos de violencia que comprende la Violencia Doméstica, para que tenga un panorama más amplio del tema que se tratará a continuación.

A nivel de autoridades en la materia de Tortura y Violencia Doméstica, existen posiciones encontradas de si esta última se equipara a la tortura oficial.

⁵¹³ Ver MEYERSFELD BONITA C. (2003). Ob. Cit.: 391.

⁵¹⁴ CULLITON KATHERINE (1993): 17.

Quienes defienden la teoría de la Violencia Doméstica como una forma de tortura, establecen sus similitudes a partir de las diferencias que plantean quienes difieren de su posición.

Las cuales son las siguientes:

i. Provoca grandes sufrimientos físicos y/o mentales:

▪ Elementos físicos:

La tortura al igual, que la Violencia Doméstica comúnmente involucra formas de brutalidad física. Los métodos de este tipo de violencia se asemejan a los de la tortura común; ya que incluyen palizas con las manos u objetos, mordeduras, escupas, puñetazos, patadas, puñaladas, estrangulamiento, quemaduras, entre otros⁵¹⁵.

Sus consecuencias físicas, pueden ser el desfiguramiento, incapacidades temporales y permanentes, aborto involuntario, mutilación y muerte.

La violación puede incluir la inserción de objetos en la vagina, servidumbre, mutilación de miembros, el sexo forzado ya sea anal u oral con otras personas u animales.

Por otra parte, el abuso y la violación puede prolongarse por horas, por ejemplo, hasta que el hombre alcance el clímax durante el acto sexual⁵¹⁶.

▪ Componente Psicológico

Este componente comprende, angustia, humillación, debilitamiento, y miedo, como consecuencia de la brutalidad física, el abuso sexual, la violación,

⁵¹⁵ COOK REBECCA. "Human Rights of Women", tomado del artículo: "Intimate Terror: Understanding Domestic Violence as Torture" de Rhonda Copelon. Pág. 122.

⁵¹⁶ COOK REBECCA. Ob. Cit.: 123.

como también el stress, la manipulación y la privación sensorial. Ello con el fin de quebrar la voluntad del torturado⁵¹⁷.

La combinación de técnicas diseñadas para crear dependencia, debilidad y temor en las víctimas, son comunes tanto en la Violencia Doméstica como en la Tortura Oficial; ya que los agresores como los torturadores oficiales llegan a manipular y estresar de la misma manera a quienes las sufren.

Como por ejemplo, cuando a la mujer la entrenan a ser degradada como objeto sexual, a obligarla a estar desnuda, crea en ella terror, humillación, y le destruye su sentido de autonomía.

Las mismas consecuencias pueden tener un hombre al cual se le controlan sus funciones del cuerpo.

Al igual que la tortura oficial perpetrada a los hombres, en la Violencia Doméstica se pueden hacer presente diversos factores, tales como: el temor a que le hagan daño o maten a un ser querido o de la familia, la privación de alimento, agua, estar por bastante tiempo en oscuridad o aislado.

Y como se ha dicho en páginas anteriores, la violencia psicológica puede llegar a ser más brutal que la física.

ii. Se ocasiona intencionalmente: el elemento “intención” es lo que distingue a la tortura de accidentes, enfermedades, o aquellos dolores que se aceptan como penitencia.

Estudios realizados por Stanley Milgram indican que quienes torturan son entrenados para negar la humanidad de la víctima, para sigan sus órdenes y racionalizar sus actos. Agrega además, que contra los torturadores se

⁵¹⁷ COOK REBECCA. Ob. Cit.: 123.

utilizan mecanismos para distanciarlos de la idea que están causando un terrible sufrimiento⁵¹⁸.

En contraste con lo anterior, se ha argumentado que la mayoría de los hombres que abusan de sus esposas o compañeras no actúan a propósito, sino más por impulso.

El argumento que, la Violencia Doméstica es producto de la pérdida de control ha sido severamente criticado a la luz de la dinámica del maltrato. Pues como indica Rhonda Copelon, *“el maltrato, se quiera o no es premeditado, y a propósito”*⁵¹⁹.

Al igual que en la Tortura Oficial y en la Violencia Doméstica, la malicia individual no es necesaria y la pérdida de control no es exculporia.⁵²⁰

iii. Obedece a fines precisos: se la utiliza con el propósito de,

- **Provocar información:** aunque no en todos los casos de Violencia Doméstica se presentan “interrogatorios”, ni es un elemento determinante para que exista este tipo de violencia; se puede presentar.

Por ejemplo, cuando a la mujer se le pregunta, en donde estaba, por qué tardó tanto, con quien estaba hablando.

Si bien, los interrogatorios entre estas violencias son diferentes persiguen el mismo fin, el poder, demostrar supremacía, humillar y someter.

- **Castigar:** para castigar en la tortura oficial, quien realiza el acto le han dado licencia para satisfacer su crueldad o capricho.⁵²¹

⁵¹⁸ Ver COPELON RHONDA. (1994)“Recognizing the egregious in the everyday: Domestic Violence as Torture” citando a Stanley Milgram. <www.westlaw.com>.(22/07/09).

⁵¹⁹ COOK REBECCA. “Human Rights of Women”, tomado del artículo, “Intimate Terror: Understanding Domestic Violence as Torture” de Rhonda Copelon”, Pág. 122.

⁵²⁰ COOK REBECCA. Ob. Cit.: 129

Igualmente a nivel de género, el castigo obedece a roles sociales establecidos por la supremacía del hombre sobre la mujer. Y al igual que la tortura oficial, el acto se está permitiendo por la sociedad o por el mismo Estado.

Para ilustrar mejor lo anterior, se puede citar la “defensa de honor”.

La Violencia Doméstica es una forma sistemática de castigo que se salta todas las garantías procesales del debido proceso.⁵²²

Es más, el agresor en casa puede operar con menos límites externos que quien tortura oficialmente.

- **Intimidar:** la tortura pretende intimidar a nivel personal, de grupo y social.

La Violencia Doméstica está diseñada para intimidar a la mujer tanto a nivel personal, o bien como miembros de una clase.

Indica Rhonda Copelon que, a nivel personal esta violencia se comete, con el fin de atemorizar a la mujer, para que obedezca, para “domesticarla”; e impedir o disuadir su afirmación de diferencia o autonomía⁵²³.

A nivel de grupo, este tipo de violencia puede debilitar las posibilidades de independencia de las mujeres, el ejercicio de sus derechos humanos.

- **Controlar la personalidad y/o disminuir sus capacidades.**

Tanto la tortura privada como la oficial, pretenden reducir a la persona a un estado de pasividad y sumisión, para destruir su autoestima y sus capacidades físicas y mentales. Haciendo que quienes están sometida a ella

⁵²¹ COOK REBECCA. “Human Rights of Women”, tomado del artículo, “Intimate Terror: Understanding Domestic Violence as Torture” de Rhonda Copelon”, Pág. 132.

⁵²² COOK REBECCA. Ob. Cit.: 133.

⁵²³ Ver COOK REBECCA. “Human Rights of Women”, tomado del artículo, “Intimate Terror: Understanding Domestic Violence as Torture” de Rhonda Copelon”, de Rhonda Copelon Pág. 133.

realicen cosas por medio de coacción, que van en contra de sus principios, ideología, forma de ser.

- **Implica una cierta participación de las esferas oficiales, ya sea en forma activa o pasiva:** a pesar que la tortura privada no es perpetrada por un oficial, el Estado puede participar en su consecución cuando, la deja impune, carece de normativa que la condene, no le brinda protección a la víctima cuando la solicita, no investiga, o persigue, o castiga de forma eficaz a quien la comete.

B. Diferencias entre la Tortura Oficial y la Tortura Privada (Violencia Doméstica).

- **La Brutalidad:** se dice que la Tortura Oficial es más brutal que la íntima.

A esto contribuye la trivialización a la que es objeto la Violencia Doméstica, que las mismas mujeres la esconden, los agresores no la reconocen o que los hospitales no la identifiquen⁵²⁴.

Pero como se observó en el apartado anterior de las similitudes; se puede apreciar los métodos utilizados pueden ser los mismos, como también acarrear las mismas consecuencias psicológicas y físicas.

- **Custodia o Cautiverio:** se dice que quienes están sometidos a tortura oficial son incapaces de escapar, en cambio quienes son víctimas de Violencia Doméstica pueden escapar cuando quieren⁵²⁵.

Esta diferencia no tiene validez, porque como ya se ha visto en páginas anteriores la tortura privada puede incidir en la mujer tal manera, que no la deja escapar por miedo a que la maten, o a que otras personas como sus hijos o familias sean víctimas de alguna agresión o hasta la muerte.

⁵²⁴ COOK REBECCA. "Human Rights of Women", tomado del artículo, "Intimate Terror: Understanding Domestic Violence as Torture" de Rhonda Copelon. Pág. 135.

⁵²⁵ GRDINIC ELA. (2000) "Application of the elements of Torture and other forms of ill-treatment, as defined by the European Court and Commission of Human Rights, to the incidents of Domestic Violence". Pag.09. <www.westlaw.com>.(22/07/09)

A esto se le suman, los factores psicológicos como la manipulación, el miedo, el stress, traumas, entre otros.

Las mujeres maltratadas a menudo se encuentran atrapadas en sus casas, por que sus compañeros las encierran con llave, aislándolas de sus amigos y familiares, sin dinero, bajo constantes maltratos.

- **El Perpetrador:** en la tortura privada entre la víctima y el agresor existe una relación íntima o de índole familiar, la cual se erosiona, rompe lazos de confianza y cercanía, teniendo como consecuencia que para la víctima sea más doloroso que quien la comete sea un familiar y no un desconocido.

Por otra parte, la víctima de violencia doméstica es más vulnerable a la manipulación que un prisionero político⁵²⁶.

Como se argumentó en el apartado de las similitudes, la participación del Estado en la Violencia Doméstica puede ser de forma pasiva.

Quienes defienden esta teoría consideran que el Estado puede jugar un papel de complicidad si no auxilia a la víctima, no la protege, no investiga, persigue, o castiga al agresor.

- **Duración:** por lo general la duración de los maltratos en la Violencia Doméstica exceden a los de la tortura oficial⁵²⁷.

- **Provocar información:** esta diferencia la toman como similitud los defensores de esta teoría (como se señaló líneas atrás).

Se debe tener en cuenta, que con anterioridad la tortura se utilizaba principalmente para provocar información, pero contemporáneamente se le entiende como un mecanismo de terror⁵²⁸.

⁵²⁶ COOK REBECCA. "Human Rights of Women", tomado del artículo, "Intimate Terror: Understanding Domestic Violence as Torture" de Rhonda Copelon Pág. 133.

⁵²⁷ GRDINIC ELA. (2000): 10

▪ **El poder del Estado en parar la Tortura Oficial:** en la mayoría de los casos de este tipo de tortura, el Estado tiene el poder de pararlos, excepto en el contexto de guerra civil. En contraste, la violencia basada en género (como lo es la Violencia Doméstica) no puede detenerse por un cambio de régimen, incluso mediante sanciones rigurosas o formales, o por la implementación de medidas de protección⁵²⁹.

▪ **La violencia de género es ampliamente justificada y fomentada, mientras la tortura oficial es percibida como incorrecta:** lo anterior se debe a creencias culturales, a roles establecidos en la sociedad.

Las mujeres llegan a ver la violencia doméstica más como una vergüenza que un ultraje⁵³⁰.

C. Consecuencias de considerar la Violencia Doméstica como Tortura en el Derecho Internacional⁵³¹.

1- Inclusión de la Violencia Doméstica en el marco de los Instrumentos que prohíben la tortura y los tratos inhumanos, crueles, y degradantes.

Si se llegase a incluir expresamente a la Violencia de Género y a sus manifestaciones dentro del marco legal internacional de tortura, de tratos o penas crueles, inhumanos, y degradantes, daría lugar a una serie importante de responsabilidades del Estado y potenciales responsabilidades individuales. Asimismo, sentaría bases de la responsabilidad individual ante todos los

⁵²⁸ Ver COOK REBECCA. "Human Rights of Women", del artículo, "Intimate Terror: Understanding Domestic Violence as Torture" de Rhonda Copelon Pág. 130.

⁵²⁹ Ver COPELON RHONDA. (1994) "Recognizing the egregious in the everyday: Domestic Violence as Torture". Pág. 24. <www.westlaw.com> .(22/07/09).

⁵³⁰ Ver COPELON RHONDA.(1994) Ob. Cit. Pág. 24.

⁵³¹ Propuestas por Rhonda Copeland (1994) Ob. Cit.: 20.

tribunales nacionales sobre la base de la disposición de la jurisdicción universal⁵³².

2- Reconocimiento de la Violencia Doméstica como una violación de Derechos Humanos independiente.

Sería bueno establecer este tipo de tortura como un derecho independiente, por que no existe ningún instrumento que la condene expresamente. O bien, las soluciones u medidas que ofrecidas por las Convenciones sobre Tortura no son las adecuadas.

Por otra parte, si la Violencia basada en el género fuera considerada como un derecho independiente, su trasgresión comprendería directa e inequívocamente, maltratos cometidos en la esfera privada⁵³³ y esto responsabilizaría a los Estados para que la castiguen y prevengan.

3-Reconocimiento de la Violencia de Género como jus cogens.

Partiendo, que esta tesis tiene como principal una de las manifestaciones de Violencia de Género, la Violencia Doméstica. Expondremos la siguiente analogía, que nosotras formulamos:

Violencia Doméstica: Tortura :: Tortura : Jus Cogens

Por lo consiguiente si el Derecho a la No la Violencia Doméstica fuera considerado Jus Cogens, su cumplimiento sería obligatorio, y no se admitiría acuerdo en contrario por parte de los Estados para no proteger ante la tortura privada.

⁵³² Ver COPELON RHONDA.(1994) Ob. Cit.: 23.

⁵³³ Ver COPELON RHONDA.(1994) Ob. Cit.: 24.

Cabe destacar, que en casos concretos la Violencia Doméstica no alcanza el nivel de tortura, pero si el de tratos crueles, inhumanos o degradantes; los cuales también están prohibidos expresamente por los instrumentos internacionales y el Derecho Consuetudinario Internacional.

Para concluir, esta teoría va íntimamente relacionada con la siguiente; la No Violencia Doméstica como un Derecho Humano.

Porque como, se ha venido indicado líneas atrás, la Violencia Doméstica constituye una violación a los derechos humanos, pues transgrede los derechos de las mujeres desde en una óptica general, como también desde una de género.

iii. La No Violencia Doméstica como un Derecho Humano.

Los Derechos Humanos son aquellos inherentes a la persona, que ésta posee por el simple hecho de ser humano.

Estos derechos son estándares éticos universales que afirman la igualdad y dignidad de todos los individuos. Éstos pueden ser aplicados supranacionalmente, como también a grupos e individuos dentro de Estados.⁵³⁴

Desde este punto de vista de igualdad, pareciera que no es posible utilizar una expresión que sugiera que algunos de los seres humanos (las mujeres), poseen diferentes derechos de otros seres humanos (los hombres).

Bajo la perspectiva anterior la autora Cecilia Medina considera que, las mujeres no necesitan “ganarse” los Derechos Humanos; más bien, deben ser animadas en lugar de obstaculizadas, para alcanzar posiciones de liderazgo en la sociedad, tener una parte justa en el poder, la educación, los recursos

⁵³⁴ BUMILLER KRISTIN. (2006): 01.

financieros, y ello, porque son seres humanos y la no discriminación desde ninguna base, es tolerada por la ley internacional.⁵³⁵

Por otro lado, dicha autora parte de la premisa que el propósito de los derechos humanos, es permitir que los individuos ejerciten sus derechos plenamente, y no estar recurriendo constantemente a remedios.

Las Organizaciones Internacionales sobre Derechos Humanos, hasta hace poco, habían descuidado el problema de la violencia doméstica contra la mujer. Ello se debe a que dichas organizaciones consideraban que las garantías de las Convenciones, como por ejemplo, las del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵³⁶, solo aplicaban para las víctimas de abusos por motivos políticos.

Pero aún bajo la perspectiva política la Violencia Doméstica está comprendida en dicho ámbito; ya que sirve como una forma de control social y refuerza la subyugación de la mujer.⁵³⁷

Las interpretaciones tradicionales de los instrumentos sobre derechos humanos han fallado en reconocer la relación entre violencia y discriminación de género.⁵³⁸

Por lo consiguiente, se debería establecer expresamente que la No Violencia Doméstica es un Derecho Humano, para evitarse fallos como los anteriores.

El enfoque de la No Violencia como Derecho Humano es una continuación del activismo feminista de los países del Oeste.⁵³⁹

⁵³⁵ Ver COOK REBECCA. "Human Rights of Women", tomado del artículo, "Toward a More Effective Guarantee of the Enjoyment of Human Rights by Women in the Inter- American System", de Cecilia Medina. Pág. 257.

⁵³⁶ Se cita este Pacto, porque tiene relevancia para combatir la Violencia Domestica, ya que contiene frases expansivas.

⁵³⁷ COOK REBECCA. "Human Rights of Women", tomado del artículo, "Domestic Violence as an International Human Rights Issue" de Kenneth Roth. Pág. 329.

⁵³⁸ EDWING ANTONY. (1995): 01

En los últimos las mujeres de Latinoamérica han jugado un papel activo en la denuncia de la Violencia Doméstica, como una violación de derechos humanos.

Creemos que, si la Violencia Doméstica transgrede una serie de derechos a los cuales individualmente se les brinda protección y es mal visto violarlos, con justa razón merece la No Violencia Doméstica ser reconocida como un Derecho Humano independiente, sin tener que recurrir a interpretaciones, que puedan inducir a error o a desprotección.

La teoría de la No Violencia Doméstica va ligada a la responsabilidad y complicidad del Estado.

Primero se expondrá desde una óptica general la Responsabilidad Estatal, para luego presentar la posición del activismo feminista al respecto.

A- Responsabilidad del Estado.

Este concepto define, *“los límites de la responsabilidad de un gobierno por el abuso de Derechos Humanos bajo el Derecho Internacional”*⁵⁴⁰.

Dorothy Q. Tomas en su artículo “Domestic Violence as a Human Rights Issue” (Violencia Doméstica un asunto de Derecho Privado) indica que tradicionalmente en la práctica del Derecho Internacional, los Estados se tienen como responsables solamente por los actos cometidos directamente por él o por medio de sus agentes, dejando por fuera los actos cometidos por sujetos privados – como los crímenes de violencia doméstica –fuera del alcance de la responsabilidad estatal⁵⁴¹.

⁵³⁹ BUMILLER KRISTIN. “Freedom from Violence as a Human Right toward a Feminist Politics of Nonviolence”. Pág 01. <www.westlaw.com> . (22/07/09)

⁵⁴⁰ THOMAS DOROTHY Q. (1993): 41.

⁵⁴¹ Ver THOMAS DOROTHY Q. Ob. Cit.: 41.

Más recientemente este concepto ha ido evolucionando, ya que se incluyen tanto los actos cometidos por el Estado como también, sus sistemáticas en perseguir y juzgar actos cometidos por agentes o actores privados. En estas situaciones aunque el Estado no cometió el abuso primario, pero su falla en perseguirlo le suma complicidad en él.

La Convención Americana de Derechos Humanos indica que el Estado tiene como responsabilidad prevenir, investigar, juzgar, castigar a los agresores; y estos deberes se deben implementar a través de sus tribunales judiciales.⁵⁴²

Por lo consiguiente, en el Sistema Interamericano los Estados son responsables, cuando son incapaces para procesar efectivamente la Violencia Doméstica y de proteger a las mujeres de la tortura.⁵⁴³

En resumen, un Estado es responsable cuando:

- Explícitamente autorizó el acto.
- Falló en prevenir, investigar, perseguir y juzgar actos de los agentes, aunque no hubiera existido una orden.

Kenneth Roth indica, que un simple acto de Violencia Doméstica no es una violación de derechos humanos a menos que, el Estado haya condonado la violencia por inacción sistemática.⁵⁴⁴

Insatisfechas con esa limitada noción de responsabilidad del Estado, algunas mujeres activistas argumentan, que a diferencia de otros delitos comunes, la violencia doméstica es inherentemente un asunto de legislación

⁵⁴² Ver CULLITON KATHERINE.(1993). Ob. Cit.: 15.

⁵⁴³ Ver CULLITON KATHERINE.(1993). Ob. Cit.: 15.

⁵⁴⁴ COOK REBECCA. "Human Rights of Women", tomado del artículo, "Domestic Violence as an International Human Rights Issue", de Kenneth Roth. Pág. 331.

internacional de derechos humanos, porque sistemáticamente subordina a la mujer.⁵⁴⁵

Agregan además que este tipo de violencia es perpetrada principalmente hacia mujeres con el objetivo de mantener la supremacía de los hombres, y privarlas, de una serie de beneficios políticos, sociales y económicos. Debido a esta subordinación sistemática, las defensoras de esta teoría sostienen que la violencia doméstica en sí, constituye una violación a los derechos humanos.⁵⁴⁶

Para explicar mejor lo anterior, a continuación se expondrá puntualmente y aportando ejemplos, cuando el problema de la Violencia Doméstica es responsabilidad del Estado y las razones por las cuales debe ser considerada un Derecho Humano.

- **Cuando la Violencia Doméstica amenaza el derecho a la vida y a la integridad física y psicológica de la mujer.**

Ejemplo: Aplicación del Derecho a la Vida.

Cuando la Violencia Doméstica tiene como resultado la muerte, a la mujer se le ha privado su Derecho a la Vida.⁵⁴⁷

A este derecho se le considera el primordial entre los derechos fundamentales, por lo consiguiente su trasgresión está prohibida en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Cuando el sistema legal del Estado ha fallado en proteger el derecho a la vida, ello debe ser interpretado como una inconsistencia con las responsabilidades legales internacionales.⁵⁴⁸

⁵⁴⁵ COOK REBECCA. Ob. Cit.: 332.

⁵⁴⁶ COOK REBECCA. Ob. Cit.: 332.

⁵⁴⁷ CULLITON KATHERINE.(1993). Ob. Cit.: 17.

⁵⁴⁸ CULLITON KATHERINE. (1993) Ob. Cit.: 17.

- **Cuando las normas no protegen a las personas contra la violencia doméstica y/o falta de enjuiciamiento por ésta; existe tolerancia por parte del sistema legal.**

Ejemplo: Aplicación del derecho a la Libertad de ser sometido a Tortura.

El CEDAW ha establecido que, *“la violencia contra la mujer en la familia, viola el derecho a la libertad y seguridad, a no ser sujeto de tortura, a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes”*⁵⁴⁹.

En Brasil la práctica de la “defensa de honor” es impune, ello demuestra claramente que ese país tolera la Violencia Doméstica, por lo tanto es responsable por no condenar efectivamente estos crímenes.

- **Cuando las normas no garantizan igualdad ante la ley y no prohíben el sesgo sistemático de género que se da en perjuicio de las mujeres víctimas de Violencia Doméstica.**

Ejemplo: Aplicación del Derecho a la Igualdad.

Este principio indica que todas las personas tienen el derecho a ser protegidos por la ley de forma igualitaria y sin discriminación.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo primero, inciso 1 al respecto indica lo siguiente:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o

⁵⁴⁹ CULLITON KATHERINE.(1993) Ob. Cit.: 17.

*de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*⁵⁵⁰.

Lo anterior sugiere que una mujer maltratada puede demostrar fácilmente que el Estado le ha violado su derecho a la igualdad fallando en procesar los casos de Violencia Doméstica⁵⁵¹.

Primero, porque la mayoría de víctimas de este tipo de violencia son mujeres, y el fracaso en enjuiciar los casos de Violencia Doméstica constituye de facto una discriminación de género por parte del Estado⁵⁵².

Segundo, el artículo anterior prohíbe cualquier discriminación basada en el origen o cualquier otra condición social. Si el Estado habitualmente le da mayor protección a los actos de violencia “públicos” que la Violencia Doméstica, las provisiones de la Convención pueden ser violentadas por razones de género⁵⁵³.

B. Problemas Conceptuales para tratar la Violencia Doméstica como un Derecho Humano.

Los problemas que se presentarán a continuación fueron tomados del artículo “Domestic Violence as a Human Rights Issue” de Dorothy Q. Thomas⁵⁵⁴.

1. El alcance del Derecho Internacional.

El enfoque exclusivo en el comportamiento de los Estados, confina la operación del Derecho Internacional dentro de la esfera pública⁵⁵⁵.

⁵⁵⁰ OEA. (1969) “Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José).<
<http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>>. (11/ 09/2009)

⁵⁵¹ COPELON RHONDA.(1994) “ Recognizing the egregious in the everyday: Domestic Violence as Torture”. Pág. 17.

⁵⁵² COPELON RHONDA. Ob. Cit.: 17.

⁵⁵³ COPELON RHONDA. Ob. Cit.: 18.

⁵⁵⁴ THOMAS DOROTHY Q. (1993): 38.

⁵⁵⁵ THOMAS DOROTHY Q. (1993): 38.

2. Leyes Neutrales- Género, Aplicación Parcializada- Género

Según la autora en teoría, el Derecho Internacional es neutral en cuanto a asuntos de género; por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica que los derechos que ésta protege le pertenecen a todos los seres humanos, no solo a los hombres. Y cuando se habla de discriminación se prohíbe aquella que se produzca en razón del sexo de la persona. Pero en la práctica, el Derecho Internacional se ve obligado a interactuar con las leyes domésticas y estructuras sociales que relegan a los hombres y mujeres a diferentes esferas de existencia; la pública y la privada.⁵⁵⁶

Teniendo como consecuencia que los abusos específicos de género sean “privatizados” internacionalmente y dejados fuera de la práctica de los derechos humanos.

Existen cuatro factores que han causado la exclusión de la Violencia Doméstica de la práctica internacional:

1-Conceptos tradicionales de responsabilidad estatal bajo la ley y práctica internacional.

2- Ideas equivocadas sobre la naturaleza, la extensión de la Violencia Doméstica y las respuestas de los Estados a ésta.

3- La negligencia de igualdad y de protección por parte de la ley sin importar el sexo como un principio de Derechos Humanos.

4- El fracaso por parte de los Estados en reconocer su obligación de proveer remedios para los delitos de Violencia Doméstica⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ THOMAS DOROTHY Q. Ob. Cit.: 39.

⁵⁵⁷ Ver THOMAS DOROTHY Q. Ob.Cit.: 39

3. Concepto de Responsabilidad Estatal:

Como se ha indicado con anterioridad, quienes defienden la teoría de la No Violencia como un Derecho Humano alegan que, la inclusión de la falla en perseguir a trasgresores de derechos humanos, llámese agentes públicos o privados dentro de los límites de la responsabilidad estatal no es suficiente para posicionar a la Violencia Doméstica dentro del marco de los derechos humanos.

Nosotras consideramos que este concepto al menos sirve de indicador para atacar las fallas Estatales en proteger la Violencia Doméstica y como trasgresor pasivo de derechos humanos.

Además, existe una relación entre esta responsabilidad y el principio de igualdad ante la ley, el cual sentimos que es el derecho por el que más abogan los partidarios de esta teoría.

▪ Violencia Esparcida y un patrón de No Persecución

Las estadísticas han demostrado que la violencia contra las mujeres en el hogar es inherente en todas las sociedades, no puede ser desechado como un asunto privado y más allá del alcance de la responsabilidad estatal.⁵⁵⁸

La persecución y juzgamiento de casos de violencia doméstica ocurre con menos frecuencia que otros crímenes similares, los agresores de mujeres reciben sentencias ampliamente reducidas, las golpizas en el ámbito doméstico son raramente investigadas y la violación dentro del matrimonio no se ve como crimen.⁵⁵⁹

⁵⁵⁸ THOMAS DOROTHY Q. Ob. Cit.: 46.

⁵⁵⁹ THOMAS DOROTHY Q. Ob. Cit.: 46.

En nuestro país específicamente, la violación dentro del matrimonio se considera crimen. Primero se estableció jurisprudencialmente en el año 1995; para posteriormente ser incluido en la legislación.

En el artículo 29 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres se indica lo siguiente:

Artículo 29.- Violación contra una mujer

“Quien le introduzca el pene, por vía oral, anal o vaginal, a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, contra la voluntad de ella, será sancionado con pena de prisión de doce a dieciocho años. La misma pena será aplicada a quien le introduzca algún objeto, animal o parte del cuerpo, por vía vaginal o anal, a quien obligue a la ofendida a introducir, por vía anal o vaginal, cualquier parte del cuerpo u objeto al autor o a sí misma”. (La negrita, la letra cursiva y lo subrayado no son propios del texto original).

Cabe destacar, que los abusos sexuales⁵⁶⁰ entre cónyuges también son penados.⁵⁶¹

Dichos abusos se encuentran tipificados en el artículo 162 2) del Código Penal, el cual reza:

Abusos sexuales contra las personas mayores de edad

“Artículo 162: *Si los abusos descritos en el artículo anterior se cometen contra una persona mayor de edad, la pena será de dos a cuatro años de prisión.*

⁵⁶⁰ Nuestro Código Penal establece como Abuso Sexual, aquellos actos se realizan de manera abusiva, con fines sexuales, contra las personas, o bien que se obligue a la realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya delito de violación.

⁵⁶¹ LEY DE PENALIZACIÓN DE IA. (2007). “Artículo 29: Violación contra la mujer”. <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/leyes/leypenal/ley8589.htm> (27/06/09)

La pena será de tres a seis años de prisión cuando:

2) El autor sea ascendiente, descendiente, hermano por consanguinidad o afinidad, padrastro o madrastra, cónyuge o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.”

La esparcida ausencia de intervención estatal en crímenes contra las mujeres no es meramente el resultado de la falla de los gobiernos en criminalizar una clase de comportamiento, sino que es el resultado de la falla del gobierno de reforzar leyes igualitarias⁵⁶².

4. El Derecho a una Protección Igualitaria.

Aunque en los últimos años ha habido avances en materia de violencia de género, las Organizaciones de Derechos Humanos no le han la misma relevancia a la Violencia Doméstica en comparación con otras formas de discriminación, tales como en función de raza o etnia.

Las ONG' s con el caso de la discriminación de género no han sido tan activas en la protección y promoción de los derechos de las mujeres.⁵⁶³ Al igual, los gobiernos no les garantiza a las mujeres una protección igualitaria ante la ley.

Lo que ha tenido a favor esta teoría para que sea posible conceptualizar la Violencia Doméstica como un asunto de Derechos Humanos han sido, los desarrollos en el concepto de Responsabilidad Estatal, el nuevo énfasis en la protección igualitaria de la ley como una preocupación central de los Derechos Humanos, la nueva información acerca la naturaleza específica de género en la Violencia Doméstica (su permanente y frecuente persecución discriminatoria).⁵⁶⁴

⁵⁶² THOMAS DOROTHY Q. Ob. Cit: 46.

⁵⁶³ THOMAS DOROTHY Q. Ob. Cit.: 46

⁵⁶⁴ Ver THOMAS DOROTHY Q. Ob.Cit.: 49

iv. Los Costos Económicas de la Violencia Doméstica.

De todo lo que hemos investigado para la confección de este apartado y dentro de las perspectivas que consideran que la No Violencia debe ser introducida dentro del ámbito de los Derechos Humanos de las Mujeres, sobresale como una visión muy novedosa lo plasmado en un artículo escrito por la autora Kelsey S. Barnes para el Anuario de Derecho Internacional de la Universidad de Miami titulado “The Economics of Violence: Why Freedom from Domestic Violence must be treated as developmental Right in Internacional Law”⁵⁶⁵ (con un significado en español que más o menos diría ‘*La economía de la violencia: Por qué ser libre de violencia doméstica debe ser tratado como un derecho en desarrollo dentro del derecho internacional*’).

La autora, quien se desempeña como Licenciada en Trabajo Social Clínico dentro del ‘*Bar Association Family Anti-Violence Project*’ en los Estados Unidos, expone en el mencionado artículo que la forma más eficiente que los Estados respondan al gravísimo problema que presenta la Violencia Doméstica en el mundo, es mostrándoles a los Gobiernos los costos y las pérdidas económicas que causa cada año este mal.

En palabras de la autora al describir la situación:

*“Hasta que las mujeres sean reconocidas como una fuerza política y económica poderosa –una fuerza que, si es herida, detendrá el desarrollo, reducirá el capital e incrementará la deuda- los gobiernos seguirán viendo a la violencia doméstica como asunto privado más que como una preocupación del Estado.”*⁵⁶⁶

Es cierto que puede sonar utilitario y poco poético tratar una situación tan grave para los Derechos de la Mujer como un asunto económico, pero desgraciadamente no hay nada que mueva más a un país que el beneficio

⁵⁶⁵ BARNES, KELSEY S. “The Economics of Violence: Why Freedom from Domestic Violence must be treated as developmental Right in Internacional Law”. University of Miami Yearbook of International Law. 1997-1998

⁵⁶⁶ Ver BARNES, KELSEY S. Ob. Cit.: 2.

económico y puede ser ésta la manera de que los países actúen en este momento y no dentro de varios años, después de muchas manifestaciones de activistas por los Derechos Humanos e incontables muertes de mujeres a manos de sus parejas.

Barnes considera que el posible éxito detrás de esta táctica se halla en que, para cambiar la situación actual el gobierno de cada país, debe estar completamente involucrado en ese cambio y esto no se logrará con un simple argumento a favor de los Derechos Humanos, sino con una detallada exposición de las pérdidas y las ganancias de erradicar este problema⁵⁶⁷.

Propone que para lograr este objetivo los activistas deben educar a los Gobiernos en las siguientes áreas: primero, deben demostrarles la contribución que las mujeres hacen a la economía global; segundo, deben demostrar el costo significativo que se causa a estas economías cuando a las mujeres se les niega su contribución en razón de que sufren de violencia doméstica; y tercero, deben demostrar que dichos costos son lo suficientemente profundos para requerir atención gubernamental a la hora de distribuir los gastos.⁵⁶⁸

Veamos ahora con más detalle estas áreas:

a. La Contribución de las mujeres a la Economía Global: la autora Rebecca Adams⁵⁶⁹ igualmente expone en forma breve los costos de la violencia doméstica y como Barnes hace referencia al estudio realizado en 1994 por las Naciones Unidas sobre el Papel de las Mujeres en el Desarrollo, en el cual se expresa que las mujeres cumplen un rol fundamental en el desarrollo económico de los países contribuyendo tanto en el sector formal como en el informal.⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ Ver BARNES, KELSEY S. Ob. Cit.: 5.

⁵⁶⁸ Ver BARNES, KELSEY S. Ob. Cit.: 6.

⁵⁶⁹ ADAMS, REBECCA. "Violence Against Women and International Law: The Fundamental Right to State Protection from Domestic Violence." (2007). *New York International Law Review*. Winter 2007. Pág 11.

⁵⁷⁰ U.N. DEP'T FOR POLICY COORDINATION & SUSTAINABLE DEVELOPMENT, WOMEN IN A CHANGING GLOBAL ECONOMY 1994 WORLD SURVEY ON THE ROLE OF WOMEN IN DEVELOPMENT, at 48, U.N. Sales No. E.95.IV.1 (1995).

También es mencionado en el estudio que el trabajo de las mujeres es usualmente considerado como “invisible” por ser en su mayoría realizado en el sector informal o por ser trabajo realizado en casa, lo cual es una afirmación errónea pues como plantea Barnes las mujeres que trabajan dentro del hogar cuidando de la casa y criando niños contribuyen de manera valiosa aunque no se pueda clasificar ésta en cifras numéricas monetarias. Por ejemplo, la pérdida de una madre puede significar que sus niños deban necesitar de un hogar sustituto y recursos Estatales para vivir.⁵⁷¹

Otra razón por la cual esa afirmación no es correcta es porque no se toman en cuenta a las mujeres que se registran como amas de casa, pero en realidad trabajan en agricultura o manufactura de objetos.

La realidad es que alrededor del mundo las mujeres constituyen parte importantísima de la economía mundial: en países en vías de desarrollo las mujeres que trabajan constituyen el 31% de la fuerza laboral y esa cifra es sin contar a las mujeres del sector informal. En África por ejemplo, el 80% de los alimentos en algunos países son producidos por mujeres. Y en las áreas profesionales y técnicas, de acuerdo con estadísticas de las Naciones Unidas aportadas por Barnes, las mujeres en Europa del Este conforman un 56% del sector profesional, un 33% del sector administrativo, un 73% del trabajo en oficinas, un 66% en trabajo en ventas y un 27% de producción y trabajo manual.⁵⁷²

Estos son sólo algunos datos que pueden ayudar reforzar el punto, sin embargo, son datos de hace varios años, del año 1994 (cuando se realizó el estudio por las Naciones Unidas). Debemos destacar que estadísticas como las anteriores y aún más específicas sobre Costa Rica pueden ser encontradas gracias al Instituto Nacional de la Mujer.

Por ejemplo, en la siguiente tabla podemos observar la posición en el sector laboral de la población de Costa Rica en el que se aprecia la tasa de

⁵⁷¹ Ver BARNES, KELSEY S. Ob. Cit. Pie de página N° 58.

⁵⁷² Ver estos datos en BARNES, KELSEY S. Ob. Cit.: 6.

ocupación femenina. Esta pasó de 32,6% en el 2000 a 35,7% en el 2001, descendiendo levemente en el 2002 (INEC, 2002).⁵⁷³

| Costa Rica: Población total y tasas por sexo según condición de actividad. 2007. | | | |
|---|--------------|-----------------|-----------------|
| Condición de actividad | 2007 | | |
| | Total | Mujeres | Hombres |
| | | Absoluto | Absoluto |
| Total | 4443100 | 2247448 | 2195652 |
| Inactivos/as | 2424656 | 1492897 | 931759 |
| Fuerza de Trabajo | 2018444 | 754551 | 1263893 |
| - Ocupados/as | 1925652 | 703055 | 1222597 |
| - Desocupados/as | 92792 | 51496 | 41296 |
| Tasa Neta de Participación | 57,0 | 41,6 | 73,2 |
| Tasa de Ocupación | 54,4 | 38,7 | 70,8 |
| Tasa de Desempleo | 4,6 | 6,8 | 3,3 |

Fuente: Encuesta Hogares de Propósitos Múltiples. INEC. 2007.

Como se puede ver en la Tabla la Fuerza Laboral de nuestro país se compone de 2 018 444 personas, de las cuales 754 551 son mujeres y 1 263 893 son hombres. Las mujeres representan un 38,7% de la fuerza laboral ocupada costarricense equivalente a 703 055 mujeres en todo el país y con una tasa de desempleo de 6,8%; los hombres representan el 70,8%.

⁵⁷³ INAMU. "Trabajo y Empleo".
 <http://www.inamu.go.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=52&Itemid=1516>
 Consultado el 29 de Agosto del 2009.

Distribución relativa de la fuerza de trabajo por sexo según sector de actividad. 2007.

| Sector Actividad | Total | Porcentaje | Mujeres | Porcentaje | Hombres | Porcentaje |
|---|---------|------------|---------|------------|---------|------------|
| Total | 2018444 | 100.00 | 754551 | 100.00 | 1263947 | 100.00 |
| Agricultura, ganadería, caza y silvicultura | 254317 | 12.60 | 38348 | 5.08 | 215969 | 17.09 |
| Pesca | 10029 | 0.50 | 893 | 0.12 | 9136 | 0.72 |
| Explotación de minas y canteras | 2614 | 0.13 | 316 | 0.04 | 2298 | 0.18 |
| Industrias manufactureras | 261847 | 12.97 | 87088 | 11.54 | 174759 | 13.83 |
| Suministros de electricidad, gas y agua | 21560 | 1.07 | 4716 | 0.63 | 16844 | 1.33 |
| Construcción | 157019 | 7.78 | 5252 | 0.70 | 151767 | 12.01 |
| Comercio mayor y menor. Reparación de vehículos y servicios personales | 381158 | 18.88 | 137697 | 18.25 | 243461 | 19.26 |
| Hoteles y restaurantes | 114840 | 5.69 | 69105 | 9.16 | 45789 | 3.62 |
| Transporte, almacenamiento y comunicación | 129924 | 6.44 | 18017 | 2.39 | 111907 | 8.85 |
| Intermediación financiera | 50017 | 2.48 | 24047 | 3.19 | 25970 | 2.05 |
| Actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler | 125986 | 6.24 | 38974 | 5.17 | 87012 | 6.88 |
| Administración pública y seguridad social | 89899 | 4.45 | 34528 | 4.58 | 55371 | 4.38 |
| Enseñanza | 113763 | 5.64 | 78981 | 10.47 | 34782 | 2.75 |
| Servicios sociales y de salud | 64921 | 3.22 | 41594 | 5.51 | 23327 | 1.85 |
| Otras actividades de servicios comunitarios, sociales y personales | 76539 | 3.79 | 39609 | 5.25 | 36930 | 2.92 |
| Hogares privados con servicio doméstico | 134966 | 6.69 | 120659 | 15.99 | 14307 | 1.13 |
| Organizaciones extraterritoriales | 1296 | 0.06 | 531 | 0.07 | 765 | 0.06 |
| Actividades no bien especificadas | 7166 | 0.36 | 2705 | 0.36 | 4461 | 0.35 |
| Buscan por primera vez | 20583 | 1.02 | 11491 | 1.52 | 9092 | 0.72 |

Fuente: INEC. Encuesta de Hogares de Propósitos Múltiples. INEC 2007

En su ocupación por sector⁵⁷⁴ las mujeres ocupan mayores porcentajes que los hombres en los sectores de Hotelería y Restaurantes (ocupan un 9,16%, los hombres sólo un 3,62%), en el sector de Intermediación Financiera (ocupan 3,19%, los hombres ocupan un 2,05%); en la Administración pública y Seguridad Social (las mujeres ocupan un 4,58% y los hombres un 4,38); en el sector de Enseñanza (ocupan 10,47% y los hombres 2,75%); en el sector de Servicios Sociales y Salud (ocupan un 5,51% y los hombres un 1,85%); en lo que son actividades de servicios comunitarios, sociales y otros servicios personales (ocupan un 5,25 y los hombres un 1,28%); y en hogares privados con servicio doméstico (ocupan un 15,99% y los hombres un 1,13%).

b. Los Costos de la Violencia Doméstica: se estima que el mayor impacto está en el sistema de salud, en el empleo y en el sistema penal. Si bien es cierto son muy difíciles de determinar, siempre es posible tener una idea con las estadísticas que si existen, como los indicadores de víctimas por año. El problema que hay, por ejemplo, en centros médicos, es que no se documenta específicamente en los expedientes que hubo violencia doméstica si no que nada más se reportan como lesiones. En muchos casos se debe al miedo de la víctima por posibles repercusiones, normas culturales o por el uso de drogas o porque simplemente no se le preguntó.⁵⁷⁵

En Costa Rica, si pudiéramos evaluar los gastos en tiempo y recursos económicos anuales de entidades como el Instituto Nacional de la Mujer, la Caja Costarricense del Seguro Social en la atención médica brindada a mujeres en razón de haber sufrido Violencia Doméstica, el Sistema de Emergencias del 911, el Ministerio de Seguridad Pública y la labor cotidiana de la Policía, el Poder Judicial y su inversión diaria en funcionarios, materiales y tiempo para intentar resolver los problemas de violencia doméstica; y si pudiéramos saber cuantas incapacidades laborales se dan al año a

⁵⁷⁴ INAMU. "Trabajo y Empleo".

<http://www.inamu.go.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=52&Itemid=1516>

Consultado el 29 de Agosto del 2009.

⁵⁷⁵ PODHORIN, REGINA. "Violence as Public Health issue- Is this a Women's issue?".

WOMEN'S HEALTH SYMPOSIUM, RUTGERS SCHOOL OF LAW. Newark, 6 de abril de 1994.

consecuencia de la violencia doméstica, sabríamos materialmente el valor que esto tiene para la economía del país.

Enfatizamos de nuevo que no creemos que el problema sea de cuantificación monetaria, no existe dinero alguno que reemplace a las madres de muchos niños que fueron asesinadas por sus cónyuges, ni existe dinero alguno que borre las horas de terror e intranquilidad soportadas por muchas mujeres alrededor del mundo a manos de sus parejas; sin embargo, lo que sí se puede cuantificar o al menos lograr llegar a una cifra aproximada, es lo que gasta el Estado lidiando con todos los efectos que este mal deja a su paso.

Desafortunadamente en Costa Rica no existe una cuantificación ni exacta ni aproximada de lo que se gasta en el país a consecuencia de este tipo de violencia. Consultando con el Instituto Nacional de la Mujer, existen muchísimas estadísticas que cuantifican llamadas al 911, casos, muertes, entre otras, causadas por la violencia doméstica, pero todavía no hay datos que cuantifiquen económicamente el gasto en recursos y tiempo que debe acarrear el Estado.

Lo que sí sabemos:

- Una encuesta canadiense de 1995 mostró que la violencia contra las mujeres costó CDN \$ 1,5 billones en productividad laboral perdida y uso de servicios médicos y comunitarios.⁵⁷⁶

- Según Barnes varios estudios demuestran por lo menos el 22% del 35% de mujeres que acude a emergencias en los Estados Unidos está ahí con síntomas relacionados con abuso físico regular⁵⁷⁷.

- El Centro de Investigación sobre la Violencia en contra de las Mujeres y los Niños de Canadá realizó un estudio sobre los costos estimados de la

⁵⁷⁶ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. "Hoja Informativa del Programa Mujer, Salud y Desarrollo." (2003). <<http://www.paho.org/Spanish/AD/GE/VAW2003sp.pdf>> Consultada el 30 de agosto de 2009.

⁵⁷⁷ Ver BARNES, KELSEY S. Ob. Cit.: 7.

violencia en contra de la mujer a lo largo de un año y reveló las siguientes cifras⁵⁷⁸:

| | |
|---|-----------------|
| Servicios sociales/educación: | \$2.368.924.297 |
| Administración de justicia: | \$ 871.908.583 |
| Trabajo y empleo: | \$ 576.764.400 |
| Salud: | \$ 408.357.042 |
| Estos costos corresponden en un 87.5% al Estado, un 11.5% a la persona afectada y 0.9% a terceras personas. | |

Tabla de estudio por sectores

- En los Estados Unidos el costo de la violencia doméstica asciende a los 5.8 billones de dólares cada año⁵⁷⁹.

- Víctimas de la violencia doméstica perdieron al menos 8 millones de días de trabajo remunerados a causa de la violencia perpetrada por novios y esposos. Esta pérdida es equivalente a más de 32 000 trabajos de tiempo completo y casi 5,6 millones de días de productividad en el hogar⁵⁸⁰.

- Hay 16 800 homicidios y 2,2 millones de dólares en lesiones a causa de la violencia doméstica que necesitan atención médica anualmente lo que cuesta 37 billones de dólares⁵⁸¹.

- El Banco Interamericano de Desarrollo realizó investigaciones en 6 países latinoamericanos: Brasil, Colombia, El Salvador, México, Perú y Venezuela. Con estos estudios se examinaron de manera global los costos que

⁵⁷⁸ INAMU. "Violencia contra las Mujeres".
<http://www.inamu.go.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=51&Itemid=1490>
Consultado el 29 de Agosto del 2009.

⁵⁷⁹ Nacional Coalition Against Domestic Violence. "Domestic Violence Facts"
< [http://www.ncadv.org/files/DomesticViolenceFactSheet\(National\).pdf](http://www.ncadv.org/files/DomesticViolenceFactSheet(National).pdf)>. Consultado el 1 de septiembre del 2009.

⁵⁸⁰ Nacional Coalition Against Domestic Violence. "Domestic Violence Facts"
< [http://www.ncadv.org/files/DomesticViolenceFactSheet\(National\).pdf](http://www.ncadv.org/files/DomesticViolenceFactSheet(National).pdf)>. Consultado el 1 de septiembre del 2009.

⁵⁸¹ Nacional Coalition Against Domestic Violence. "Domestic Violence Facts"
< [http://www.ncadv.org/files/DomesticViolenceFactSheet\(National\).pdf](http://www.ncadv.org/files/DomesticViolenceFactSheet(National).pdf)>. Consultado el 1 de septiembre del 2009.

produce la violencia doméstica y desarrollaron las categorías de las que se compone el gasto⁵⁸²:

Costos Socio-Económicos de la Violencia Doméstica: su tipología.⁵⁸³

| | |
|--|---|
| Costos directos: valor de bienes y servicios invertidos en el tratamiento y la prevención de la violencia | <ul style="list-style-type: none"> ● Cuidados médicos ● Policía ● Sistema de justicia penal ● Alojamiento ● Servicios sociales |
| Costos no monetarios: dolor y sufrimiento | <ul style="list-style-type: none"> ● Mayor incidencia de enfermedades ● Mayor mortalidad debido al aumento de homicidios y suicidios ● Abuso de alcohol y estupefacientes ● Trastornos depresivos |
| Efectos económicos de multiplicación del daño: impacto en la macroeconomía, en el mercado laboral, en la productividad intergeneracional | <ul style="list-style-type: none"> ● Menor participación en el mercado del trabajo ● Menor productividad en el lugar de trabajo ● Ganancias inferiores ● Mayor absentismo ● Efectos en la productividad intergeneracional debido a la repetición de grados por parte de los niños y a su bajo rendimiento escolar ● Reducción de inversiones y ahorros ● Fuga de capital |
| Efectos sociales de multiplicación del daño: impacto en las relaciones interpersonales y en la calidad de vida | <ul style="list-style-type: none"> ● Transmisión intergeneracional de la violencia ● Empeoramiento de la calidad de vida ● Desgaste del capital social ● Menor participación en el proceso democrático |

(Fuente: Buvinic y otros, 1999)

c. Los costos son lo suficientemente profundos para requerir atención gubernamental: ¿Son los costos lo suficientemente profundos? Nosotras pensamos que sí. No es posible decir que no cuando son tantas mujeres, y por qué no, también hombres, sufriendo de Violencia Doméstica cada día. Nadie debería ser prisionero en su propia casa, es una cuestión de calidad de vida, salud física y mental, lo cual no tiene precio.

Si a esto se le agrega lo que puede gastar un Estado limpiando el desastre que no se pudo evitar, tenemos repercusiones económicas que por

⁵⁸² UNICEF. “La Violencia Doméstica contra Mujeres y Niñas.” (2000). Pág 12. <<http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest6s.pdf>> Consultado el 1 de septiembre de 2009.

⁵⁸³ La tabla muestra una aproximación de lo que se ve perdido cuando se la violencia doméstica es incontrolable. Ver UNICEF, Ob. Cit.: 113.

más pequeñas que sean, ningún país debería tenerlas. Lo que intentamos decir es que, por ejemplo en países en vías de desarrollo, en donde el dinero no siempre es lo que abunda, gastar dinero adicional en situaciones que podrían llegar a evitarse, es casi irresponsable.

Suena utópico decir que con esto se cambiará el mundo, sabemos que es una cuestión de educación y cultura, que aún cuando los Gobiernos pongan de su parte e inviertan en solucionar el problema, no se resolverá de la noche a la mañana. No obstante, si creemos que denunciando como se afecta la economía de un país por este mal, los países que verdaderamente no están haciendo nada puedan integrarse con los que sí lo están haciendo, aunque sea por dinero.

En otro orden de ideas, el caso de la señora Chere Lyn Tomayko muestra la relación existente entre la figura del Refugio y la Violencia Doméstica, teniendo como punto de unión al género. Aparte de representar un avance para Costa Rica en materia de Refugio, reafirma que la Violencia Doméstica no es sólo un asunto de esfera privada, sino que también trasciende a la esfera pública y más bien es ahora un asunto de interés Internacional que abarca muchas áreas.

Ello se evidencia con los esfuerzos de los activistas en materia de Violencia de Género en los últimos años, quienes han puesto en conocimiento de la sociedad las realidades sufridas en millones de hogares alrededor del mundo y han desarrollado novedosas teorías al respecto, las cuales han sido expuestas anteriormente en el presente capítulo. Cabe destacar que es inevitable que estas teorías se conviertan en el futuro de las reformas a legislaciones internacionales y locales en el ámbito mundial si se quiere tener éxito en la resolución de éste problema.

Lo que este caso representa para Costa Rica es la idea de cambio y del poder incluir éstas teorías como fundamento para la resolución de futuros casos y la inclusión de estos temas en legislaciones más modernas, de tal manera que el problema de la Violencia Doméstica y el otorgamiento de la

condición de refugiado por éste motivo se vaya resolviendo paulatinamente acorde con las jurisdicciones más desarrolladas en esta materia.

C. Formas de luchar contra la Violencia Doméstica

El documento de la UNICEF “La Violencia Doméstica contra Mujeres y Niñas”⁵⁸⁴, elabora una sección dedicada a las Estrategias e Intervenciones que deben poner en práctica los Estados para tratar de erradicar la Violencia Doméstica. Daremos una exposición breve de los puntos más importantes con el objetivo de contribuir y aportar soluciones.

Primero, es necesario que a la hora de crear programas o políticas Estatales se tomen en cuenta estos campos:

- *El trabajo de sensibilización y concienciación de la opinión pública.*
- *La educación para construir una cultura no violenta.*
- *La formación.*
- *El desarrollo de recursos.*
- *La prestación directa de servicios a las víctimas y a los agresores.*
- *El establecimiento de redes de contactos y la movilización de las comunidades.*
- *La intervención directa para brindar ayuda a las víctimas a fin de que puedan reconstruir su propia vida.*
- *La reforma de la ley.*

⁵⁸⁴ UNICEF. “La Violencia Doméstica contra Mujeres y Niñas.” (2000). Pág 13.
<<http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest6s.pdf>> Consultado el 1 de septiembre de 2009.

- *El monitoreo de las intervenciones y de las medidas adoptadas.*

- *La recopilación y el análisis de datos.*

- *La identificación en tiempo útil de las familias, comunidades, grupos e individuos en situaciones “de riesgo”.*⁵⁸⁵

Y se guíen por estos principios fundamentales:

- *Prevenir.*
- *Proteger.*
- *Intervenir a tiempo.*
- *Reconstruir la vida de las víctimas.*
- *Rendir cuentas de las acciones llevadas a cabo.*⁵⁸⁶

Para un verdadero cambio, que sea integral y duradero, es necesario contar con la participación activa de los distintos sectores de la sociedad, no se trata sólo de la participación del gobierno, el cambio debe ser de todos. La UNICEF establece como indispensable la participación de los siguientes sectores:

La Familia⁵⁸⁷

En la familia deben participar todos sus miembros. Las mujeres necesitan que el Gobierno les proporcione educación, oportunidades laborales y que les haga saber sus derechos para que adquieran poder de cambio.

Los hombres deben educarse también, entender que la violencia es una aberración y que no debe ser la solución a todos los problemas, además deben aprender a aceptar los cambios que han sufrido a través de los años las

⁵⁸⁵ UNICEF. Ob. Cit.: 14.

⁵⁸⁶ UNICEF. Ob. Cit.: 14.

⁵⁸⁷ UNICEF. Ob. Cit.: 14.

mujeres. Existen numerosos especialistas masculinos que se dedican a enseñar y a desarrollar nuevos modelos de masculinidad acordes con los cambios sufridos por la sociedad, en donde les enseñan a los hombres que no es necesario siempre atacar y que se pueden desahogar, y que la violencia no es la respuesta.

Por otro lado, en un comentario más personal, creemos que es necesario que los hombres y mujeres, en su rol de padres, aprendan a no criar pequeños agresores y pequeñas sumisas. El modelo de la violencia y el machismo los transmiten los padres, la imposición de roles de la sociedad la reproducen y con eso hacen de sus hijos, hombres acostumbrados a que las mujeres le sirvan y obedezcan; y de sus niñas, mujeres acostumbradas a que al hombre hay que servirle y obedecerle en todo lo que diga.

Es necesario que a niños y niñas se les dé una educación en la que se propicie el respeto por el prójimo, a valorar a las personas sin importar si es hombre o mujer, a vivir sin violencia, en fin, que logren entender que todos tenemos una posición en la sociedad y que nos debemos respeto sólo por ser personas. De igual forma, los y las adolescentes necesitan de modelos masculinos y femeninos positivos que los orienten a una vida sin violencia.

La Comunidad Local⁵⁸⁸

Dentro de la Comunidad, las personas deben organizarse y oponerse a que se produzca la Violencia Doméstica, ser intolerantes hacia ésta, porque si bien es cierto que por oponerse no se va a erradicar necesariamente (ya que usualmente se da en la privacidad del hogar, y no siempre se da cuenta el vecindario), la intolerancia social que le pueda generar al agresor será efectiva convirtiéndolo en una persona “indeseable” para su propia comunidad.

Además la unión de la Comunidad puede crear vigilancia en las situaciones de violencia doméstica, prestar ayuda a sus víctimas y hasta

⁵⁸⁸ UNICEF. Ob. Cit.: 14.

ponerle fin a comportamientos de algunos hombres. Los ancianos y líderes religiosos se deben unir, ya que en las comunidades tradicionales siempre son los más escuchados y la gente respeta mucho su opinión.

La Sociedad Civil.⁵⁸⁹

Las organizaciones femeninas han luchado desde hace mucho tiempo por la igualdad de derechos de la mujer, esto ha generado cambios y han conseguido que los sectores legislativo y jurídico comenzaran a darle respuesta a las necesidades de las mujeres. También han tratado de fomentar la autonomía de la mujer mediante la enseñanza de los derechos que poseen y la implementación de programas económicos. Es fundamental que sigan trabajando así.

Las organizaciones masculinas también pueden contribuir trabajando en conjunto con las organizaciones femeninas especializadas en violencia. Por ejemplo, las organizaciones de servicios pueden poner a su disposición sus recursos y redes de contacto, y en las organizaciones deportivas comunales se pueden crear campañas de sensibilización.

Las asociaciones profesionales como médicos, enfermeras, psicólogos, abogados, educadores, entre otros; sus miembros pueden entrar en contacto regularmente con la violencia doméstica y no reconocer los indicios. Por eso es importante que dichas organizaciones incorporen cursos de violencia doméstica y los derechos humanos en sus programas de formación profesional.

Las organizaciones no gubernamentales han desarrollado trabajos con el Gobierno y han logrado crear programas de sensibilización, su participación debe seguir activa. Debe involucrarse aún más sobretodo para la creación de una base de datos y estadísticas sobre la violencia doméstica, que todavía es escueta en muchos países. Además, las organizaciones no

⁵⁸⁹ UNICEF. Ob. Cit.: 15.

gubernamentales también cumplen el papel de generar presión a los gobiernos para que adopten Instrumentos Internacionales.

El sector privado se debe interesar en el tema de la violencia doméstica si evalúan los costos de ésta en cuanto a la baja productividad, el absentismo y la renovación del personal. Las compañías deberían brindar capacitaciones acerca de la violencia doméstica, así como también apoyar a los miembros de su empresa que sufren de violencia en sus hogares. Lo mismo los sindicatos, quienes deben tener dentro de sus objetivos apoyar a las empresas en este aspecto y evitar que sus miembros sean víctimas de la violencia.

Los medios de comunicación se constituyen como uno de los sectores más importantes, pues ellos influyen y modifican los comportamientos y las normas sociales. Se sabe que existe una relación muy estrecha entre las repetitivas escenas de violencia que la televisión ofrece y el incremento de agresiones, sobre todo entre niños. Por eso, los medios de comunicación deben contribuir creando conciencia, utilizando sus medios para difundir el cambio.

Por último, los líderes y pensadores religiosos, deben reinterpretar los textos religiosos y el rol de la mujer. Muchos hombres se excusan de su comportamiento usando como escudo a la religión. Es responsabilidad de los orientadores religiosos evitar que se utilice la religión para estos fines.

Los Servicios de formación y de asistencia colectiva por parte de la comunidad

Sería positivo proporcionar a los profesionales que entran en contacto con las víctimas de la violencia, (tales como abogados, médicos, entre otros) una formación que les permita comprender bien la Violencia Doméstica, comprender a sus víctimas, darse cuenta de los trauma que poseen quienes la sufren, las consecuencias que les acarrea a sus víctimas, quitarle validez a los mitos que la rodean; para brindarles una mejor asistencia.

Pero no solamente, estos profesionales deberían recibir esta formación, sino también la comunidad. Pues, hay que recordar que la Violencia Doméstica es un problema social y de salud pública.

Para lograrlo, se podrían utilizar métodos formales e informales de educación y divulgación para que la información llegue y cale en la sociedad.

Los asistentes sociales de las comunidades también pueden desempeñar un papel importante en la identificación de la violencia, en la sensibilización de la opinión pública a propósito de tales problemas, y en la orientación de las víctimas en cuanto a los procedimientos a seguir para obtener satisfacción⁵⁹⁰.

Por otra parte, los programas de apoyo en los casos de violencia doméstica debería incluir servicios de asistencia sociopsicológica tanto para las víctimas como para los agresores. Dichos programas pueden incluso funcionar como una alternativa a la sentencia penal, sobre todo en los casos en que las mujeres prefieran que sus compañeros “reciban ayuda” en vez de ser castigados.⁵⁹¹

La cooperación a todos los niveles

La mayoría de los gobiernos carece de los conocimientos necesarios para elaborar y aplicar políticas en el campo de la violencia contra las mujeres. Por lo tanto, debería crearse una relación de mayor cooperación entre los gobiernos y la sociedad civil para combatir eficazmente dicha violencia.⁵⁹²

Lo anterior se podría lograr mediante un enfoque integrado y multidisciplinario, en el cual colaboren abogados, psicólogos, asistentes

⁵⁹⁰ UNICEF. “La Violencia Doméstica contra mujeres y niñas”, Pág 11. (Junio 2006).<
<http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest6s.pdf>>. (01/09/2009)

⁵⁹¹ UNICEF. Ob. Cit.: 11.

⁵⁹² UNICEF. Ob. Cit.:11

sociales, profesionales del área de la salud, para alcanzar una comprensión cabal de cada caso particular y de las necesidades de cada individuo.⁵⁹³

⁵⁹³ UNICEF. Ob. Cit.: 11

Conclusiones

- El Refugio es una figura creada por el Derecho Internacional que ha funcionado como un mecanismo de protección y amparo brindado por los Estados a miles de personas que se han visto obligadas a emigrar de sus países de origen por cuestiones políticas, religiosas, de raza, nacionalidad o por su pertenencia a un grupo social determinado. Y

- Esta figura ha ido evolucionado y adaptándose a las necesidades imperantes de cada época y región. Y la cláusula de inclusión que más aporta a dicha evolución es la de “pertenencia a un grupo social determinado”, en la cual se encuadra la causal de violencia doméstica como motivo de refugio.

- A nivel doctrinal no se ha llegado a una conciliación si el instituto del Asilo Político y el Refugio son dos figuras iguales o distintas.

Nosotras a partir de lo investigado, consideramos que el concepto de Refugio es distinto al de asilo político: partiendo principalmente que el concepto universal de Refugio o Refugiado es el que emana del artículo Primero de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951; y el Asilo Político se refiere a una práctica discrecional del Estado por la cual se le otorga a una persona asilo o protección dentro del país otorgante siempre que sea por motivos de origen político. Pero tenemos claro que se asemejan, en la consecución de la protección al derecho de asilo.

- No se le puede exigir al solicitante de refugio que aporte prueba de los hechos que éste narra; por lo consiguiente es deber del oficial examinador determinar si los mismos son veraces o no. Además se debe tomar en cuenta que, una persona que huye por su vida no va a contar con la posibilidad de recabar prueba alguna; pero en la práctica en ocasiones no se cumple esta pauta.

- Las solicitudes de refugio deben ser analizadas de acuerdo al caso en concreto, ya que las situaciones, la personalidad y la efectividad de las leyes, varían de persona a persona.

-La apertura del alcance de la figura de Refugio se debe a la cláusula “Pertenenencia a un Grupo Social Determinado”. Ya que es un término amplio que ha sido interpretado de manera que comprenda varios grupos susceptibles de persecución. Por otro lado, es en esta cláusula donde más problemas se presentan a la hora de definir que se incluye dentro de ella; por ser poco precisa y en ocasiones indeterminada.

- Quienes otorgan la condición de refugiado presentan un favoritismo por utilizar la categoría de grupo social determinado como un “comodín”. Esto a razón de que se llegan a incluir dentro de dicho motivo casos que de plano no calzan dentro de los motivos restantes, como también se incluyen actos que podrían perfectamente encasillarse dentro de estos. Por lo tanto, es necesario que se analicen más a fondo las solicitudes, para determinar si la clasificación que se le está dando es la correcta.

- No existe un antecedente que aclare exactamente cual fue el propósito de la inclusión de éste motivo a la Convención de 1951, ni a qué personas iba dirigido. Por lo tanto, ha sido mediante el aporte de la doctrina y jurisprudencia internacional que éste motivo se ha ido desarrollando y puntualizando.

- Han sido los países del Sistema de Derecho “Common Law” los que en mayor grado han desarrollado el concepto de “Pertenenencia a un Grupo Social Determinado”, inclusive dándose a conocer escuelas que intentan explicar el significado de éste (Escuela Expansionista, Escuela Restrictiva y Escuela “Ejusdem Generis”).

-El aporte del sistema del Common Law no se limita a un ámbito doctrinal, sino también a uno jurisprudencial. Emitiendo criterios como: “Características Protegidas”, “Percepción Social” y el “Principio Antidiscriminatorio”, los cuales

contribuyen a esclarecer y puntualizar el concepto de “Pertenencia a un Grupo Social Determinado”.

- El criterio de percepción social examina si un grupo comparte una característica común que la aparta de la sociedad mayoritaria. Por su parte, la característica protegida se refiere a la determinación de si un grupo está unido por una característica tan fundamental a la dignidad humana que una persona no debería ser obligada a renunciar a ella; y el principio antidiscriminatorio se basa en el principio que rige a la Convención de 1951 de No Discriminar.

- Al ser la Violencia Doméstica una construcción social, el mayor obstáculo para poder erradicarla se fundamenta en las normas culturales imperantes en una sociedad que la condona, la ve normal y mantiene a la mujer en una posición subordinada frente al hombre.

- El indicador que determina la presencia de la Violencia Doméstica es la relación existente entre quien la perpetra y su víctima, no el hecho que sea cometida en el hogar.

- A pesar que la Violencia Doméstica en la mayoría de los casos se presenta contra la mujer, los hombres también pueden ser víctimas de ésta y se puede hacer presente además, en las parejas homosexuales y lésbicas.

- Las solicitudes de refugio por casos de violencia de género y sus manifestaciones, como la Violencia Doméstica son comprendidos en la causal “pertenencia a un grupo social determinado”.

-Si se logra realizar una óptima interpretación del motivo de “Pertenencia a un Grupo Social Determinado”, no sería necesario incluir una cláusula específica de género en la Convención de 1951. Pero para no correr el riesgo de malas interpretaciones, y evitar que aquellos operadores del derecho que tienden a ser bastante literales no concedan la condición de refugio porque no está en el texto específicamente, es conveniente incluirla expresamente en la Convención de 1951.

-No existe una norma universal que específicamente se refiera a la No Violencia Doméstica como un Derecho Humano. Pero existen tratados internacionales que interpretados derivan una protección hacia este tipo de violencia por ejemplo: la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Castigos crueles, inhumanos o degradantes; o bien existen algunos instrumentos regionales que la prohíben específicamente, como por ejemplo la Convención de Belem Do Para.

- Si la Violencia Doméstica transgrede una serie de derechos a los cuales individualmente se les brinda protección y es mal visto violarlos, con justa razón merece la No Violencia Doméstica ser reconocida como un Derecho Humano independiente, sin tener que recurrir a interpretaciones que pueden dejar sin protección a una víctima.

- Si el Derecho a la No la Violencia Doméstica fuera considerado Jus Cogens, su cumplimiento sería obligatorio, y no se admitía acuerdo en contrario por parte de los Estados para no proteger ante este tipo de violencia, y les acarrearía consecuencias.

- Por otra parte, cuando el Estado tolera o fracasa en investigar, perseguir o enjuiciar la Violencia Doméstica contra las mujeres, está violando sus derechos fundamentales tales como: el derecho a la vida, a la salud, la integridad, a una protección igualitaria, a no ser discriminada, como también está siendo responsable o cómplice de dichas violaciones.

-La Violencia Doméstica que se equipara a la Tortura Oficial es: repetida, severa y se ejerce un poder de control sobre la víctima.

-Las dos mayores limitantes para reconocer a la No Violencia Doméstica como un Derecho Humano, se basa en el rol de la dicotomía de la esfera pública y esfera privada y la trivialización que se presenta hacia este tipo de violencia.

- Los países que más aportan al desarrollo de la violencia de género específicamente la Violencia Doméstica como una causal de refugio, son Canadá, Estados Unidos y Australia. Ya que han sido los primeros en crear guías para el tratamiento especial de las mujeres solicitantes, y han determinado en varias ocasiones que aquellas que sufren Violencia Doméstica pertenecen a un grupo social determinado que amerita el reconocimiento de la condición de refugiado.

- El caso de mayor relevancia en nuestro país con respecto a la Violencia Doméstica como causal de refugio es el de la señora Chere Lyn Tomayko, ya que su caso fue el primero en el país donde se concedió la condición de refugiada a una víctima de esta violencia, fundamentándose en su pertenencia a un grupo social determinado; creando precedente a nivel nacional y centroamericano.

- A pesar que nuestro país ha ratificado instrumentos internacionales que protegen Derechos Humanos, y cuenta con leyes internas que condenan la Violencia Doméstica y aseguran el respeto a los Derechos Humanos. No ha sido suficiente, ya que siguen muriendo mujeres y niños por culpa de este tipo de violencia.

-La Violencia Doméstica es un asunto complejo, que comprende diversos ámbitos tales como los Derechos Humanos, la Salud Pública y Costos Económicos.

-Esta Violencia es un asunto de Salud Pública, porque acarrea consecuencias perniciosas para la salud física y mental de sus víctimas, tales como: dolor, enfermedades de transmisión sexual, incapacidades, ansiedad, hasta la muerte. Sin dejar de lado que la Violencia Doméstica incide en los familiares de quien la sufre.

-También se le comprende en este ámbito, por que es un asunto que compete tanto al Estado, como a sus ciudadanos; pues requiere la atención inmediata para evitar la reproducción de este mal.

-Los Costos Económicos de la Violencia Doméstica son elevados: hospitales, llamadas al 911, policías, centros de recuperación, escuelas, albergues, incapacidades laborales, entre otros.

- No es correcto cuantificar algo que no tiene precio; pero analizar la Violencia Doméstica a través de los costos económicos es una forma de crear conciencia principalmente en los Estados y en sus ciudadanos; porque desgraciadamente cuando se ve afectada la economía se actúa más rápido.

-La concepción anterior, pretende crear conciencia en los Estados y en las personas de lo pernicioso que es esta violencia, la relevancia que posee, la realidad actual de la misma, lo difundida que está alrededor del mundo y que no debe ser vista como algo normal, además que incita al escrutinio público.

Aporte

Después de haber concluido nuestro trabajo de investigación consideramos de importancia plantear soluciones para mejorar el desarrollo de la figura del refugio; pues somos de la concepción que el cambio positivo radica en aportar ideas y no en limitarse a criticar.

Por lo consiguiente procederemos a señalar ciertas recomendaciones que si bien, no son la solución esperamos puedan contribuir al manejo efectivo del tema del Refugio en el futuro.

Con respecto al “Principio de la No Extradición”, consideramos al igual que el autor Cesar Sepúlveda que, es mejor plasmar dentro de la Convención de 1951 un artículo específico sobre este principio; para que así los solicitantes de refugio cuenten con una mayor seguridad y no estén expuestos a interpretaciones o bien se les extradite por no existir un artículo definido, ya que existen operadores del derecho que aplican principios o derechos a partir de

que estén plasmados en un cuerpo de leyes en forma definitiva. Dicho artículo debería leerse así:

Artículo: Prohibición de extradición.

1. Ningún Estado Contratante podrá extraditar a un refugiado o solicitante de refugio cuando es solicitado por razones políticas, con intenciones discriminatorias o persecutorias.
2. No se concederá la extradición de la persona requerida cuando haya presunción fundada que la vida de ésta corre peligro, y/o será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente.

Por otra parte con la realización de esta tesis hemos comprendido entre otras cosas, que la problemática del Grupo Social Determinado no sólo ha contribuido a la amplitud de la figura y a su desarrollo, sino que también ha servido para extender el ámbito de protección del Refugio y cumplir con su cometido de velar por el respeto de los Derechos Humanos. En esta etapa final de nuestro trabajo y después de investigar sobre el tema, se nos ocurre precisamente eso, que tal vez todas estas teorías acerca del porque existe el motivo del Grupo Social Determinado son innecesarias y la razón es más obvia de lo que parece: existe para garantizar que toda persona que sufra persecución y a la que sus Derechos como persona humana le sean violentados en su país de origen o en el país en el que vive, tenga una alternativa fiable y humanitaria de otra Nación que le pueda brindar cobijo en su momento de necesidad.

Sabemos que pensar de esta manera se asemeja a la teoría propuesta por de Arthur Helton de la “red atrápalo todo”, la cual no necesariamente es del todo errada, pues si bien es cierto somos del criterio de que todas las situaciones que no están en los cinco motivos no deben pasar a ser automáticamente un asunto del Grupo Social Determinado; si pensamos que la falta de esclarecimiento existente alrededor de ese motivo definitivamente deja

abierta la puerta a que esto suceda. Sin embargo, realmente nos hace preguntarnos el porqué se ha dejado nebuloso este motivo, sobre todo en una materia como el Derecho, en la cual todo lo que respecta a legislación debe ser muy específico para evitar imprecisiones.

Para evitar injusticias y desigualdad, como también la apertura desmedida de la figura de el Refugio, es necesario que los países miembros de la Convención de 1951 tengan la voluntad de aplicar principios similares para cada país que contribuyan a interpretaciones más uniformes en la utilización del término en cuestión.

Por otra parte, creemos que no hay que dejar de lado que en el mundo del Derecho todo es casuístico. Cada caso, cada persona, cada situación es diferente, no pueden existir dos iguales; muy similares, si, pero jamás exactamente equivalentes. Y esto es lo que hace a un Sistema de Derecho o a una rama del derecho evolucionar, la sociedad cambia y por ende sus problemas también lo hacen. Una norma que fue concebida hace cincuenta y tantos años no puede cubrir específicamente todas las nuevas situaciones que van surgiendo con los cambios sociales, por eso es necesaria la interpretación.

Esta debe ser controlada, debe seguir lineamientos que la restrinjan y a la vez le den libertad de crear Derecho. Se debe llegar a un equilibrio que no permita el abuso de la figura pero que también tome en cuenta los derechos de los solicitantes.

La autora Penny Dimopoulos explica lo que intentamos transmitir e inclusive desarrolla una propuesta de cómo se debería interpretar el Grupo Social Determinado, esta interpretación ya fue desarrollada en capítulos precedentes pero consideramos importante reiterar su criterio de forma somera en esta sección.

La Convención de 1951 al ser un instrumento de protección para los Derechos Humanos posee una serie de derechos a su haber que están ahí para la protección de los solicitantes de Refugio, además es claro que los

objetivos de este documento siempre fueron de carácter humanitario. Una debida interpretación del Grupo Social Determinado tiene entonces que tomar en cuenta lo anterior para conservar la intención de los redactores de la Convención.

Como un segundo paso es necesario imponer límites que se encarguen de conservar la soberanía de los Estados y que a la vez restrinjan el abuso de la institución de Refugio.

Dimopoulos específicamente habla de ser preciso pero también flexible, debe llegarse a una interpretación que contenga reglas claras, con sus límites y que a la vez se permita evolucionar conforme lo hace la sociedad.

Por último, su fin primordial debe ser proveer la protección a aquellas personas que más la necesitan. Como lo expresamos anteriormente, debe existir una evaluación caso por caso, para determinar cuál es el problema exactamente y cuál o cuáles derechos se le están violentando a una persona y si estos merecen o no de la protección de la Convención.

Apremia la necesidad de uniformar el criterio de los países, son miles de personas las que se encuentran esperando en algún lugar a que se les conceda su condición de refugiados y esta decisión no puede ser dejada a libertad de interpretación de un juez solamente, ya que está en juego la vida de estas personas.

Nosotras proponemos que se utilicen reglas específicas de interpretación y creemos que los criterios más idóneos sería los utilizados por los países del Common Law, tales como: el principio de anti-discriminación, percepción social y características protegidas. De esta forma se crearía una especie de uniformidad, ya que habría principios específicos que regirían la forma de interpretar en esta materia. El ACNUR por su parte, ha emitido directrices en las cuales sugiere la utilización de los últimos dos principios a la hora de aplicar la cláusula de inclusión, pertenencia a un grupo social determinado.

Con respecto al género, proponemos la inclusión del mismo como un motivo para conceder la condición de refugiado dentro del artículo primero de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; porque al ser enclavado en el motivo de “pertenencia a un grupo social determinado” está sujeto a diversas interpretaciones y desgraciadamente muchos operadores del derecho no son sensibles con respecto al género, y tienden a ser muy literales y de la ideología que lo que no se encuentra expresamente en el cuerpo normativo no es merecedor de protección.

Pasando al ámbito de la Violencia Doméstica, planteamos la posibilidad que se reforme el artículo primero de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres de nuestro país, de manera tal que se protejan a todas aquellas mujeres que sufren de Violencia Doméstica sin hacer distinción por su estado civil; porque como vimos páginas atrás dicho artículo solamente protege contra este tipo de violencia a aquellas mujeres que la sufren dentro del matrimonio o dentro de una unión de hecho reconocida o no; dejando por fuera otro tipo de relaciones como las de noviazgo. Creando discriminación dentro del mismo género.

Por otra parte, se debe insertar un artículo en la Ley contra la Violencia Doméstica de nuestro país, que proteja efectivamente a los homosexuales o lesbianas que sufran de este tipo de violencia, en pro del principio de igualdad ante la ley.

Continuando con la línea de este tipo de violencia, con la siguiente analogía comprobamos que ésta es indudablemente una causal de refugio:

Violencia Doméstica : Tránsito de Derechos Humanos :: Persecución : Causal de Refugio.

La Violencia Doméstica viola una serie de Derechos Humanos, por lo tanto, configura persecución bajo la definición que plantea el ACNUR. La cual aunada a uno de los cinco motivos de la Convención de 1951 (en el caso de esta violencia comprendida en grupo social determinado, o bien en género si existiera la cláusula), es causal de Refugio.

Con el tema de la no Violencia Doméstica como un Derecho Humano, creemos que ésta es bastante grave y que es necesario y posible constituir la como un Derecho Humano. Pues consideramos que, la comisión de esta violencia transgrede una serie de derechos humanos que si individualizados merecen protección y se condenan, perfectamente la No Violencia Doméstica puede constituir un derecho autónomo.

Además como indica Rhonda Copelon, si la Violencia basada en el género (tomando en cuenta que la Violencia Doméstica es una de las manifestaciones de aquella) se considerara como un derecho independiente, su trasgresión comprendería directa e inequívocamente, maltratos cometidos en la esfera privada y esto responsabilizaría a los Estados para que la castiguen y prevengan.

Sería un gran avance que la Violencia Doméstica se considerara Tortura Privada o bien trato o pena cruel, inhumana y degradante. Creemos que lo anterior es posible; basándonos en las Teorías de Violencia Doméstica como Tortura Privada y como Derecho Humano (las cuales están íntimamente relacionadas y cuentan con fundamentos de peso).

Por lo tanto, creamos esta analogía la cual contribuye a establecer la No Violencia Doméstica como parte del Jus Cogens.

Violencia Doméstica : Tortura o Trato o pena cruel, inhumana, y degradante ::

Tortura ó Trato o pena cruel, inhumana, y degradante: Jus Cogens

Como analizamos páginas atrás, la Violencia Doméstica ostenta elementos tales como, la intensión, la finalidad y las consecuencias, que efectivamente posee la Tortura y el Trato o pena cruel, inhumana, y degradante. (Diferenciándose estos conceptos nada más por el grado de intensidad en que se comete).

Entonces, si la Violencia Doméstica sufrida, no alcanza la intensidad de la Tortura, perfectamente puede calzar en la de Trato o pena cruel, inhumana, y degradante. Comprendiendo así todo grado de Violencia Doméstica, logrando configurar a la No Violencia Doméstica como un Derecho Humano independiente y merecedor de la categoría de Jus Cogens .

Desgraciadamente sentimos que insertar la No Violencia Doméstica en la protección internacional no borrará el problema, pero será un comienzo efectivo y obligará a los Estados a tomar con seriedad el problema. La mentalidad colectiva es un ente que sólo a través de muchos años de educación puede ser domada, y así se logre la igualdad entre hombres y mujeres.

Para que esto se logre debe existir un cambio de mentalidad en la sociedad (lo cual es muy difícil) pero para alcanzarlo se debe trabajar en forma conjunta, desde el hogar hasta el gobierno.

Se debe recordar además, que el cambio comienza por uno mismo, por más pequeño que sea puede incidir positivamente a nuestro entorno.

El punto es el siguiente: ser un Ser Humano abarca ser una mujer o ser un hombre, ambos con los mismos derechos; sin embargo, su violación trae distintas consecuencias. No es lo mismo torturar a un hombre que a una mujer, los métodos aunque compartidos para uno y para otro, son diferentes en su empleo hacia el sujeto torturado y dejan distintas secuelas. Eso indica que si es necesario separar algunas normativas dependiendo de a quien van dirigidas.

Ahora, si lo vemos desde un punto de vista universal, y para evitar falsas elucubraciones que afecten algunas sensibilidades sociales, los hombres también sufren de Violencia Doméstica. Viéndolo desde ese punto de vista, estaríamos ante un derecho humano común y corriente, lo que facilitaría su inserción en la protección internacional.

Independientemente de cómo se le mire, si es para mujeres o es para hombres, ambos son seres humanos y ambos tienen el derecho de vivir sin violencia. Por lo tanto debe tomarse en cuenta la violencia del tipo doméstico, que es tan real como la violencia que se da en situaciones de guerra o en las calles.

Bibliografía

Trabajos Finales de Graduación

Alfaro Barrantes, J.R, Calvo Duarte, W; Jiménez Aguilar M y Peñaranda Chavarri, JA. (2002). La Protección de los Refugiados en el derecho Internacional Humanitario. Análisis de la situación jurídica de los Refugiados Colombianos en Costa Rica. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Carcedo Cabañas, Ana. (2002). Propuesta de un sistema de Indicadores para Costa Rica relativos a la Violencia Doméstica y la Violencia Sexual contra las mujeres. Tesis a la consideración de la Comisión del Programa de Estudios de Posgrado en Estudios de la Mujer para optar por el grado Magíster Scientae. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Durán Gamboa, Ivana P. (2007). Violencia de Género: Discriminación en el acceso al Empleo contra mujeres refugiadas en Costa Rica. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

González Jiménez, Z.P y Mora Badilla, J.R. (1990). El Derecho Internacional de los Refugiados como parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

González Varela, Gerson. (2007). La violencia de Género contra las mujeres en condición de refugiadas y solicitantes de Refugio. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Guillén Solano Simón (2005). Necesidad de la Aplicación Restrictiva de las Cláusulas de Exclusión de la Convención de Ginebra de 1951 sobre los Refugiados. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Herrera Ortiz María Elena (1999).Actualización y Revisión de la Legislación Nacional en materia de Refugio. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Hidalgo Vega, R y Jiménez Bodán, M (2007). Persecución por motivos de Género. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Moreno Buján, M y Guzmán Fernández. J (2007). Sistema Penal y Violencia Estructural en Centroamérica: La Construcción de un Enemigo. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Reyes Praderas René (2005). El derecho de los Refugiados. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile.

Trejos Lamann, Eugenia. (1986). Necesidad de una política nacional sobre Refugiados. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Libros

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Naciones Unidas. (1970). Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas. Naciones Unidas.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.(1983).Asilo Político y Situación del Refugiado. La Paz: Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (1992). Compilación de Instrumentos Jurídicos Internacionales: Principios Y Criterios Relativos A Refugiados Y Derechos Humanos. Ginebra: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (1992). Compilación de Instrumentos Jurídicos Interamericanos relativos al asilo Diplomático, asilo territorial, Extradición y temas conexos. Volumen Número 2. Ginebra, Suiza: ACNUR.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2002).Conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR: 1975-2000. México.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.(2001). Derechos Humanos y Refugiados en las Américas: Lecturas Seleccionadas.San José: Editorama

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.(2004). El Asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina. San José: Editorama

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Organización de Estados Americanos. (1984). Estudio Comparativo entre Instrumentos Internacionales de las Naciones Unidas y los sistema Interamericano aplicables al régimen de asilados, refugiados y personas desplazadas. ACNUR/OEA.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (1991). Guía para la Protección de Mujeres Refugiadas. Ginebra, Suiza: ACNUR.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2003). Guía sobre el Derecho Internacional de los Refugiados. San José: Editorama

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y el Centro Regional de Estudios del Tercer Mundo y Organización de Estados Americanos. (1986). La Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá. Problemas Jurídicos y Humanitarios. Memoria del Coloquio en Cartagena de Indias 1984. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y el Centro Regional de Estudios del Tercer Mundo y Organización de Estados Americanos. (1979) .Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado". Ginebra, Suiza.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (1995). Memoria Coloquio Internacional: 10 años de la declaración de Cartagena sobre los Refugiados. San José, Costa Rica: Imprenta Nacional.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2005).Memoria del Vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados: 1984-2004. México: ACNUR.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2000).Memoria III Encuentro de Movilidad Humana: Migrante y Refugiado. San José: Impresora Gossetra Internacional.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2000). Protección y Asistencia de Refugiados en América Latina. Documentos Regionales 1981-1999. México: ACNUR.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2003). Protegiendo a los Refugiados: Preguntas y Respuestas. Ginebra, Suiza:

ACNUR, Sección de Información Pública y de Relaciones con los Medios de Comunicación.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (1995). Un Plan de las Naciones Unidas para los Refugiados. Ginebra, Suiza: ACNUR.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2003). Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press.

Álvarez José E et al. (1996). Estudios Especializados en Derechos Humanos I. San José, Costa Rica Instituto Interamericano de los Derechos Humanos.

Amnistía Internacional (1997). Refugiados: Los Derechos Humanos no tienen fronteras. Madrid: Editorial Amnistía Internacional.

Caballero Ochoa José Luis (2003). Protección de los Refugiados: Guía sobre el Derecho Internacional de los Refugiados. Ginebra: ACNUR.

Centro de Estudios Democráticos para América Latina. (1986). Los Refugiados en Centroamérica: Soluciones Políticas y Jurídicas. Heredia, Costa Rica: CEDAL.

Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia (2005). Guía informativa sobre violencia doméstica. San José: CONAMAJ.

Cook, Rebecca et. al. Women's Human Rights (1994) "Toward a More Effective Guarantee of the Enjoyment of Human Rights by Women in the Inter- American System". Philadelphia, Pennsylvania : University of Pennsylvania Press.

Franco Leonardo (1986), El Derecho Internacional de los Refugiados y su Aplicación en América Latina. San José: Instituto Internacional de Derechos Humanos.

Galindo Pohl, Reynaldo. (1986). Refugio y Asilo en la Teoría y la Práctica política y jurídica. Incluido en La Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá. Problemas Jurídicos y Humanitarios. Memoria del Coloquio en Cartagena de Indias 1984. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

García, Ana Lorena et al. (2000). Sistemas Públicos contra la Violencia Doméstica en América Latina: Un Estudio Regional Comparado. 1. ed. San José, Costa Rica: Fundación de Género y Sociedad.

Gibney M, Loescher G, Steiner N. (2003). Problems of Protection: the UNHCR, refugees, and Human Rights. Nueva York, Estados Unidos: Routledge.

Goodwin-Gill, Guy S. (1996). The Refugee in International Law. 2. ed. Nueva York, Estados Unidos: Oxford University Press.

Grahl-Madsen, Atle. (1997). Commentary on the Refugee Convention 1951. Division of International Protection of the UNHCR.

Gros Espiell, Héctor. El derecho Internacional de los Refugiados y el artículo 22 de la Convención Americana Derechos Humanos. Colecciones de Publicaciones Número 6. Instituto Internacional de Derecho Humanitario.

Guerrero Caviedes Elizabeth (2002). Violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe Español 1990-2000: Balance de una década. Santiago: Iris Internacional.

Hathaway, James C. (2005). The Rights of Refugees under International Law. Nueva York, Estados Unidos: Cambridge University Press.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1999). Seminario Regional Protección de las personas refugiadas en la nueva realidad centroamericana: memoria. San José: Instituto Internacional de Derechos Humanos.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos.(1999).Seminario Regional Protección de las personas refugiadas en la nueva realidad centroamericana: memoria. San José: Instituto Internacional de Derechos Humanos.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos.(2004). Migraciones y Derechos Humanos: Reunión de personas expertas. San José: Instituto Internacional de Derechos Humanos.

Izquierdo, Silvia. (1989). Asilo Territorial o Refugio Político. Montevideo, Uruguay: Ediciones Trilce.

Jackson Ivor (1999). The Refugee concept in Group Situations: Refugees and Human Rights. The Hague.: Martinus Nijhoff.

Koulisher Georges (1983). Los Refugiados y la Comunidad internacional en el siglo XX: más de sesenta años de actividad. La no devolución de los refugiados, fuerza, fragilidad de un principio vital. Colección de Publicaciones.

Larenas Serrano, Galo (1993), El Asilo Político y el Refugio: Hacia una nueva Convención Internacional. Quito. Asociación Latinoamericana para los derechos humanos.

López Garrido, Diego. (1991). El derecho de Asilo. Valladolid, España: Editorial Trotta.

Median Valencia Juan José (2002). Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España.Valencia: Tirant lo Blanch.

Muñoz Quesada, Hugo Alfonso (1986),Los Derechos Humanos desde el Ministerio de Justicia. San José: Departamento de Publicaciones del Ministerio de Educación Pública.

Murillo González, Juan Carlos. (2007). La Protección de Refugiados en el Continente Americano. Curso de Derecho Internacional Número 34. Río de Janeiro, Brasil.

Naciones Unidas (1994). Los Derechos Humanos y los Refugiados. Ginebra: Naciones Unidas.

Nathwani, Niraj. (2003). Rethinking Refugee Law. The Hague, Holanda: Martinus Nijhoff Publishers.

Organización de Estados Americanos (1982). Octavo Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano. Washinton: Ediciones Jurídicas de las Américas.

Organización de Estados Americanos (1982). Anuario Jurídico Interamericano. Washinton: Ediciones Jurídicas de las Américas.

Organización de Estados Americanos (1987). Treceavo Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano con la cooperación de la Secretaría General de la OEA. Washinton: Ediciones Jurídicas de las Américas.

Organización de Estados Americanos (1984). Estudio Comparativo entre los Instrumentos Internacionales de las Naciones Unidas y los Del Sistema Interamericano aplicables al Régimen de Asilados, Refugiados y Personas Desplazadas. Washinton: Ediciones Jurídicas de las Américas.

Ortiz Ahlf, Loretta. (2004). De los Migrantes, los Derechos Humanos de los Refugiados, asilados, desplazados e inmigrantes irregulares. México: Editorial Porrúa.

Universidad Nacional (1987). Los Refugiados Centroamericanos. Heredia: Departamento de Publicaciones.

Universidad Autónoma de México (1982). Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina. 1 ed Distrito Federal: Departamento de Publicaciones.

Sépulveda, César. (1991). Estudio sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos. Distrito Federal, Mexico: Editorial Osuna de Cervantes.

Revistas

Aleinikoff Alexander (1996) "Article 1 F(a) of 1951 Convention relating to Status of Refugees in Canada Law ". International Journal of Refugee Law . Numero ½ Volumen 8.

Aleinikoff Alexander (1991) "The meaning of "persecution" in USA. International Journal of Refugee Law. Número 1, Volumen 3.

Arboleda E, Huy I.,(1993) "The Convention Refugee Definition in the west: Disharmony of interpretation and application". International Journal of Refugee Law.

Bagambiire, Davies B.N. (1993). "Terrorism and Convention Refugee Status in Canadian Immigration Law: The Social Group Category according to Ward vs Canada". International Journal of Refugee Law. Volumen 5, Número 2.

Castel, Jaqueline. (1992). "Rape, Sexual Assault and the Meaning of Persecution". International Journal of Refugee Law Número 1. Volumen 4.

Dinstein, Yoram. (1998). "The Right to Life, Physical Integrity and Liberty" en The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights (La carta de derechos internacionales: el Pacto de Derechos Civiles y Políticos), ed. Por Louis Henkin (Nueva York: Columbia University Press, 1981).

Foighel, Isi. (1993). "The Legal Status of the Boat-People", 48 Nordisk Tidsskrift for International Relations 217.

Goldberg, Pamela. (1995). "Women and Refugee Status: A Review Essay". International Journal of Refugee Law .Número 4. Volumen 7.

Goodwin Gill, Guy S. (1995). Editorial. International Journal of Refugee Law. Volumen 7, Número 1.

Greatbatch Jacqueline. (1989, October.) "The Gender Differences: Feminist Critiques of Refugee Discourse ". International Journal or Refugee Law. Numero 4, Volumen 1.

Gros Espiell, Héctor. (1995). "Análisis Jurídico Comparativo de las Legislaciones sobre Asilo en América Latina y los Instrumentos Internacionales y Regionales". Boletim Da Sociedade Brasileira de Directo Internacional. Enero/Junio.

Hathaway, James (1991) "Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection". Journal of Refugee Studies. Número 2, Volumen 4.

Hathaway, J., Warner D.(1992) "Refugee Law and Human Rights: Warner and Hathaway in Debate". Journal of Refugee Studies. Número 2, Volumen 4.

Helton, Arthur C. (1983). "Persecution on Account of Membership in a Social Group as a Basis for Refugee Status". Volumen 15. Columbia Human Rights Law Review. Número 39.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos(1992) "La Migración por Violencia en Centroamérica: 1980-1990", 193.

Jara Sáenz, Jaime. (1985). Régimen Jurídico de los Refugiados y los Asilados en América Latina. Relaciones Internacionales, 13 (2).

Johsson Anders (1989) "The International Protection of Women Refugees: A Summary of Principal Problems and Issues". International Journal of Refugee Law. Numero 2, Volumen 1.

Kelly, Nancy. (1994). "Guidelines for Women`s Asylum Claims. International Journal of Refugee Law Número 4. Volumen 6.

Larson, Elizabeth. (1992) "Costa Rican Government Policy on Refugee Employment and Integration 1980-1990" International Journal of Refugee Law. Numero 3, Volumen 4.

Martínez- Pujalte, Antonio-Luis. (1997). "El contenido esencial del derecho a la integridad física (A propósito de una cuestión controvertida)". Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol. Número 17.

Marouf, E. Fatma A. (2008). "The Emerging Importance of Social Perception in Defining a "Particular Social Group" and Its Potential Impact on Gender-Related Asylum Cases". Yale Law & Policy Review. Volumen 27, Ejemplar 1. Otoño 2008.

Marx, R. (1995, Julio) "Non Refoulment, Access to Procedures and Responsibility For Determining Refugee Claims ". International Journal of Refugee Law . Número 3, Volumen 7

Mertus J, Goldberg Pamela. (1994) "A Perspective on Women and Internacional Human Rights after the Vienna Declaration: The inside/ outside construct ". Journal of Internacional Law and Politics. Volumen 26.

Meyersfeld, Bonita C. (2003). "Reconceptualizing Domestic Violence in International Law". Albany Law Review. Volumen 67. 371-426.

McSpadden, Lucia A y Moussa, Helena. (). "I have a Name: The Gender dynamics in Asylum and Resettlement of Ethiopian and Eritrean Refugees in North America". Journal of Refugee Studies.

Muñoz Quesada, Hugo Alfonso (1984), "El Acto de Reconocimiento de la condición de refugiado". Revista de la Procuraduría General de la República. Año XIII, Números 15-16.

Naciones Unidas. Los Derechos Humanos y los Refugiados .Volumen 20.

Odio Benito, Marta. "El Refugiado Centroamericano en Costa Rica". Revista Judicial. 44, 54-74.

Oosterveld, Valerie. (1996, October) "The Canadian Guidelines on Gender related Persecution: an Evaluation". International Journal of Refugee Law. Volumen 8 Número 4.

Oxford University Press,(1993) "Developments: Supreme Court of Canada rules on a " Membership of a Particular Social Group". International Journal of Refugee Law. Número 3, Volumen 5.

Parker Soto, Rodolfo A. (1985). "Los Refugiados en América Central". Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia. Año X, Número 35.

Rodríguez Pizarro, Gabriela (2004): "Violaciones a los derechos humanos de los migrantes en la actual dinámica de las migraciones en América Central". Migraciones y Derechos Humanos. Instituto Interamericano de los Derechos Humanos. San José Costa Rica.

Thomas Dorothy Q, Beasley, Michele E. (1993). "Domestic Violence as a Human Rights issue". Human Rights Quarterly. Volumen 15. 36-62.

Universidad Autónoma de México,(2002) "Expresión de los Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México".Causes.(4): octubre-diciembre.

Velásquez, Carlos M. (1959). "Sobre la Naturaleza Jurídica del asilo en las Legaciones". Anuario

Vesa, Andreaa. (2004). "International and Regional Standards for Protecting Victims of Domestic Violence". American University Journal of Gender Social Policy and the Law. Volumen 12. 309-360.

Zamora, Neddy. (1985) "Los Refugiados y el Conflicto Centroamericano". Revista Aportes. 25 (5)

Referencias de Fuentes Electrónicas (INTERNET).

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Naciones Unidas. (2006) "La situación de los Refugiados en Costa Rica 2006: Informe de Trabajo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR." Fuente: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5136.pdf>. Consultado el 06 de abril de 2009.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Naciones Unidas. (1985). Conclusión N° 39 del Comité Ejecutivo: "Las Mujeres Refugiadas y la Protección Internacional". 1985. Fuente: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0550.pdf>. Consultado el 12 de septiembre de 2009.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Naciones Unidas. (1997). "Nota sobre las Cláusulas de Exclusión". Fuente: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1905>. Consultado el 6 de mayo del 2009.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Naciones Unidas. (2008). "Nota de Orientación sobre la Extradición y la Protección Internacional de los Refugiados". Fuente: http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7039_pdf. Consultado el 6 de mayo del 2009.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Naciones Unidas. (1987). "Note on International Protection". Fuente: - <http://www.unhcr.org/excom/EXCOM/3ae68c0314.html>. Consultado el 26 de mayo del 2009.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Naciones Unidas. (1992). "Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado". Fuente: http://www.acnur.org/index.php?id_pag=4359. Consultado el 6 de mayo del 2009.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Naciones Unidas. (1997). "Note on the Cessation Clauses". Fuente: <http://www.unhcr.org/excom/EXCOM/3ae68cf610.html>. Consultado el 6 de mayo del 2009.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Naciones Unidas. (2000). "La Situación de los Refugiados en el Mundo". Fuente: <http://www.acnur.org/publicaciones/SRM/cap11.htm#tit11>. Consultado el 7 de abril del 2009.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Naciones Unidas. (2001). "Unidad Familiar" Mesa Redonda de Expertos en Ginebra 8-9 de noviembre de 2001. Fuente: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01156.pdf>. Consultado el 8 de mayo del 2009.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Naciones Unidas. (2001). "Conclusión N° 3. Conclusiones de la Mesa Redonda de San Remo. 6-8 de Septiembre 2001". Fuente: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01153.pdf>. Consultado el 12 de septiembre de 2009.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Naciones Unidas. (2001). Conclusión N° 6. Conclusiones de la Mesa Redonda de San

Remo. 6-8 de Septiembre 2001. Fuente: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01153.pdf>. Consultado el 12 de septiembre de 2009.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Naciones Unidas. (2002). "Guías para la Protección Internacional: Grupo Social Determinado". Fuente: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4714a75a2>. Consultado el 27 de julio 2009.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Naciones Unidas. (2003). "Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas". Fuente: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3667.pdf>. Consultado el 7 de abril del 2009.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Naciones Unidas. (2005). "UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted." Fuente: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4200d8354.html>. Consultado el 30 Julio del 2009.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Naciones Unidas. (2007). "La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Preguntas y Respuestas". Fuente: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5754.pdf>. Consultado el 7 de abril del 2009.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Naciones Unidas. (2008 Abril). "Nota de orientación sobre la Extradición y la Protección Internacional de los Refugiados." Fuente: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7039.pdf> Consultado el 19 de Mayo del 2009.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Naciones Unidas. "Procedimiento para la Determinación de la Condición de Refugiado en algunos Estados del Continente Americano". Fuente: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6264.pdf> . Consultado el 12 de mayo del 2009.

Adams, Rebecca. (2007). "Violence Against Women and Internacional Law: The Fundamental Right to State Protection from Domestic Violence." Fuente: www.westlaw.com . Consultado el 22 de julio del 2009.

Arguedas Carlos.(2009, 26 junio). "Tribunal ordena liberar a mujer requerida por Estados Unidos" Fuente: http://www.nacion.com/In_ee/2009/junio/26/sucesos2009839.html>. Consultado el 30 de junio del 2009

Arroyo, Wilberth (2008). "*Asilo para la Sra. Tomayko.*" <http://democraciadigital.navegalo.com/histoy_show.php?sec=3&cont_id=43&ano=2008> Consultado el 08 de junio del 2009.

Barnes, Kelsey S. (1997) "The Economics of Violence: Why Freedom from Domestic Violence must be treated as developmental Right in Internacional Law". Fuente: www.westlaw.com . Consultado el 22 de Julio del 2009.

Bettinger, Carolina. (2008) "Human Rights at Home: Domestic Violence as a Human Rights Violation. Fuente: www.westlaw.com . Consultado el 22 de Julio del 2009.

Bumiller Kristin (2006). "Freedom from Violence as a Human Right toward a Feminist Politics of Nonviolence". Fuente: www.westlaw.com. Consultado el 22 de Julio del 2009.

Bunch, Charlotte (1995). "The Global Campaign for Women's Human Rights: Where next after Vienna". Fuente: www.westlaw.com. Consultado el 22 de Julio del 2009.

Cammark S, Pujol Patrice. (2004) "Domestic Violence a National Epidemic". Fuente: www.westlaw.com. Consultado el 22 de Julio del 2009.

Carrillo, Jeannette. (2009, 06 julio). "*Rostró humano de un expediente judicial.*" Fuente: http://www.nacion.com/In_ee/2008/julio/06/opinion1607219.html Consultado el 08 de Junio del 2009.

Carvajal, Erick. (2008, 26 Junio). "*Liberan a Chere Lyn Tomayko.*" Fuente: http://www.aldia.cr/ad_ee/2008/julio/26/nacionales1636240.html. Consultado el 08 de Junio del 2009.

Cochrane, Barbara. (2000). " Convention Against Torture: A Viable Alternative Legal Remedy for Domestic Violence Victims". Fuente: www.westlaw.com. Consultado el 22 de Julio del 2009.

Copelon Rhonda.(1994) "Recognizing the egregious in the everyday: Domestic Violence as Torture".Fuente: www.westlaw.com. Consultado el 22 de Julio del 2009.

Culliton Katherine (1993) "Finding a mechanism enforce Women's Right to state protection from Domestic Violence in the Americas". Fuente: www.westlaw.com. Consultado el 22 de Julio del 2009.

Definicion. es. "Política". Fuente: <http://definicion.de/politica/> Consultado el 22 de Junio del 2009.

Diccionario de la Lengua Española. "Cultura". Fuente:http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura. Consultado el 19 de Mayo del 2009.

Diccionario de la Lengua Española. “Ladino”
<http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura.
Consultado el 27 de Septiembre del 2009.

Diccionario de la Lengua Española. “Tautológico”
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura.
Consultado el 27 de Septiembre del 2009.

Diccionario de la Lengua Española. “Trivializar”
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura.
Consultado el 27 de Septiembre del 2009.

Dimopoulos, Penny. (2002). Membership of A Particular Social Group: An Appropriate Basis For Eligibility For Refugee Status?.
Fuente:<http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLRev/2002/18.html#fn27>. Consultado el 01 de Julio del 2009.

Di Nubila, Mónica (2009). “ Violencia Estructural, Sexual, Económica, Familia. Violencia De Género”. Fuente: <http://www.articuloz.com>. Consultado el 27 de Octubre del 2009.

Eco Diario (2009, JUNIO 12). “Lorente dice que es un error considerar violencia de género la agresión entre mujeres”.
Fuente:<http://ecodiario.economista.es/sociedad/noticias/1324376/06/09/Lorente-dice-que-es-un-error-considerar-violencia-de-genero-la-agresion-entre-mujeres.html> . Consultado el 12 de Junio del 2009.

Edwing, Anthony. (1995) “Establishing State Responsibility for Private Acts of Violence Against Women Under the American Convention on Human Rights”.
Fuente: www.westlaw.com . Consultado el 22 de Julio del 2009.

Ericsson A, Rudolf B. (2007, Julio) “Women’s Rights International Human Rights Treaties: Issues of Rape, Domestic Slavery, Abortion, and Domestic Violence”. Fuente: www.westlaw.com . Consultado el 22 de Julio del 2009.

Gesulfo, Antonella. "La Comunidad Internacional se hace cargo del problema". ACNUR Fuente: http://www.acnur.org/index.php?id_pag=374. Consultado el 6 de abril del 2009.

González, Irene. (2009, Junio 26). "Medidas de protección no son suficientes" Fuente: <http://www.informatico.com/index.php?scc=articulo&edicion=20090625&ref=25-06-090008>. Consultado el 02 de septiembre del 2009.

Grdinic Ela. (2000) "Application of the elements of Torture and other forms of ill-treatment, as defined by the European Court and Commission of Human Rights, to the incidents of Domestic Violence". Fuente: www.westlaw.com. Consultado el 22 de Julio del 2009.

Heise, Lori L. (1995). "Violence Against Women: Translating International Advocacy into Concrete Change." Fuente: www.westlaw.com. Consultado el 22 de Julio del 2009.

Henry, Odette. "A Right's Debate in Canadá- Abuse is wrong in any language, except when you have no status." Fuente: www.law-lib.utoronto.ca/.../Final_Paper_WHRR_Symposium_entry_Odette_J._Henry.doc Consultado el 03 de Marzo del 2009.

Hunter, Catherine. (2001). "Khawar and Migration Legislation Amendment Bill (No 6) 2001: Why narrowing the definition of a refugee discriminates against gender-related claims." Fuente: <http://austlii.law.uts.edu.au/au/journals/AJHR/2002/8.html>. Consultado el 2 de julio del 2009.

INAMU. (2009). "Trabajo y Empleo". Fuente: http://www.inamu.go.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=52&Itemid=1516. Consultado el 29 de Agosto del 2009.

INAMU. (2009). "Violencia contra las Mujeres". Fuente: http://www.inamu.go.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=51&Itemid=1490. Consultado el 29 de Agosto del 2009.

INAMU. (2009). "Otros Instrumentos". Fuente: http://www.inamu.go.cr/index.php?option=com_content&task=view&id=274&Itemid=803. Consultado el 9 de septiembre del 2009.

INAMU. (2009). "Avances Legales hacia la Equidad de Género". Fuente: http://www.inamu.go.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=43&Itemid=373. Consultado el 9 de septiembre del 2009.

Jimenez Bautista, F y Muñoz Muñoz , F. "Violencia Estructural". <http://www.ugr.es/~fmunoz/documentos/Violencia%20estructural.html>> Consultado el 27 de Octubre del 2009.

Junta de Inmigración y Refugiados de Canadá. (1996). "Guías para las Mujeres Solicitantes de Refugio Temiendo Persecución relacionada al Género. Consideraciones". Fuente: <http://www.irb-cisr.gc.ca/Eng/brdcom/references/pol/guidir/Pages/women.aspx#B>. Consultado el 12 de septiembre de 2009.

Kelly, Nancy et. Al. (1997). "Women whose Governments are unable or unwilling to provide Reasonable protection from Domestic Violence may qualify as refugees under United States asylum law." Fuente: www.westlaw.com Consultado el 22 de julio del 2009.

Madden Michelle. (2006) "What counts as Domestic Violence: A Conceptual Analysis". Fuente: www.westlaw.com. Consultado el 22 de julio del 2009.

Martin C., Rodríguez D. "La Prohibición de la tortura y de los malos tratos en el Sistema Interamericano: Manual para Víctimas y sus Defensores".

Fuente: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5025.pdf>> Consultado el 26 de mayo del 2009.

McGhee, Derek. (2001). "Homosexuality, law, and resistance." Fuente: http://books.google.co.cr/books?id=HSDormOWkcC&sitesec=reviews&source=gbs_navlinks_s. Consultado el 05 de julio del 2009.

McMahon, Pamela M. (2001). "The Public Health approach to the prevention of Domestic Violence". Fuente: www.westlaw.com . Consultado el 22 de julio del 2009.

Mejía, Raúl Y Alemán, María. (1999). "Violencia Doméstica. Rol Médico Clínico.# Revista Medicina (Buenos Aires)". Fuente: http://www.medicinabuenosaires.com/revistas/vol59-99/5/v59_n5_1_487_490.pdf. Consultado el 1 de septiembre del 2009.

Merica Jo Ann. (1999, October). "THE LAYWERS BASIC GUIDE TO DOMESTIC VIOLENCE". Fuente: www.westlaw.com Consultado el 22 de junio del 2009.

Mora, Carlos (2008). "Embajada estadounidense aseguró que el estatus concedido a Chere Lyn Tomayko traería 'implicaciones más amplias'. Fuente: <http://www.larepublica.net/app/cms/cms_periodico_showpdf.php?id_menu=50&pk_articulo=13657&codigo_locale=es-CR> Consultado el 08 de Junio del 2009.

Nacional Coalition Against Domestic Violence. (2009). "Domestic Violence Facts". Fuente: [http://www.ncadv.org/files/DomesticViolenceFactSheet\(National\).pdf](http://www.ncadv.org/files/DomesticViolenceFactSheet(National).pdf). Consultado el 1 de septiembre del 2009.

Naciones Unidas. (2002, 21 enero) " Integración de los Derechos Humanos de la mujer y la perspectiva de género: La violencia contra la mujer". Fuente: <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/Biblioteca>

Web/Varios/Documentos/BD_1013860968/practicafamilia.pdf. Consultado el 06 de septiembre del 2009.

Núñez Chavez Sylvia. (2008, 24 septiembre). “Rechazan extradición de gringa buscada por secuestrar a su hija”.
Fuente: <http://www.prensalibre.co.cr/2008/setiembre/24/sucesos06.php>. Consultado el 09 de junio del 2009.

O’neill, Caroline J. (2000). “Health is a human right: Why the U.S Immigration Law response to Gender-Based Asylum Claims requires more attention to International Human Rights Norms”. Fuente: www.westlaw.com . Consultado el 22 de Julio del 2009.

Organización Panamericana de la Salud. (2001). “Modelo Integral de Atención a la Violencia Intrafamiliar.” Fuente: <http://www.paho.org/spanish/DPM/GPP/GH/gph10.pdf>. Consultado el 4 de septiembre del 2009.

Organización Panamericana de la Salud. (2004 Enero). “La Violencia Social en Costa Rica”. <http://www.bvs.sa.cr/php/situacion/violencia.pdf>. Consultado el 02 de septiembre del 2009.

Organización Panamericana de la Salud. (2003). “Violencia contra las mujeres”. Fuente: <http://www.paho.org/Spanish/AD/GE/VAW2003sp.pdf>. Consultado el 01 de septiembre del 2009.

Podhorin, Regina. (1994). “Violence as Public Health issue- Is this a Women’s issue?”. Fuente: www.westlaw.com . Consultado el 22 de julio del 2009.

Podkul, Jennifer. “Domestic Violence in the United States and its Effect on U.S Asylum Law.” Fuente: <http://www.wcl.american.edu/hrbrief/12/2podkul.pdf?rd=1> Consultado el 03 de marzo del 2009.

Raj, Sushil. (2001). "The Gender Element in International Refugee Law: It's impact on Agency Programming and the North South Debate." Fuente: <http://www.worldlii.org/int/journals/ISILYBIHRL/2001/9.html>. Consultado el 5 de abril del 2009.

Robertson, Patricia. (1995). "Domestic Violence and Health Care an ongoing Dilemma". Fuente: www.westlaw.com . Consultado el 22 de Julio del 2009.

Rojas, Juan D.((2002 Marzo)Violencia doméstica y medidas cautelares". Fuente: http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140900152002000100003&lng=es&nrm=iso>. Consultado el 02 de Septiembre del 2009.

Rodríguez, L. (2007, 07 de Agosto). "Celebran 20 años del proceso de paz". Prensa Libre. Com. Disponible en: <http://www.prensalibre.com/pl/2007/agosto/07/179122.html>. Consultado el 06 de abril del 2009

Ruiz de Santiago, Jaime. (1990). "La Protección Jurídica de los Refugiados en la Región Centroamericana." Fuente: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/20/pr/pr9.pdf> . Consultado el 03 de marzo del 2009

San Juan, César W. (2005). "El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo "asilo-refugio" a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos". Fuente: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3187.pdf>. Consultado el 6 de abril del 2009.

Seith, Patricia. (1997, October) "Escaping Domestic Violence: Asylum as a means of protection for battered women". Fuente: www.westlaw.com. Consultado el 22 de julio de 2009.

Tiedemann, Paul. (2000). "Protection against persecution because of 'membership of a particular social group' in German law" Fuente: <http://www.refugee.org.nz/PaulT.htm#3>. Consultado el 03 de julio del 2009.

UNICEF. "La Violencia Doméstica contra Mujeres y Niñas." (2006 Junio). Pág 19. Fuente: <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest6s.pdf>. Consultado el 1 de septiembre de 2009.

U.N. Department for Policy Coordination & Sustainable Development. (1994). "Women in a changing Global Economy 1994 World survey on the Role of Women in Development." Fuente: <http://www.un.org/documents/ga/docs/50/plenary/a50-398.htm> . Consultado el 22 de julio del 2009.

Vargas, Otto. (2008 24 Julio). "Gobierno da refugio a madre que huyó con hija de EE.UU." http://www.nacion.com/ln_ee/2008/julio/24/sucesos1633482.html. Consultado el 08 de junio del 2009.

Wikipedia. "Khmers Rouges". Fuente: http://fr.wikipedia.org/wiki/Khmers_rouges. Consultado el 03 de julio del 2009.

Willets James. (1997) "Conceptualizing private violence against sexual minorities as gender violence: An International and Comparative Law Perspective". Fuente: www.westlaw.com. Consultado el 22 de julio del 2009.

Wolfer, Judith A. (2009 Mayo-Junio) "Top 10 Myths about Domestic Violence" Fuente: www.westlaw.com. Consultado el 22 de julio de 2009.

World Health Organization. (2005, November 25). "Landmark study on domestic violence: WHO report finds domestic violence is widespread and has serious impact on health". Fuente: <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2005/pr62/en/index.html>. Consultado el 28 de agosto del 2009.

Word Reference. "Connivencia." Fuente:

<http://www.wordreference.com/definicion/connivencia>. Consultado el 10 de junio de 2009.

Jurisprudencia

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2003). "State Jurisprudence". Pág 268-285. Refugee Protection in Internacional law. UNHCR's Global Consultations on Internacional Protection. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press.

-Corte Federal de Canadá (1993 30 Julio). "Canada (Attorney General) v. Ward Fuente: "<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b673c.html> Consultado el 01 de julio del 2009

- Corte Federal de Canadá (2004). Fuente: <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/2004/2004fc56/2004fc56.html>. Consultado el 27 de julio del 2009.

-Gender Asylum Case Research (2009). 2/4/2008. Fuente: <http://cgrs.uchastings.edu/law/> . Consultado el 27 de Julio del 2009.

-Gender Asylum Case Research (2009). 26/1/2005. Fuente: <http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.

-Gender Asylum Case Research (2009). 12/04/2003 Fuente: <http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.

-Gender Asylum Case Research (2009). 18/5/2005. Fuente: <http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.

-Gender Asylum Case Research (2009). 21/9/2005 Fuente: <http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.

- Gender Asylum Case Research (2009). 1/5/2005. Fuente:
<http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.
- Gender Asylum Case Research (2009). 12/11/1999. Fuente:
<http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.
- Gender Asylum Case Research (2009). 25/6/2008. Fuente:
<http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.
- Gender Asylum Case Research (2009). 24/6/1997. Fuente:
<http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.
- Gender Asylum Case Research (2009). 15/2/2005. Fuente:
<http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.
- Gender Asylum Case Research (2009). 26/11/2007. Fuente:
<http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.
- Gender Asylum Case Research (2009). 2/3/2005. Fuente:
<http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.
- Gender Asylum Case Research (2009). 1/9/2007. Fuente:
<http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.
- Gender Asylum Case Research (2009). 30/9/2004. Fuente:
<http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.
- Gender Asylum Case Research (2009). 11/4/2005. Fuente:
<http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.
- Gender Asylum Case Research (2009). 21/4/2005. Fuente:
<http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.

- Gender Asylum Case Research (2009). 28/1/2005. Fuente: <http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.
- Gender Asylum Case Research (2009). 23/3/2005. Fuente: <http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.
- Gender Asylum Case Research (2009). 3/3/2005. Fuente: <http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.
- Gender Asylum Case Research (2009). 18/10/2006. Fuente: <http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.
- Gender Asylum Case Research (2009). 9/6/2005. Fuente: <http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.
- Gender Asylum Case Research (2009). 9/5/2005. Fuente: <http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.
- Gender Asylum Case Research (2009). 8/3/2006. Fuente: <http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.
- Gender Asylum Case Research (2009). 24/10/1999. Fuente: <http://cgrs.uchastings.edu/law/>. Consultado el 27 de Julio del 2009.
- INMIGRATION AND REFUGEE BOARD OF CANADA (2009). RPD VA6-02042, Mivasair, Octubre 9, 2007. Fuente: http://www2.irb-cisr.gc.ca/en/decisions/reflex/index_e.htm?action=issue.view&id=323. Consultado el 2 de julio del 2009.
- INMIGRATION AND REFUGEE BOARD OF CANADA (2009). RPD MA6-07996, Hadaya, Octubre 31, 2008. Fuente: http://www2.irb-cisr.gc.ca/en/decisions/reflex/index_e.htm?action=issue.view&id=350. Consultado el 2 de julio del 2009.

- INMIGRATION AND REFUGEE BOARD OF CANADA (2009). RPD TA8-02237, Volpentesta, Enero 27, 2009. Fuente: http://www2.irb-cisr.gc.ca/en/decisions/reflex/index_e.htm?action=issue.view&id=352.

Consultado el 2 de julio del 2009.

- Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah (A.P.) (Conjoined Appeals). HOUSE OF LORDS. Fuente: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990325/islam01.htm>. Consultado el 5 de agosto del 2009.

- SALA CONSTITUCIONAL. Voto: N ° 2007-14514 de las 14 horas y 30 minutos del 10 de octubre del 2007.

Gráficos.

INAMU. “Número de Informes Policiales en materia de Violencia Doméstica por provincia, 2006 - 2007.” Fuente: http://www.inamu.go.cr/documentos/sistema_de_indicadores/Ind3graf2.pdf.

Consultado el 02 de septiembre del 2009.

INAMU. “Casos entrados a los juzgados competentes del Sistema Judicial en materia de Violencia Doméstica, por provincia, 2006-2007” http://www.inamu.go.cr/documentos/sistema_de_indicadores/Ind4graf4.pdf.

Consultado el 02 de septiembre del 2009.

INAMU. “Número de informes policiales por la Ley de Violencia Doméstica, según grupos de edad de la persona ofendida. <http://www.inamu.go.cr/documentos/sistema_de_indicadores/Ind3graf3.pdf.

Consultado el 02 de septiembre del 2009.

Legislación

- Código Penal de Costa Rica.

- Constitución Política de Costa Rica.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).
- Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belem Do Para".
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Castigos crueles, inhumanos o degradantes.
- Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres.
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.
- Declaración de Asilo Territorial de 1967.
- Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.
- Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra las Mujeres.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Guideline 4: Women Refugee Claimants fearing Gender- Related Persecution. (Canadá)
- Ley de Migración y Extranjería. N.º 8487.
- Ley General de Migración y Extranjería N. 8764.
- Ley 6968: Ratificación Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Ley 7142: Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer.
- Ley 7476: Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia.
- Ley 7586: Ley Contra la Violencia Doméstica.
- Ley 8589 o Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Recomendación general 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.