



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
CAMPO DE CONOCIMIENTO: FILOSOFÍA DEL DERECHO

RECLUTAMIENTO FORZADO Y REFUGIO: EL PAPEL DE LA COACCIÓN EN
LAS DETERMINACIONES DE ASILO

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
MAESTRA EN DERECHO

PRESENTA

GEMMA LILIANA GRISELLE NAVEJA ROMERO

TUTOR

DR. JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FILOSOFICAS

CIUDAD UNIVERSITARIA, CIUDAD DE MÉXICO,
MARZO 2024



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**PROTESTA UNIVERSITARIA DE INTEGRIDAD Y
HONESTIDAD ACADÉMICA Y PROFESIONAL**

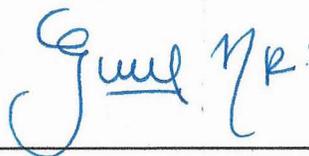
(Graduación con trabajo escrito)

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 87, fracción V, del Estatuto General, 68, primer párrafo, del Reglamento General de Estudios Universitarios y 26, fracción 1, y 35 del Reglamento General de Exámenes, me comprometo en todo tiempo a honrar a la institución y a cumplir con los principios establecidos en el Código de Ética de la Universidad Nacional Autónoma de México, especialmente con los de integridad y honestidad académica.

De acuerdo con lo anterior, manifiesto que el trabajo escrito titulado RECLUTAMIENTO FORZADO Y REFUGIO: EL PAPEL DE LA COACCIÓN EN LAS DETERMINACIONES DE ASILO que presenté para obtener el grado de MAESTRA EN DERECHO, es original, de mi autoría y lo realicé con el rigor metodológico exigido por mi Programa de Posgrado, citando las fuentes de ideas, textos, imágenes, gráficos u otro tipo de obras empleadas para su desarrollo.

En consecuencia, acepto que la falta de cumplimiento de las disposiciones reglamentarias y normativas de la Universidad, en particular las ya referidas en el Código de Ética, llevará a la nulidad de los actos de carácter académico administrativo del proceso de graduación.

Atentamente



Gemma Liliana Griselle Naveja Romero

415085742

*A mis padres, Gemma Romero y Jesús Naveja
mis más grandes ejemplos*

*A mis hermanos, Jesús y Miguel,
mis compañeros de aventuras*

AGRADECIMIENTOS

*Al Dr. Juan Antonio Cruz Parceró,
mi guía académico, a quien debo toda mi admiración,
por su infinita paciencia e invaluable orientación*

*Al Profesor David Miller,
fuente de inspiración,
por su confianza y extraordinario apoyo*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. REFUGIADOS: GRUPO <i>SUI GENERIS</i> DE MIGRANTES	7
1. DISTINCIÓN ENTRE REFUGIADOS Y MIGRANTES	8
2. ¿QUIÉN ES UN REFUGIADO?	11
2.1. Convención de Ginebra	11
2.1.1. <i>Persecución</i>	12
2.1.2. <i>Estatus sujeto a cambios</i>	16
3. ¿QUIÉN NO PUEDE RECIBIR LA PROTECCIÓN DEL REFUGIO?	17
4. REGLAMENTACIÓN ESTATAL. PARTICULARIDADES	20
4.1. Estados Unidos de América	21
4.1.1. <i>Modificación excluyente</i>	23
4.1.2. <i>Modificación incluyente</i>	24
4.2. México	26
4.3. Consideraciones generales respecto a definiciones estatales de refugiado.....	33
5. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA DEFINICIÓN DE REFUGIADO	37
CAPÍTULO II. IMPLICACIONES MORALES DEL RECLUTAMIENTO FORZADO	40
1. EL ROL DE LA COACCIÓN EN EL RECLUTAMIENTO FORZADO	41
2. CLARIFICACIÓN RESPECTO A DISTINCIONES MORALES EN LOS DEBERES	45
3. RESISTENCIA AL RECLUTAMIENTO FORZADO: ¿SUPEREROGACIÓN O MALA SUERTE MORAL?	57
3.1. Suerte moral	57
3.2. Supererogación	63
4. CONSIDERACIONES FINALES DEL RECLUTAMIENTO FORZADO Y JUSTIFICACIONES MORALES	71
CAPÍTULO III. INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN EN CASOS DE RECLUTAMIENTO FORZADO	73
1. CONTEXTO DEL CRIMEN ORGANIZADO EN EL TRIÁNGULO NORTE DE CENTROAMÉRICA	75
2. CLÁUSULA DE INCLUSIÓN: RECLUTAMIENTO FORZADO Y PERSECUCIÓN	80
2.1. Intento de reclutamiento forzado como forma de persecución.....	80
2.1.1. <i>Intento de reclutamiento forzado: persecución por pertenencia a un determinado grupo social</i>	84
2.1.2. <i>Intento de reclutamiento forzado: persecución por opinión política</i>	87

2.2.	Antiguos miembros de pandillas: ¿refugiados?.....	92
2.2.1.	<i>Deserción de pandilla: persecución por pertenencia a determinado grupo social y opinión política</i>	<i>93</i>
3.	CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN: ¿CASTIGO AL SOLICITANTE DE ASILO?	97
3.1.	Rationale de la exclusión de la Convención.....	99
3.2.	Castigo: definición	105
3.3.	Castigo y exclusión: justificación y motivos	107
3.3.1.	<i>Exclusión desde la teoría utilitarista</i>	<i>108</i>
3.3.2.	<i>Exclusión desde la teoría retributiva.....</i>	<i>111</i>
3.3.3.	<i>Exclusión desde un punto de vista comunicativo</i>	<i>112</i>
3.3.4.	<i>Exclusión desde la teoría de la pérdida de derechos.....</i>	<i>114</i>
3.3.5.	<i>Consideraciones finales sobre exclusión como forma de castigo</i>	<i>116</i>
3.4.	El rol de la coacción en casos de reclutamiento forzado.....	117
4.	CONSIDERACIONES FINALES SOBRE INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN	121
	CONCLUSIONES	124
	FUENTES	128

INTRODUCCIÓN

América Latina representa menos de un 10% de la población mundial, pero concentra más de un tercio de los homicidios registrados en el mundo. Las pandillas son un factor clave en las altas tasas de homicidios,¹ destacándose esta problemática en la región conformada por Honduras, Guatemala y El Salvador (Triángulo Norte de Centroamérica).²

El impacto del crimen organizado es tal que desde comienzos del siglo XXI ya había provocado aproximadamente el mismo número de asesinatos que los conflictos armados de todo el mundo combinados.³ Esta problemática se ve acentuada por la frecuente implicación de los gobiernos de los Estados que conforman al Triángulo Norte de Centroamérica en las actividades de los grupos delictivos organizados.⁴

Es por lo anterior que algunas de las víctimas del crimen organizado en el Triángulo Norte de Centroamérica han optado por migrar, siendo la violencia el principal factor de la migración forzada en esta región.⁵ Para 2022, el número de

¹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Estudio mundial sobre el homicidio 2019*, Viena, 2019, pp. 26 y 39; también véase Lehmann, Kai, “Entrenching the Problem? International Organizations and Their Engagement in Latin America to Address Violence: The Case of the European Union in the Northern Triangle”, *Contexto Internacional*, vol. 43, 2021, pp. 359 y 367; International Crisis Group, *Rescatando la lucha de Guatemala contra el crimen y la impunidad. Informe sobre América Latina N° 70*, Bruselas, 2018, p. 1.

En la presente investigación se utilizan los términos de pandillas, grupos delictivos organizados y organizaciones criminales como sinónimos.

² Courtwright, David, “Drug Wars, Drug Violence, and Drug Addiction in the Americas”, *Criminal Justice Ethics*, 2023, p. 6.

³ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *op. cit.*, p. 18.

⁴ Cantor, David James, “Criminal groups and a decade of displacement in Central America and Mexico”, *Brown Journal of World Affairs*, vol. 24, 2022, p. 15.

⁵ Lehmann, Kai, *op. cit.*, p. 355; Médecins Sans Frontières, *Forced to flee Central America’s Northern Triangle: a neglected humanitarian crisis*, 2017, p. 4.

solicitudes de asilo provenientes de ciudadanos de Honduras fue de 80,738;⁶ de ciudadanos de Guatemala de 46,797;⁷ y de ciudadanos de El Salvador de 42,763.⁸

Es importante tener en consideración que la migración forzada que se vive en el Triángulo Norte de Centroamérica no es a causa de la delincuencia común, es generada por los miembros de grupos delictivos organizados para la persecución de sus proyectos sociales, económicos y políticos.⁹

Una de las formas de persecución realizada por los miembros de las pandillas es el reclutamiento forzado. En esta investigación esta será la única forma de persecución que será analizada, con lo que no se pretende restar importancia a otros delitos generados por el crimen organizado, ni se pretende insinuar que es la única actividad realizada por las pandillas que podría calificar como persecución en el contexto de refugio. Lo que se busca, es profundizar en algunas de las complejas cuestiones morales que el reclutamiento forzado puede conllevar, así como el impacto que debería tener lo anterior en las determinaciones de asilo.

A varias de las víctimas de reclutamiento forzado se les rechazan sus solicitudes de asilo, lo que provoca que no les sea otorgada la protección del refugio y que, en caso de no haber aplicado a protección complementaria, sean deportadas. Al ser enviadas de regreso a su país de origen algunas de ellas son asesinadas.¹⁰

Las razones para el rechazo de solicitudes de asilo de víctimas de reclutamiento forzado suelen ser dos: (i) que las autoridades migratorias no consideran el reclutamiento forzado o la antigua pertenencia a una pandilla como

⁶ UNHCR, *Refugee data finder. Assylum applications Honduras*, consultado el 25 de enero de 2024, disponible en: <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/download/?url=P6RZMd>.

⁷ UNHCR, *Refugee data finder. Assylum applications Guatemala*, consultado el 25 de enero de 2024, disponible en: <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/download/?url=WQy022>.

⁸ UNHCR, *Refugee data finder. Assylum applications El Salvador*, consultado el 25 de enero de 2024, disponible en: <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/download/?url=n9K0L1>.

⁹ Cantor, David James, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰ Human Rights Watch, *HRW: Informe Mundial 2020. Resumen de País: El Salvador, eventos 2019, 2020*, disponible en: <https://www.refworld.org/es/type.COUNTRYREP...5e4329f24.0.html>, p. 4.

un motivo protegido bajo la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 (Convención); o (ii) que se excluya a aquellos que han cometido delitos comunes graves. Este último escenario es el más complejo en términos morales, ya que antes de lograr huir las víctimas de reclutamiento forzado son coaccionadas para unirse a organizaciones criminales y/o para cometer delitos en beneficio de ellas. Algunas de estas víctimas sucumben ante la gravedad de la amenaza, lo que, en principio, podría llegar a privarlos de la protección de la Convención, en virtud de su artículo 1F(b).

Por lo anterior, el primer capítulo de la presente investigación ahondará en la *rationale* de la definición de refugiado contenida en la Convención y en el margen de interpretación que puede dársele a la misma. En este contexto se analizará la distinción entre los conceptos de refugiado y migrante, a fin de identificar las características esenciales de la figura de refugio. Posteriormente, se mencionarán los elementos de la definición de refugiado de la Convención, haciendo un especial énfasis en el término 'persecución' y en el hecho de que la figura de refugio no es estática, con el propósito de demostrar el amplio margen de discrecionalidad que se tiene al momento de determinar quién se puede considerar o no como refugiado y la dificultad que existe en dicho ejercicio.

Además, se analizará la cláusula de exclusión contenida en la Convención para identificar en qué casos, a pesar de que la persona cumpla con los elementos contenidos en la definición de refugiado, puede excluirse de la protección de la figura de refugio.

Ciertas definiciones estatales sobre refugiado serán analizadas para comprobar que en ciertos casos los países han incluido particularidades que tienen como consecuencia la inclusión de más personas dentro de la definición de refugiado o el hacer más tajantes ciertos casos de exclusión de la protección. Se hará un especial énfasis en Estados Unidos de América, debido a que se sostendrá que es el país que, por su posición geográfica y su contexto, resulta más idóneo para otorgar protección a refugiados provenientes del Triángulo Norte de

Centroamérica, pero que resulta ser el país de la región en donde hay una menor tasa de aceptación de refugiados.

En el capítulo II se realizará un análisis sobre algunas de las implicaciones morales del reclutamiento forzado. Se examinará qué rol juega la coacción en el fenómeno de reclutamiento forzado a fin de demostrar lo complejo que pueden llegar a resultar las deliberaciones racionales del sujeto coaccionado respecto a unirse o no a una pandilla y a cometer o no ciertos crímenes por su pertenencia a la pandilla.

Para lograr lo anterior, se clarificarán distinciones morales en los deberes, en donde se sostendrá que no existe *per se* una distinción moralmente relevante entre acciones y omisiones ni entre deberes positivos y deberes negativos, a fin de sostener que la acción de realizar un acto que constituye crimen no es necesariamente la peor opción en términos morales. Se realizará un análisis sobre obligaciones especiales, debido a que en muchos casos las amenazas para intentar forzar a alguien a unirse a una organización criminal, conlleva el dañar severamente a personas respecto a las cuales la víctima de reclutamiento forzado tiene deberes especiales, situación que genera que su análisis sea de relevancia.

Posteriormente, se examinará si la resistencia al reclutamiento forzado podría constituir una acción supererogatoria o un escenario de mala suerte moral circunstancial. Lo anterior resulta de relevancia en tanto que un acto supererogatorio implica que este, si bien deseable, no es moralmente exigible, mientras que, en un escenario de mala suerte moral, si bien el acto puede conllevar altas exigencias morales, son precisamente exigencias. Esto se relaciona con el grado de reproche que se le puede realizar a una víctima de reclutamiento forzado, lo cual debería influir en un eventual análisis sobre la exclusión o no de una víctima de reclutamiento forzado de la protección de la figura de refugio. Dicho análisis tiene como objetivo el demostrar que no todos los casos de reclutamiento forzado pueden ni deben ser considerados como escenarios de mala suerte moral o

supererogación, resaltando así la importancia de un análisis detallado en las determinaciones de asilo caso por caso.

Finalmente, el Capítulo III versará sobre inclusión y exclusión en casos de reclutamiento forzado, particularmente de personas originarias del Triángulo Norte de Centroamérica. En dicho capítulo se dará un contexto del crimen organizado en la región del Triángulo Norte de Centroamérica a fin de visibilizar la gravedad de esta problemática en la región y el impacto que podría tener en las interpretaciones que se hagan de la definición de refugiado y de la exclusión de la figura de refugio en dichos casos.

Una vez dado el contexto, se analizará la inclusión –el por qué alguien debería considerarse refugiado– en dos escenarios de reclutamiento forzado: (i) aquel en el que miembros de alguna organización criminal pretenden forzar a una persona a formar parte de dicha organización, pero la persona huye en busca de refugio sin haber sucumbido a la amenaza; y (ii) aquel en el que una persona fue reclutada por medio de coacción, pero posteriormente deserta de la pandilla y solicita refugio.

Se detallarán ciertos casos de refugio resueltos en tribunales estadounidenses respecto a dichos escenarios a fin de demostrar que no existe una homogeneidad en las resoluciones y fundamentar el por qué bajo la definición de refugiado de la Convención en ciertos escenarios de reclutamiento forzado los solicitantes de asilo podrían ser considerados refugiados. Esto se hará principalmente analizando las causales de persecución por opinión política y por pertenencia a un determinado grupo social por ser las que más se adecúan a este tipo de escenarios.

En casos de exclusión, se analizará la *rationale* de la exclusión contenida en el artículo 1F(b) de la Convención, a fin de identificar si puede ser considerada como una especie de castigo. Este análisis resulta de relevancia dado que se sostendrá que bajo diversas teorías del castigo la exclusión en ciertos casos de reclutamiento forzado no se encontraría justificada. Además, se analizará por qué resulta necesario considerar la coacción en determinaciones de asilo que

involucren la comisión de crímenes por partes del solicitante de asilo. Se analizará la posición que Estados Unidos de América ha tenido al respecto y se detallará cuáles son los problemas de dicha postura.

En resumen, la presente investigación tiene como principal objetivo analizar: (i) si el reclutamiento forzado (tanto en los casos de solicitantes que no han sucumbido a él como en los casos de antiguos miembros de pandillas que fueron víctimas de reclutamiento forzado) podría constituir una forma de persecución para los efectos de reconocer la condición de refugiado; (ii) si la exclusión contenida en el artículo 1F(b) de la Convención constituye una forma de castigo; y (iii) si pueden existir casos en los que se justificaría –moral y jurídicamente– no aplicar la exclusión contenida en el artículo 1F(b) de la Convención a una persona víctima de reclutamiento forzado, aun cuando haya cometido delitos comunes graves debido a la coacción. Lo anterior, en el contexto del Triángulo Norte de Centroamérica, en donde el problema de reclutamiento forzado resulta sumamente grave y complejo.

CAPÍTULO I. REFUGIADOS: GRUPO *SUI GENERIS* DE MIGRANTES

Los ciudadanos de los Estados Receptores con mayor flujo migratorio están preocupados por los efectos de la inmigración y suelen desear reducir el número de personas que ingresan en lugar de aumentarlo.¹¹ Como resultado, suelen incrementarse las restricciones a la libertad individual de migrar con base en la soberanía estatal/territorial, la cual permite estimular y restringir la movilidad, dependiendo de los intereses del Estado.¹²

Dichas restricciones, sin embargo, tienen en principio una excepción: los refugiados. Por la naturaleza de la figura de refugio no importa (o no debería de importar) la utilidad que podría generar al Estado aceptar el ingreso de una persona que califica como refugiado y que cruza sus fronteras para solicitar refugio.

El analizar el sustento de la figura de refugio permite identificar si a cierta persona debería reconocérsele el estatus de refugiado en aquellos casos en donde no es tan claro si califica como tal de acuerdo con la definición de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 (Convención), que es la definición más utilizada mundialmente.¹³

En este sentido, este primer capítulo versará sobre la *rationale* de la definición de refugiado, el margen de interpretación que puede dársele a la misma y, por tanto, el margen de discrecionalidad que tiene la autoridad migratoria para determinar cuándo un solicitante de asilo es un refugiado.

¹¹ Miller, David, *Strangers in Our Midst: the political philosophy of immigration*, Cambridge, Harvard University Press, 2016, p. 1.

¹² Haesbaert, Rogério, *Vivir en el límite: territorio y multi-transterritorialidad en tiempos de inseguridad y contención*, trad. de Lucia Gina Aichino, et al., México, Siglo XXI Editores, 2021, pp. 300-304.

¹³ Maley, William, *What is a Refugee?*, Nueva York, Oxford University Press, 2016, p. 20.

Lo anterior, se hará a la luz de las obligaciones morales que tienen los Estados respecto a los refugiados o a las personas que deberían calificar como tal.

1. Distinción entre refugiados y migrantes

Hay personas que viven en Estados que pueden proporcionar a todos sus ciudadanos una amplia gama de oportunidades, mientras que otras viven en Estados que no pueden asegurar el respeto a sus derechos humanos. Las personas nacidas en sociedades ricas normalmente tienen mayores oportunidades para satisfacer sus necesidades y las de sus familias que las personas nacidas en sociedades pobres. En este contexto, parecería que el hecho de que alguien no naciera en cierto país no es una razón moral suficiente para negarle el derecho a migrar en busca de mejores oportunidades.¹⁴

Sin embargo, adoptar lo anterior sin restricciones conllevaría aceptar que el entrar y permanecer en cualquier Estado sería un derecho de todos los seres humanos, cualesquiera que sean sus circunstancias, sin importar el grado de necesidad que tienen para migrar.¹⁵

En este panorama en el que cualquiera podría migrar sin ningún tipo de control, es muy probable que algunos Estados se verían sobrepoblados y otros se encontrarían en el extremo opuesto, con todo lo que esto implica para ambas situaciones. Es entonces, que se justifica el que los Estados impongan restricciones y tengan discrecionalidad para aceptar y rechazar las admisiones de migrantes.

Empero, como señalado, la discrecionalidad que los Estados tienen para imponer restricciones se ve limitada en el caso de los refugiados. Es evidente que no solamente pueden migrar las personas que buscan refugio, pero existe una distinción muy particular en el régimen migratorio de los refugiados que hace que las restricciones que el Estado puede adoptar para admitir en su territorio a las

¹⁴ Miller, David, *op.cit.*, pp. 25-45.

¹⁵ *Ibidem*, p. 49.

personas que califican como refugiados sean más limitados respecto a las que podría considerar para otros grupos de migrantes. La diferencia es tal que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha sugerido no incluir el término refugiado dentro del término migrante para no quitar la atención en las obligaciones que los Estados tienen respecto a los refugiados.¹⁶

El principal beneficio otorgado por el régimen de refugio es la no devolución (*non-refoulement*) del refugiado a las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por los motivos enlistados en el artículo 1 de la Convención (de acuerdo con lo establecido por el artículo 33), pero también se incluyen otros beneficios como el derecho a un empleo remunerado (artículo 17 de la Convención); asistencia pública (artículo 23 de la Convención); seguridad social (artículo 24 de la Convención); ayuda administrativa (artículo 25 de la Convención); proporcionar documentos de identidad (artículo 27 de la Convención) y documentos de viaje (artículo 28 de la Convención); autorización para la transferencia de haberes (artículo 30 de la Convención); así como medidas que faciliten la naturalización (artículo 34 de la Convención).¹⁷

Para comprender por qué existen obligaciones morales más fuertes respecto a los refugiados y, por tanto, por qué existe un régimen legal que atiende a esto, basta con analizar las razones por las que un migrante se va de su país de origen y contrastarlas con las razones por las que un refugiado lo hace.

Un refugiado huye porque su país de origen o de permanencia habitual es incapaz o renuente a protegerlo de la persecución que sufre y que amenaza su vida, es una migración forzada. Mientras que un migrante se va de su país de origen o de residencia habitual en busca de mejores condiciones de vida, lo cual no es

¹⁶ UNHCR, 'Refugees' and 'Migrants', 2018, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/56e81c0d4.html>.

¹⁷ Goodwin-Gill, Guy S., "Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados", *United Nations Audiovisual Library of International Law*, disponible en: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/prsr/prsr_s.pdf, 2008, p. 6.

trivial, pero no tiene la misma necesidad de migrar, su vida no está en riesgo, al menos no de forma inminente.

El analizar la diferencia de las razones para migrar de un refugiado y un migrante sirve al momento de determinar si debe otorgársele la categoría de refugiado al solicitante de asilo. Hacer la distinción se vuelve aún más relevante si se tiene en consideración el aumento en la demanda de refugio.¹⁸ En 2001 había 923,000 solicitudes de asilo pendientes de resolución; esta cifra llegó a más de 4 millones en 2020,¹⁹ lo que se traduce en un incremento de más del 300% en menos de 20 años.

El ingreso a los países desarrollados se encuentra limitado, por lo que solo tiene sentido la figura de refugio si se presupone que la mayoría de las personas en el mundo no pueden acceder a ella,²⁰ ya que solo en dicho escenario se podrá lograr una verdadera protección a los refugiados. Sin embargo, el temor a incluir en la definición a personas o grupos de personas en aras de la efectividad no puede implicar negar la protección contenida en la figura de refugio a quienes tienen como única opción para que sus derechos humanos sean protegidos –ya sea por persecución o incapacidad estatal– el migrar.²¹

Es en este contexto que se analizará la definición de refugiado, a fin de dilucidar de una mejor manera a quién engloba el término.

¹⁸ Gibney, Matthew J., *The Ethics and Politics of Asylum. Liberal Democracy and the Response to Refugees*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 13.

¹⁹ Atak, Idil y Crépeau, François, “Asylum in the twenty-first century. Trends and challenges”, en Anna Triandafyllidou (ed.), *Routledge Handbook of Immigration and Refugee Studies*, 2da. ed., Nueva York, Routledge, 2023, p. 358.

²⁰ Carens, Joseph, *The ethics of immigration*, Nueva York, Oxford University Press, 2013, p. 195.

²¹ Cfr. Miller, David, *op. cit.*, p. 83.

2. ¿Quién es un refugiado?

Existen definiciones doctrinales de refugiado que tienen mayor sustento moral que las definiciones legales que suelen existir al respecto²² –las definiciones legales de refugiado adoptadas por los Estados suelen ser prácticamente idénticas a la definición de refugiado de la Convención–.

Sin embargo, dado que el objeto de esta tesis es evidenciar el caso de las víctimas de reclutamiento forzado –tanto antiguos miembros de pandillas que ingresaron por medio de reclutamiento forzado como aquellos que no han sucumbido a los intentos de reclutamiento forzado– para determinar si este fenómeno se podría encuadrar en la definición legal imperante de refugiado – particularmente en la definición de refugiado de la Convención–, esta tesis se enfocará en la definición de refugiado de la Convención.

2.1. Convención de Ginebra

La definición de refugiado contenida en el artículo 1A(2) de la Convención incluye cinco causales de persecución: (a) raza, (b) religión, (c) nacionalidad, (d) pertenencia a determinado grupo social, y (e) opinión política.

El problema de identificar quién califica como refugiado surge de la definición misma, ya que engloba conceptos –como el de persecución, pertenencia a determinado grupo social u opinión política– que hacen del término refugiado un concepto jurídico indeterminado, debido a que sólo pueden darle contenido las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realiza la evaluación.²³

²² Por ejemplo, David Miller entiende por refugiados a las personas que tienen como única opción para que sus derechos humanos sean protegidos el cruzar una frontera, ya sea por persecución estatal, incapacidad del Estado o catástrofes naturales prolongadas (Véase Miller, David, *op. cit.*, p. 83).

²³ Cfr. Redón Huerta Barrera, Teresita, *Los conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Administrativo*, Quito, Cevallos, 2012, p. 32.

Se reconoce que el término de ‘fundados temores’ es uno de los principales conceptos indeterminados contenidos en la definición de refugiado, sin embargo, debido a que el objetivo de la presente investigación es determinar escenarios generales, más no específicos, en donde podría considerarse que las víctimas de reclutamiento forzado podrían encuadrar dentro del concepto de refugiado, únicamente se analizará el concepto de persecución.

2.1.1. Persecución

No existe una definición universalmente aceptada del término ‘persecución’,²⁴ por lo que para dilucidar lo que se pretende englobar en el término resulta de utilidad hacer referencia al primer párrafo de los artículos 31 y 33 de la Convención, respectivamente:

Artículo 31.- Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio

1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde *su vida o su libertad estuviera amenazada* en el sentido previsto por el *artículo 1*, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.
(énfasis añadido en cursivas)

Artículo 33.- Prohibición de expulsión y de devolución (“refoulement”)

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde *su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas*.
(énfasis añadido en cursivas)

De los artículos anteriores se desprende que la persecución implica amenaza a la vida o libertad de una persona a causa de alguno de los motivos enlistados en el artículo 1 de la Convención.

²⁴ ACNUR, *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, Ginebra, 2011, párr. 51.

El haber elegido usar el término de persecución en la definición y haber especificado las cinco causales de este conlleva el que se dejen fuera todas las demás razones por las cuales se migra. Esto excluye, por ejemplo, a víctimas de hambre de la definición de refugiado.²⁵

La situación anteriormente descrita ha llevado a algunos autores a afirmar que la Convención resulta cada vez más irrelevante respecto a las crisis actuales y a las condiciones y características de los refugiados que estas producen²⁶ dejando fuera causales de huida que no fueron contempladas en 1951, al momento de redactar la Convención.

Se reconoce que el amplio margen de libertad (poder discrecional²⁷) que tienen las autoridades migratorias para determinar si alguien es un refugiado bajo la definición legal, puede permitirles reducir el concepto de persecución a su mínimo semántico, lo que en ocasiones se da por el llamado ‘miedo a las cifras’²⁸ –cuando se considera que ya existe un flujo migratorio demasiado grande–.

En los casos en que se da una interpretación demasiado restrictiva del término persecución se puede negar el estatus de refugiado a alguien a quien debería de habersele reconocido,²⁹ con lo que, en efecto, la aplicación de la Convención resultaría insuficiente para dar respuesta a crisis actuales, como es el caso del reclutamiento forzado.

En este sentido, se considera que no existe justificación moral para reconocer como refugiados únicamente a aquellos que huyen a causa de persecución, pues la forma en la cual una persona se encuentra en necesidad de protección no

²⁵ *Ibidem*, párr. 39.

²⁶ Lê Espiritu, Yén *et al.*, *Departures. An introduction to critical refugee studies*, Oakland, University of California Press, 2022, p. 31.

²⁷ Pirjola, Jari, “Shadows in paradise. Exploring non-refoulement as an open concept”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 19, núm. 4, 2007, p. 640.

²⁸ Maiani, Francesco, “The Concept of “Persecution” in Refugee Law: Indeterminacy, Context-sensitivity, and the Quest for a Principled Approach”, *Les Dossiers du Grihl*, núm. 4, 2022, párr. 15.

²⁹ *Ibidem*, párr. 29.

debería de influir en principio para que esta se otorgue o no. Empero, dado que es el enfoque actual de la mayoría de los países, se procede a explicar que, si bien no se puede incluir cualquier causal de huida, la indeterminación del término persecución permite incluir ciertos fenómenos que no se encontraban contemplados al momento de la redacción de la Convención.

El que el término persecución no se encuentre definido no es casual, Volker Türk y Frances Nicholson han descrito este fenómeno como una *comprensión profunda de la historia de la persecución*, así como un reconocimiento de la dificultad y del peligro de limitar las formas de persecución en una definición legal.³⁰

El estatus de refugiado tiene como finalidad el atender las necesidades de las personas que se encuentran en una situación intolerable en sus países de origen, y las formas en las que se genera una vida intolerable siempre pueden cambiar.³¹ Si bien tendría más fundamento moral no limitar las causales de huida solo a aquellas que se originen por persecución y aun cuando la definición de la Convención limita las causales de persecución, el que el término persecución no se haya definido al menos otorga un amplio margen de interpretación.

La indeterminación del término de persecución ha permitido su evolución al momento de interpretar o adaptar la definición de refugiado de la Convención al, por ejemplo, incluir fenómenos como abuso doméstico,³² aborto forzado,³³ matrimonios forzados,³⁴ o violencia generalizada³⁵, aun cuando pareciera que no encuadran en ninguna de las cinco causales enumeradas en el artículo 1A(2) de la Convención.

³⁰ Jari Pirjola citando a Volker Türk y Frances Nicholson, véase Pirjola, Jari, *op. cit.*, p. 640.

³¹ Maiani, Francesco, *op. cit.*, párr. 10-12.

³² *Idem.*

³³ Véase §101(a)(42) de la Ley de Inmigración y Nacionalidad de Estados Unidos de América.

³⁴ Schuster, Liza, "Unmixing migrants and refugees", en Anna Triandafyllidou (ed.), *Routledge Handbook of Immigration and Refugee Studies*, 2da. ed., Nueva York, Routledge, 2023, p. 342.

³⁵ Véase artículo 13 de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político de México y Declaración de Cartagena sobre Refugiados.

Es por lo anterior que la definición de refugiado se puede ver como una que es constante en la causa –persecución–, pero mutable en la forma en la que esta se origina³⁶ y que, siempre y cuando se evite hacer una interpretación restrictiva de la misma, se podrá incluir en el concepto de refugiado a fenómenos que no estaban contemplados al momento de su redacción, logrando así adaptar la definición a crisis actuales.

La posibilidad de incluir nuevas formas de persecución debido a la apertura de la redacción de la Convención incluye el contemplar casos de persecución que no sean realizados por las autoridades del país de origen. El comportamiento vejatorio de ciertos sectores de la población se puede equiparar a la persecución cuando es deliberadamente tolerado por las autoridades o cuando éstas no proporcionan la protección por negativa o incapacidad.³⁷

El temor de persecución del solicitante de asilo se encuentra vinculado con la falta de protección de su país de origen, por lo que no existe vínculo necesario entre la persecución y su comisión por parte de agentes estatales. Basta con que el país de origen no pueda o no otorgue dicha protección en casos de persecución realizada por agentes no estatales para que se considere persecución en el sentido de la Convención.³⁸

Es entonces que resulta ambiguo saber si algunas de las nuevas crisis podrían ser o no consideradas como formas de persecución dentro de la definición de

³⁶ Cfr. Durieux, Jean-François, “Is a New European Refugee Regime Emerging?”, *Refugee Survey Quarterly* 2001, vol. 20, núm. 2, 2001, p. 50.

³⁷ ACNUR, *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, op. cit., párr. 65; Véase artículo 6 de la Directiva 2004/83/CE del Consejo de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

³⁸ ACNUR, *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, op. cit., párr. 19; Goodwin-Gill, Guy S., op. cit., p. 4. Este estándar ha sido reconocido en diversos casos, véase *Matter of Orozco-Polanco* (18 December 1997), A75-244-012 (US Executive Office for Immigration Review); *Matter of W-G-R-*, Respondent, 26 I&N Dec. 208 (BIA 2014); *Matter of Acosta*, 19 I&N Dec., 235 (BIA 1985), por citar algunos ejemplos.

refugiado de la Convención. Como ya se mencionó, la efectividad de la figura de refugio requiere que la mayoría de las personas no puedan acceder a ella, pero tampoco puede justificarse la exclusión de quien requiere verdaderamente de la protección, por lo que es importante hacer un análisis de los factores humanos en juego³⁹ a fin de hacer un uso apropiado de la figura de refugio.

2.1.2. Estatus sujeto a cambios

Además de la complejidad que puede conllevar la adecuada interpretación del término persecución, otro tema que puede dificultar la identificación de las personas que califican como refugiados es el hecho de que esta figura no es estática. Una persona puede, por ejemplo, ser un refugiado y posteriormente convertirse en un migrante económico o viceversa.

El requisito contenido en la definición de refugiado de la Convención relativo a que la persona debe de encontrarse fuera del país de su nacionalidad para ser considerado refugiado no conlleva necesariamente el que la persona haya abandonado su país de origen debido a fundados temores de ser perseguida. La persona puede haber migrado por otros motivos y después, por un cambio de circunstancias, por ejemplo, el surgimiento de un conflicto armado en su país de origen, solicitar la condición de refugiado, lo que se denomina refugiado *sur place*.⁴⁰

También puede darse el caso contrario, en donde le fue reconocida a una persona la condición de refugiado pero que, posteriormente, la situación que generaba sus fundados temores de ser perseguida culminó, lo que sería una causal de cesación.⁴¹

³⁹ ACNUR, *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, op. cit., párr. 222.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 94; UNHCR, *Refugee Protection and International Migration*, disponible en: <https://www.unhcr.org/protection/migration/4a24ef0ca2/unhcr-refugee-protection-international-migration.html>, p. 5.

⁴¹ Véase artículo 1C de la Convención.

Además de la desaparición de las circunstancias en virtud de las cuales la persona fue reconocida como refugiada (artículos 1C (5) y (6) de la Convención), existen otras causales de cesación, como que la persona se acoja voluntariamente a la protección de su país de nacionalidad (artículo 1C (1)); que recobre voluntariamente su nacionalidad en caso de haberla perdido (artículo 1C (2)); que adquiera una nueva nacionalidad y goce de protección por parte del país de su nueva nacionalidad (artículo 1C (3)); y que voluntariamente se reestablezca en el país que había abandonado por temor a ser perseguida (artículo 1C (4)).

3. ¿Quién no puede recibir la protección del refugio?

En los apartados anteriores se abordaron las disposiciones de la Convención que se conocen como de inclusión, que son los criterios que debe cumplir una persona para que le sea reconocida su condición de refugiado bajo la Convención.⁴² También se habló brevemente de las cláusulas de cesación, en donde las condiciones de la persona a la que se le había reconocido el estatus refugiado han cambiado de forma tal que ya no requiere de la protección de refugio y lo que corresponde es la conclusión de la protección que se le otorgaba conforme a este régimen.

Ahora resulta necesario hablar de aquellos casos en donde a pesar de cumplir con lo establecido en las cláusulas de inclusión y de requerirse la protección, existe una exclusión expresa en la Convención, lo que significa que si bien la persona califica como refugiado se le excluye de la protección. Este caso se diferencia del de cesación primordialmente debido a que en la cesación se culmina con la protección que otorgaba la figura de refugio porque la persona ya no la necesita, mientras que en el caso de la exclusión la persona sí lo necesita, pero se considera que no la merece.

⁴² ACNUR, *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, *op. cit.*, párr. 31.

⁴² *Idem.*

El artículo 1F de la Convención⁴³ exceptúa de la protección del refugio a personas consideradas “a las que no se considera merecedoras de la protección internacional”,⁴⁴ que son personas que han cometido: (a) delitos contra la paz, delitos de guerra y delitos contra la humanidad; (b) delitos comunes graves fuera del país de refugio; y (c) actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas. Esta investigación se centrará en el artículo 1F(b).

Uno de los motivos por los que se suele justificar la exclusión establecida en el artículo 1F(b) de la Convención es el proteger a la comunidad de un país receptor contra el peligro que supone la admisión de una persona que ha cometido un delito grave de derecho común. Del mismo modo, de acuerdo con el ACNUR, se pretende ofrecer un trato justo a un refugiado que haya cometido uno o varios delitos comunes de carácter menos grave o un delito político.⁴⁵

Si bien se reconoce que, en principio, la búsqueda de protección del Estado receptor podría representar un motivo relevante para justificar la exclusión, en capítulos posteriores se analizará por qué este no pareciera ser realmente el objetivo de la cláusula de exclusión. En cuanto a buscar un trato justo para aquellos refugiados que cometieron delitos menos graves o políticos, no se justifica sostener que este motivo constituye un objetivo para la cláusula de exclusión, ya que bajo ese argumento el otorgar la protección de la figura de refugio a alguien que ha cometido un delito no grave sería un trato injusto para aquellos refugiados que no han cometido delito alguno.

Respecto a la aplicabilidad de la exclusión contenida en el artículo 1F(b) no es necesario probar formalmente que ha habido previamente un procedimiento penal en contra del solicitante de asilo, solo se requiere determinar que existen

⁴³ Los artículos 1D y 1E de la Convención también son de exclusión, pero no serán analizados ya que no resultan relevantes para efectos de esta investigación.

⁴⁴ ACNUR, *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, *op. cit.*, párr. 140.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 151.

“motivos fundados para considerar” que ha cometido un delito común grave fuera del país de refugio, antes de ser admitido como refugiado.⁴⁶

Debido a la gravedad de las consecuencias que implica el excluir a alguien de la protección aun cuando se considere que encuadra en la definición de refugiado –esto es, que tiene fundados temores de que su libertad o vida peligra–, es necesario tener especial cuidado en su aplicación. El ACNUR ha señalado que los siguientes elementos deberían ser considerados por la autoridad del país en donde se evalúa la solicitud de asilo a fin de determinar si aplicar o no la exclusión:⁴⁷

- (1) La naturaleza y finalidad de la comisión del delito; si se ha cometido por motivos políticos o por razones personales o con ánimo de lucro.
- (2) Si existe un nexo causal estrecho y directo entre el delito y el objeto político.
- (3) Si predomina el elemento político del delito sobre su carácter de delito de derecho común.
- (4) Si el delito supone la perpetración de atrocidades.
- (5) El equilibrio entre la naturaleza del delito y el grado de persecución temido.
- (6) Si su carácter de delincuente predomina sobre su carácter de refugiado.
- (7) Circunstancias atenuantes y agravantes.
- (8) Si se cometió el delito como medio o con ocasión de escapar del país con motivo de la persecución.

Ni la Convención ni los manuales del ACNUR para determinar la condición de refugiado mencionan cómo debe evaluarse el que el solicitante haya cometido el o los delitos bajo coacción, con excepción del caso de coacción de los niños a unirse a fuerzas armadas en donde se señala que se debe evaluar el rechazo de la

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 148.

⁴⁷ *Ibidem*, párrs. 152, 156-158.

responsabilidad individual.⁴⁸ Sin embargo, esta situación podría tomarse en cuenta en el elemento número 7 enlistado líneas arriba, como una circunstancia atenuante y en el número 6, si el carácter de delincuente predomina sobre el de refugiado.

Para aplicar correctamente las cláusulas de exclusión es necesario tomar en cuenta la *rationale* bajo las que se fundan. El ACNUR ha señalado que el artículo 1F de la Convención “enumera las categorías de personas a las que no se considera merecedoras de la protección internacional”.⁴⁹ Esta caracterización se vuelve especialmente interesante en el caso de reclutamiento forzado ¿se puede considerar como no merecedor de protección internacional a alguien que cometió un delito común grave para evitar que miembros de una organización criminal lo mataran a él y/o a algún miembro de su familia?

Para contestar la pregunta anterior debe de considerarse la naturaleza del delito y las circunstancias del caso en particular, pero parece claro que en las solicitudes de asilo de antiguos miembros de pandillas que se unieron debido a reclutamiento forzado, la coacción ejercida contra ellos es algo que debería de considerarse, como será expuesto en capítulos posteriores.

4. Reglamentación estatal. Particularidades

Un gran número de Estados han adoptado en sus legislaciones internas la definición de Refugiado contenida en la Convención, sin embargo, existen ciertos casos en los que los países han añadido ciertas particularidades, lo que conlleva incluir a más personas dentro de la definición de refugiado o hacer más tajantes ciertas exclusiones.

Debido a que la presente investigación se enfoca en el caso de solicitudes de asilo de personas que formaron o que están siendo coaccionadas para formar parte

⁴⁸ Véase ACNUR, *Directrices sobre protección internacional N° 8: solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1A(2) y 1F de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 2009, párr. 64.

⁴⁹ ACNUR, *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, *op. cit.*, párr. 140.

de organizaciones criminales en el Triángulo Norte de Centroamérica, se analizarán definiciones de los dos Estados en donde más se reciben solicitudes de asilo de este tipo: Estados Unidos de América (EE. UU.) y México.

4.1. *Estados Unidos de América*

En 2022 EE. UU., fue el primer país en recibir solicitudes de asilo, al haber sido presentadas 431,322. De las solicitudes iniciales adoptadas, aproximadamente el 47% fueron aprobadas, mientras que un 53% de ellas fueron rechazadas en primera instancia.⁵⁰ Respecto a los países de origen de los solicitantes de asilo los países del Triángulo Norte de Centroamérica y México⁵¹ se encontraron entre los que primeros lugares en solicitar refugio en EE. UU.⁵²

A continuación se señalará el número de solicitudes de asilo presentadas en 2022 en EE. UU., por personas originarias de los Estados señalados en el párrafo líneas arriba, así como el número de admisiones y rechazos. No obstante, debe de considerarse al momento de interpretar el número de admisiones y rechazos que este no es necesariamente relativo a las solicitudes presentadas en 2022, ya que pueden ser admisiones de solicitudes de años anteriores.⁵³

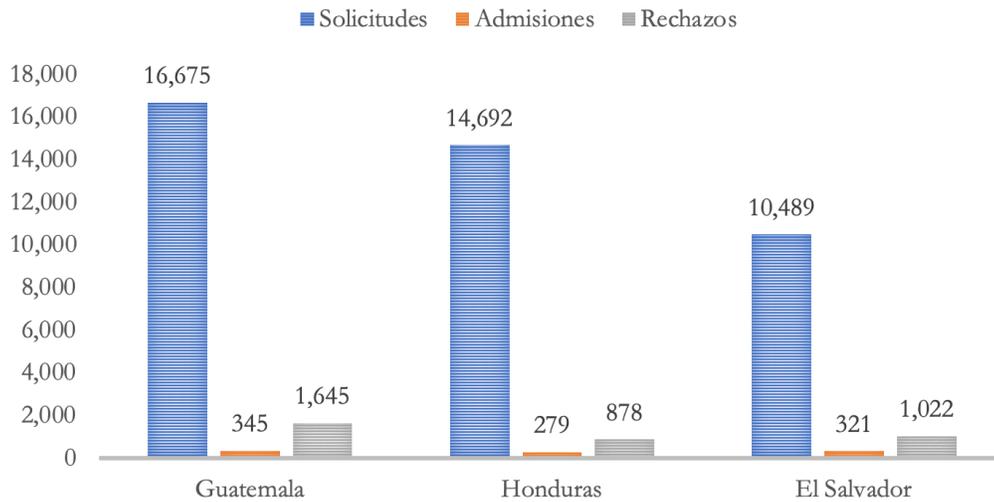
⁵⁰ Datos Mundial, “Solicitudes de asilo y refugiados en los Estados Unidos de América”, consultado el 23 de enero de 2024, disponible en: <https://www.datosmundial.com/america/usa/refugiados.php>.

⁵¹ Se considerarán también las solicitudes de asilo presentadas por nacionales mexicanos debido a que México sufre una problemática similar a la del Triángulo Norte de Centroamérica respecto al crimen organizado. Además, al momento de analizar las solicitudes de asilo presentadas en Canadá será de utilidad tomar en consideración las solicitudes de asilo presentadas por nacionales de México para identificar si la ubicación geográfica del país receptor juega un papel relevante para la efectividad de la protección del refugio.

⁵² Datos Mundial, “Solicitudes de asilo y refugiados en los Estados Unidos de América”, *op. cit.*

⁵³ *Idem.*

EE. UU.



Gráfica No. 1

La gráfica líneas arriba permiten visualizar que la mayoría de las personas que huyen de Latinoamérica son percibidas más como migrantes económicos que como refugiados por las autoridades migratorias norteamericanas. Es entonces que resulta relevante analizar la definición de refugiado de la legislación estadounidense para comprender dicha situación.

La §101(a)(42) de la Ley de Inmigración y Nacionalidad de EE. UU. (INA⁵⁴), define 'refugiado' como:⁵⁵

(A) cualquier persona que se encuentre fuera de cualquier país de la nacionalidad de dicha persona o, en el caso de una persona que no tenga nacionalidad, que se encuentre fuera de cualquier país en el que dicha persona haya residido habitualmente por última vez, y que no pueda o no quiera regresar a dicho país y no pueda o no quiera acogerse a la protección de dicho país debido a la persecución o a un temor fundado de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular, u opinión política, o (B) en las circunstancias especiales que el Presidente, previa consulta apropiada (según se define en la sección 1157(e) de este título), pueda especificar, cualquier persona que se encuentre en el país de su nacionalidad o, en el caso de una persona que no tenga nacionalidad, en el país en el que dicha persona resida habitualmente, y que

⁵⁴ Por sus siglas en inglés *Immigration and Nationality Act*.

⁵⁵ Traducción propia.

sea perseguida o tenga fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política. *El término “refugiado” no incluye a ninguna persona que haya ordenado, incitado, ayudado o participado de otro modo en la persecución de cualquier persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opinión política.* Para efectos de las determinaciones en virtud del presente capítulo, *se considerará que una persona que haya sido obligada a abortar un embarazo o a someterse a esterilización involuntaria, o que haya sido perseguida por no someterse o negarse a someterse a dicho procedimiento o por oponer otro tipo de resistencia a un programa coercitivo de control de la población, ha sido perseguida por motivos de opinión política, y se considerará que una persona que tenga fundados temores de ser obligada a someterse a dicho procedimiento o de ser objeto de persecución por no someterse, negarse u oponer resistencia, tiene fundados temores de ser perseguida por motivos de opinión política.*

(énfasis añadido)

La definición arriba transcrita tiene dos particularidades dignas de análisis. Una de ellas es incluyente y la otra es excluyente.

4.1.1. Modificación excluyente

Si bien la Convención establece en su artículo 1F(b) que las personas que han cometido un delito común grave fuera del país de refugio se encuentran excluidas de la protección de la Convención, no se especifica lo que se considera como delito común grave.

Al establecerse en la definición de refugiado de la INA que “el término refugiado no incluye a ninguna persona que haya ordenado, incitado, ayudado o participado de otro modo en la persecución de cualquier persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opinión política”, se está dando un caso en el que no se permite la interpretación de la exclusión por delito común grave. Esta exclusión se repite en la §208b (2) de la INA.

En este caso se restringe la discrecionalidad de la autoridad migratoria para decidir si este tipo de delitos deben ser considerados como graves y, por tanto, si

debe rechazar la solicitud de asilo, al señalarse tajantemente como una causal de exclusión.

La exclusión especificada en la definición parece razonable, ya que se entiende que no se le dará al solicitante protección si este a su vez ha cometido los hechos por los cuales busca dicha protección. Sin embargo, como se desarrollará más adelante, en ciertos casos puede llegar a ser moralmente cuestionable aplicar la exclusión por ese motivo, sobre todo si se considera que no puede existir ningún tipo de excepción o matiz a la misma, por lo que se sostiene que también se deberían de considerar las circunstancias atenuantes en este caso.

Esta particularidad resulta relevante en la presente investigación debido a que en casos de antiguos miembros de organizaciones criminales puede resultar frecuente que estos se hayan visto involucrados en la persecución de otros, por lo que será necesario determinar si el que hayan realizado estos actos por coacción tendría algún efecto en la aplicación o no de la exclusión.

4.1.2. Modificación incluyente

Otro aspecto que destacar de la definición de refugiado de la INA es que incluye expresamente formas coercitivas de control de la población como persecución por motivos de opinión política.

De acuerdo con el ACNUR, para solicitar refugio bajo la causal de opiniones políticas el solicitante debe tener opiniones no toleradas por las autoridades y estas opiniones deben versar sobre críticas de su política o de sus métodos.⁵⁶ Cabe señalar que una creencia política también puede estar relacionada con normas defendidas por poderosos grupos no estatales basadas en principios religiosos, sociales, culturales o étnicos, o en costumbres.⁵⁷

⁵⁶ ACNUR, *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, op. cit., párr. 80.

⁵⁷ Von Sternberg, Mark R., *The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law: Canadian and United States Case Law Compared*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2002, p. 161.

En la definición de refugiado de EE. UU., se incluyen expresamente casos de control de la población, por lo que en este escenario también se limita la discrecionalidad de las autoridades migratorias, pero en este caso la limitación juega en beneficio del solicitante de asilo al tutelarse casos especiales en donde se busca asegurar que exista protección.

Lo anterior es un ejemplo de que puede resultar útil clarificar que ciertos escenarios califican como persecución por una de las causales existentes a fin de garantizar la protección a solicitantes de asilo por motivos de persecución recurrentes y con motivo de crisis actuales, sin dejar la decisión a la discrecionalidad de la autoridad migratoria y así evitar que existan casos en donde no se otorgue protección a alguien que debería de otorgársele.

Bajo el Título 8 del Código de Reglamentos Federales de EE. UU.,⁵⁸ la protección bajo el principio de no devolución también se da en casos de tortura por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura), lo que implica que podría aplicarse el principio de no devolución en casos que no necesariamente se consideren de refugio. No obstante, debe recordarse que el refugio no solamente busca la no devolución del refugiado al lugar en donde existen fundados de que sea perseguido, sino que se le reconocen un conjunto de derechos que no se contemplan en el caso de la Convención contra la Tortura, por lo que resulta relevante determinar bajo qué figura se otorgará la protección al solicitante.

⁵⁸ Traducción propia, Nombre original: *Code of Federal Regulations*.

4.2. México

En 2022 fueron recibidas en México 118,344 solicitudes de asilo,⁵⁹ con lo que fue el quinto país en recibir dichas solicitudes.⁶⁰ De las solicitudes iniciales adoptadas, alrededor del 62% fueron aprobadas y el 38% rechazadas en primera instancia. Una relación inversamente proporcional a la que ocurre en los EE. UU. Cabe mencionar que solo fueron procesadas 35,029 solicitudes de asilo, incluyendo solicitudes de años anteriores. Respecto a los países de origen de los solicitantes de asilo, los países del Triángulo Norte de Centroamérica se encontraron entre los primeros lugares.⁶¹

A continuación se señalará el número de solicitudes de asilo presentadas en México en 2022 por personas originarias del Triángulo Norte de Centroamérica, así como el número de admisiones y rechazos. Al igual que en el caso de las solicitudes realizadas en EE. UU., debe de considerarse al momento de interpretar los números de admisiones y rechazos que estos no son necesariamente relativos a las solicitudes presentadas en 2022, ya que pueden ser admisiones de solicitudes de años anteriores.⁶²

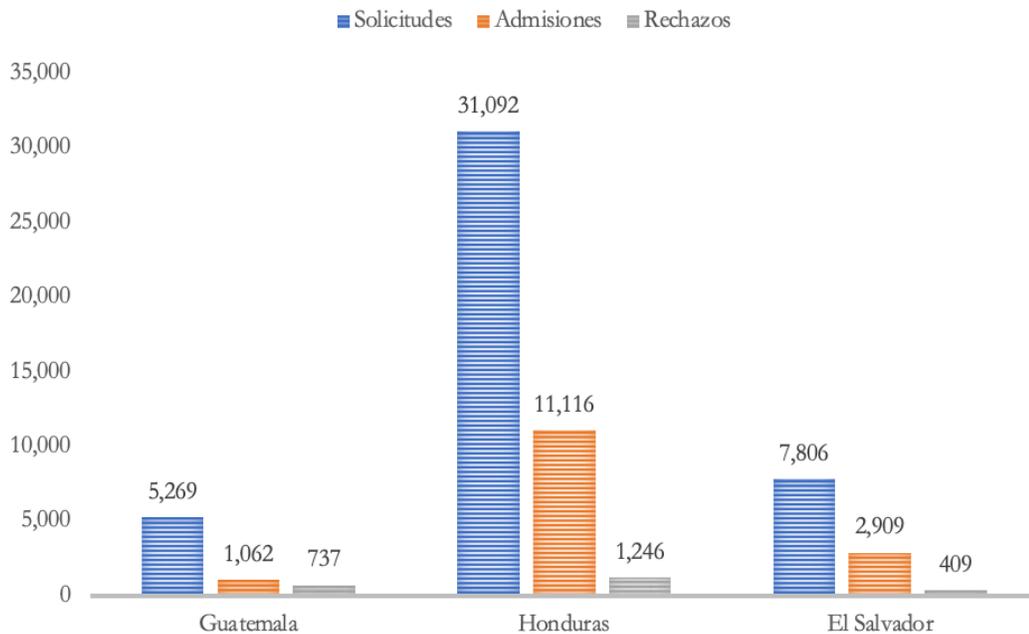
⁵⁹ 12,283 solicitudes de asilo menos respecto a 2021, véase Brewer, Stephanie *et al.*, *Luchando por sobrevivir: la situación de las personas solicitantes de asilo en Tapachula*, México, WOLA, 2022, p. 7.

⁶⁰ El caso de México es particular, pues si bien fue el quinto país en recibir solicitudes de asilo también hubo un gran número de solicitantes de asilo provenientes de México: 26,222. En contraste, únicamente 1,551 nacionales de EE. UU., y 115 nacionales de Canadá solicitaron refugio en el extranjero. Véase Datos Mundial, “Solicitudes de asilo y refugiados en México”, consultado el 23 de enero de 2024, disponible en: <https://www.datosmundial.com/america/mexico/refugiados.php>; Datos Mundial, “Solicitudes de asilo y refugiados en los Estados Unidos de América”, *op. cit.*; Datos Mundial, “Solicitudes de asilo y refugiados en Canadá”, consultado el 23 de enero de 2024, disponible en: <https://www.datosmundial.com/america/canada/refugiados.php>.

⁶¹ *Idem.*

⁶² *Idem.*

MÉXICO



Gráfica No. 2

En comparación con los números que se aprecian en el cuadro relativo a las solicitudes de asilo presentadas en EE. UU., es claro que el número de admisiones en México es mucho más elevado. Al respecto, resulta de utilidad analizar la definición de refugiado contenida en la legislación mexicana.

El artículo 13 de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político,⁶³ establece que se reconocerá la condición de refugiado a:

(...) todo extranjero que se encuentre en territorio nacional, bajo alguno de los siguientes supuestos:

I. Que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, 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

⁶³ Antes denominada “Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria”.

acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él;

II. Que ha huido de su país de origen, porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por *violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público*, y

III. Que debido a circunstancias que hayan surgido en su país de origen o como resultado de actividades realizadas, durante su estancia en territorio nacional, tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, o su vida, seguridad o libertad pudieran ser amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

(énfasis añadido)

De la definición de refugiado transcrita líneas arriba se observa que México contempla más supuestos para solicitar refugio que la Convención, al adicionar como causal cuestiones que hayan perturbado el orden público del país de origen, entre ellas, la violencia generalizada. Esta adición explica en parte la diferencia entre el número de admisiones de México y el de EE. UU., sobre todo si se considera el contexto de violencia por el crimen organizado que se vive en Latinoamérica.

La adición visualizada en la definición de refugiado contenida en la legislación mexicana se debe a la adhesión de México a la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (Declaración de Cartagena),⁶⁴ en donde expresamente se reconoce la necesidad de ampliar el término de refugiado por el contexto vivido en el área centroamericana.

De la redacción de la conclusión tercera contenida en la Declaración de Cartagena se desprende que la violencia generalizada no es una causal de

⁶⁴ Adoptada por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

persecución conforme a la Convención, con lo que se descarta que aún bajo una interpretación amplia se pueda llegar a esta conclusión.

No obstante, se sostendrá en capítulos posteriores que el caso de reclutamiento forzado no debe ser solamente comprendido como una consecuencia de violencia generalizada, sino que por sus elementos podría considerarse dentro de alguno de las cinco causales de la Convención, situación relevante de analizar debido a que EE. UU., no forma parte de la Declaración de Cartagena y a que la definición de refugiado contenida en su legislación no contempla a la violencia generalizada como causal de persecución.

El motivo por el cual se da relevancia en determinar que bajo la legislación estadounidense también se podría considerar como refugiado una persona que huye a causa del reclutamiento forzado, es que si bien en México la legislación contemplaría este escenario de manera más clara, las condiciones en las que viven los migrantes y solicitantes de asilo en México, así como los largos tiempos de espera son tales que los migrantes han protestado cosiéndose los labios⁶⁵, con huelgas de hambre y encadenándose.⁶⁶

Esta investigación no ahondará en las deficiencias de las políticas migratorias de EE. UU., y México porque rebasa su alcance, sin embargo, se quiere destacar la importancia que tiene el que las víctimas de reclutamiento forzado puedan solicitar asilo en un Estado que pueda proteger efectivamente a aquellos que huyen de persecución a fin de que la figura tenga sentido.

Es entonces, que, si bien se reconoce la importancia de esta evolución en la definición de refugio, no debe pasarse por alto que México padece de problemas de

⁶⁵ BBC Mundo, “Un grupo de migrantes varados en la frontera sur de México se cose la boca en señal de protesta”, 17 febrero 2022, consultado el 11 de marzo de 2023, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-60418725>.

⁶⁶ Los Angeles Times, “México: Migrantes se encadenan para presionar la entrega de papeles”, 6 de febrero de 2022, consultado el 11 de marzo de 2023, disponible en: <https://www.latimes.com/espanol/mexico/articulo/2022-02-06/mexico-migrantes-se-encadenan-para-presionar-la-entrega-de-papeles>.

crimen organizado muy similares a los que acontecen en el Triángulo Norte de Centroamérica, lo que en muchas ocasiones genera situaciones desfavorables para los solicitantes de asilo, incluso generándose nuevas persecuciones.⁶⁷

Las Maras tienen mayor presencia en el Triángulo Norte de Centroamérica, pero en México se encuentran algunas de las organizaciones criminales más poderosas de América, como es el caso del cártel de Sinaloa,⁶⁸ además de que conviven al menos 150 bandas del crimen organizado.⁶⁹

La problemática del crimen organizado en México se ve acompañada de un alto índice de impunidad. Cerca del 90% de los delitos no se denuncian, de los delitos denunciados una tercera parte no se investiga y menos del 16% de las investigaciones se resuelven (ya sea por medio de sentencia, mediación o cualquier otra forma de resarcimiento), lo que implica que las autoridades mexicanas resolvieron alrededor del 1% de los delitos cometidos en 2021;⁷⁰ de ese 1%, el 38% de los que fueron sentenciados manifestó haber confesado la comisión de un delito sólo porque las autoridades habían ejercido violencia física o amenazas para hacerlo.⁷¹

La problemática referente a la respuesta frente al crimen organizado se intensifica porque en las prisiones de México, al igual que en las del Triángulo Norte

⁶⁷ Véase Izcara Palacios, Simón Pedro, “Violencia hacia los migrantes en Tamaulipas” en Pardo Montaño, Ana Melisa y Dávila Cervantes, Claudio Alberto (coord.), *Explorando conexiones. Abordajes conceptuales y metodológicos para el análisis de la violencia y la migración en México*, México, Facultad de Filosofía y Letras (UNAM), Fides Ediciones, 2021.

⁶⁸ Rosen, Jonathan, “Understanding support for tough-on-crime policies in Latin America: The cases of Mexico, El Salvador, and Honduras”, *Latin American Policy*, vol. 12, 2021, p. 117.

⁶⁹ Reina, Elena, Los agujeros negros de México: cada rincón tomado por el narco, El País, 8 de mayo de 2022, consultado el 23 de mayo de 2023, disponible en: <https://elpais.com/mexico/2022-05-08/los-agujeros-negros-de-mexico-cada-rincon-tomado-por-el-narco.html>.

⁷⁰ Human Rights Watch, *México. Eventos de 2022*, disponible en: <https://www.hrw.org/es/world-report/2023/country-chapters/mexico#:~:text=de%20grupos%20delictivos-.M%C3%A9xico%20es%20uno%20de%20los%20pa%C3%ADses%20m%C3%A1s%20peligrosos%20del%20mundo.periodistas%20recurren%20a%20la%20autocensura>; Reina, Elena, La impunidad crece en México: un 94,8% de los casos no se resuelven, El País, 5 de octubre de 2021, consultado el 23 de mayo de 2023, disponible en: <https://elpais.com/mexico/2021-10-05/la-impunidad-crece-en-mexico-un-948-de-los-casos-no-se-resuelven.html>.

⁷¹ Human Rights Watch, *México. Eventos de 2022*, op. cit.

de Centroamérica, los miembros de las organizaciones criminales siguen operando e incluso las dirigen.⁷²

El crimen organizado es una de las causas del creciente número de desapariciones forzadas en México.⁷³ Al mes de septiembre de 2022 más de 105,000 personas estaban registradas como desaparecidas,⁷⁴ se estima que varias personas han sido asesinadas y enterradas en fosas ocultas por autoridades y grupos delictivos. Las autoridades mexicanas encontraron, entre 2006 y 2021, aproximadamente 4,000 fosas con dichas características.⁷⁵ Cabe mencionar que al 26 de noviembre de 2021 únicamente se habían emitido 36 sentencias relativas a casos de desaparición.⁷⁶

En relación con los desplazamientos internos causados por la violencia en México, de enero a diciembre de 2022, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH) estima que el número de

⁷² Rosen, Jonathan, *op. cit.*, p. 122.

⁷³ Véase Hiriart, Pedro, *Gobierno de México y crimen organizado son responsables de desapariciones forzadas: ONU*, El Financiero, 12 de abril de 2022, consultado el 8 de febrero de 2024, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/2022/04/12/gobierno-de-mexico-y-crimen-organizado-son-responsables-de-desapariciones-forzadas-onu/#:~:text=La%20ONU%20se%20B1al%20B3%20que%20en,el%20paradigma%20del%20crimen%20perfecto.&text=El%20Comit%C3%A9%20Contra%20las%20Desapariciones,de%20desapariciones%20forzadas%20en%20M%C3%A9xico>.

⁷⁴ Human Rights Watch, *México. Eventos de 2022*, *op. cit.*

Dado que la mayoría de los delitos no se denuncian se estima que esta cifra podría ser mucho más alta. Véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “México: El oscuro hito de 100,000 desapariciones refleja un patrón de impunidad, advierten expertos de la ONU”, 17 de mayo de 2022, consultado el 8 de febrero de 2024, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/statements/2022/05/mexico-dark-landmark-100000-disappearances-reflects-pattern-impunity-un-experts>, p. 1.

⁷⁵ Human Rights Watch, *México. Eventos de 2022*, *op. cit.*

⁷⁶ Comité de las Naciones Unidas contra la Desaparición Forzada, “Informe del Comité contra la Desaparición Forzada sobre su visita a México al amparo del artículo 33 de la Convención”, 12 de abril de 2022, consultado el 8 de febrero de 2024, disponible en: <https://hchr.org.mx/comite/informe-del-comite-contra-la-desaparicion-forzada-sobre-su-visita-a-mexico-al-amparo-del-articulo-33-de-la-convencion/>, p. 5.

personas desplazadas ascendió a 9,741 y de acuerdo con el registro histórico-acumulativo, el número ascendía hasta diciembre de 2020 a 356,792.⁷⁷

Lo anterior tiene como consecuencia que en México, al igual que en el Triángulo Norte de Centroamérica, la violencia ejercida por el crimen organizado sea una de las principales causas de desplazamiento forzado.⁷⁸

Los migrantes y refugiados que pretenden permanecer en México y aquellos que están de paso son especialmente vulnerables al problema de violencia originada por el crimen organizado, ya que enfrentan grandes dificultades para denunciar formalmente los delitos y en caso de lograrlo suelen no atenderse de manera efectiva.⁷⁹

Migrantes y refugiados suelen ser víctimas de reclutamiento forzado, secuestro, robo, extorsión, tortura y violación sexual cometidos por miembros de organizaciones criminales, estos crímenes frecuentemente se dan con la aprobación tácita y complicidad de las autoridades mexicanas, quienes incluso pueden llegar a ser los agentes de los delitos.⁸⁰

Como puede observarse, en adición a los países que componen la región del Triángulo Norte de Centroamérica, México también destaca por la violencia relacionada con el crimen organizado,⁸¹ así como por no poder otorgar una protección eficaz ante esta problemática.

Si bien no se espera que un Estado garantice a todos sus ciudadanos el mayor grado de protección en todo momento, la protección que pueda otorgar debe ser real y eficaz. Los factores que sirven para identificar la falta de protección efectiva

⁷⁷ Pérez Vázquez, Brenda Gabriela, *et al.*, *Episodios de Desplazamiento Interno Forzado Masivo en México. Informe 2020*, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, México, 2021, pp. 38 y 40.

⁷⁸ Brewer, Stephanie *et al.*, *op. cit.*, p. 14.

⁷⁹ Médecins Sans Frontières, *op. cit.*, pp. 4, 5 y 7; Human Rights Watch, *México. Eventos de 2022*, *op. cit.*; Izcarra Palacios, Simón Pedro, *op. cit.*, pp. 99, 100, 102 y 105.

⁸⁰ Médecins Sans Frontières, *op. cit.*, p.6.

⁸¹ Rosen, Jonathan, *op. cit.*, p. 116.

del Estado ante el crimen organizado son: la falta de medidas de seguridad para personas en riesgo de sufrir violencia por parte de las pandillas; desinterés social generalizado para recurrir al auxilio de las autoridades estatales por considerarlo inútil o incluso riesgoso; prevalencia de corrupción, impunidad y alto índice de delitos graves.⁸²

De la problemática narrada se desprende la importancia de analizar si la definición de refugiado contenida en la Convención –y en la INA– podría englobar a víctimas de reclutamiento forzado, pues si bien México contempla a la violencia generalizada como causal de persecución, es un Estado que no se encuentra en condiciones de poder otorgar protección efectiva a refugiados que huyen de una problemática muy similar a la que él mismo enfrenta, y que, de hecho, sus propios ciudadanos huyen por esa razón. Aunado al hecho de que migrantes y refugiados son un grupo especialmente vulnerable a la persecución de organizaciones criminales en México.

4.3. Consideraciones generales respecto a definiciones estatales de refugiado

De los apartados anteriores se puede apreciar que existen ocasiones en las que los Estados han otorgado una protección más amplia en sus legislaciones que la contemplada en la Convención. Lo anterior se ha hecho a través de una interpretación amplia de alguna de las causales o añadiendo causales para ser considerado como refugiado en su legislación interna.

En el caso de EE. UU., se optó por hacer una interpretación amplia de la causal de opinión política dentro de la misma definición a fin de considerar expresamente formas de control de la población como persecución por motivos de opinión política. Además de hacer una interpretación amplia, la legislación de EE. UU., añade o interpreta en la misma definición de refugiado una causal de exclusión de la

⁸² ACNUR, *Nota de Orientación sobre las Solicitudes de la Condición de Refugiado relacionadas con las Víctimas de Pandillas Organizadas*, Ginebra, 2010, párrs. 27, 28.

protección, en donde expresamente deja fuera a aquellos que, a su vez, han sido agentes de persecución.

México contempla causales adicionales en su definición de refugiado como la violencia generalizada, conflictos internos y violencia masiva de derechos humanos, debido al reconocimiento de la problemática centroamericana que se dio en la Declaración de Cartagena.⁸³

Si bien se reconoce la importancia de la Declaración de Cartagena y la relevancia de incluir expresamente otras formas de persecución dentro de la definición legal de refugiado debido a la problemática que aqueja a Centroamérica, resulta interesante que la recomendación de ampliar la definición se haga a los países a los que aqueja la problemática. Es decir, se busca que países otorguen protección a personas que huyen de otros países con los mismos problemas que existen en su país, por lo que cabría cuestionarse si con esto se puede otorgar una protección efectiva a las personas de la región que huyen del crimen organizado.

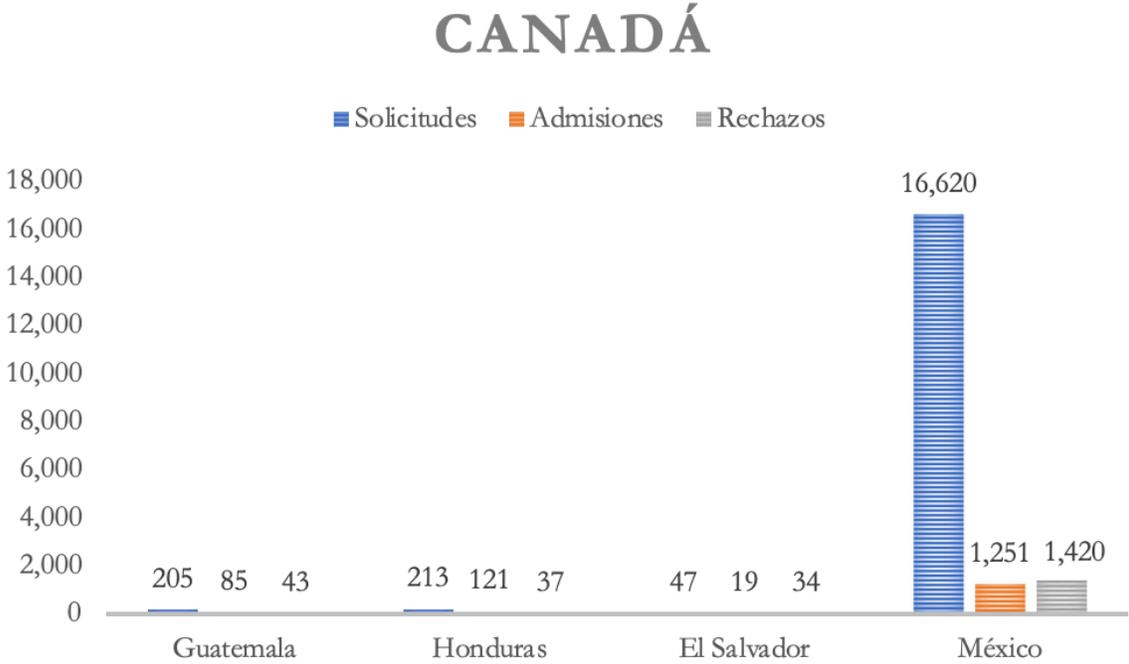
Lo anterior refuerza la importancia de fundamentar porqué el reclutamiento forzado debe ser considerado una forma de persecución para los efectos de la definición refugiado de la Convención, debido a que EE. UU., y Canadá parecerían ser los países de la región que podrían otorgar una real protección en estos casos.

No obstante, debido a la ubicación geográfica de EE. UU., es de esperarse que reciba un mayor número de solicitudes de asilo que Canadá, como de hecho acontece. En este sentido, resulta de utilidad señalar el número de solicitudes realizadas en Canadá en 2022 para contrastarla con la Gráfica 1 (Solicitudes en EE. UU.).

Se recuerda que el número de admisiones y rechazos no coincide con el de solicitudes porque las admisiones y rechazos de 2022 consideran solicitudes que

⁸³ Existen otros países que incluyen otras causales para solicitar refugio, por ejemplo, en el artículo 3 de la Ley 12/2009 de España, se añade como causal para solicitar refugio el género u orientación sexual.

fueron resueltas en dicho año, pero que pudieron haberse presentado en años anteriores, además de existir un rezago en las decisiones de las solicitudes de asilo:

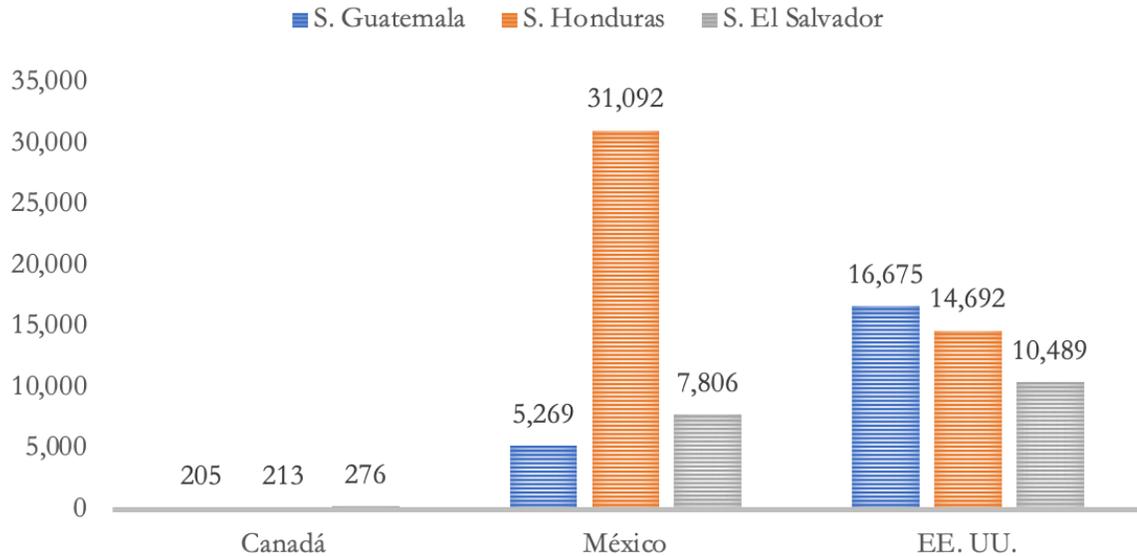


Gráfica No. 3

Se puede identificar que el número de solicitudes presentadas está relacionado con la cercanía del país receptor con el país de origen. El hecho de que el número de solicitudes de asilo en Canadá de personas originarias de México sea considerablemente mayor al de las solicitudes de personas originarias del Triángulo Norte de Centroamérica refuerza el argumento.

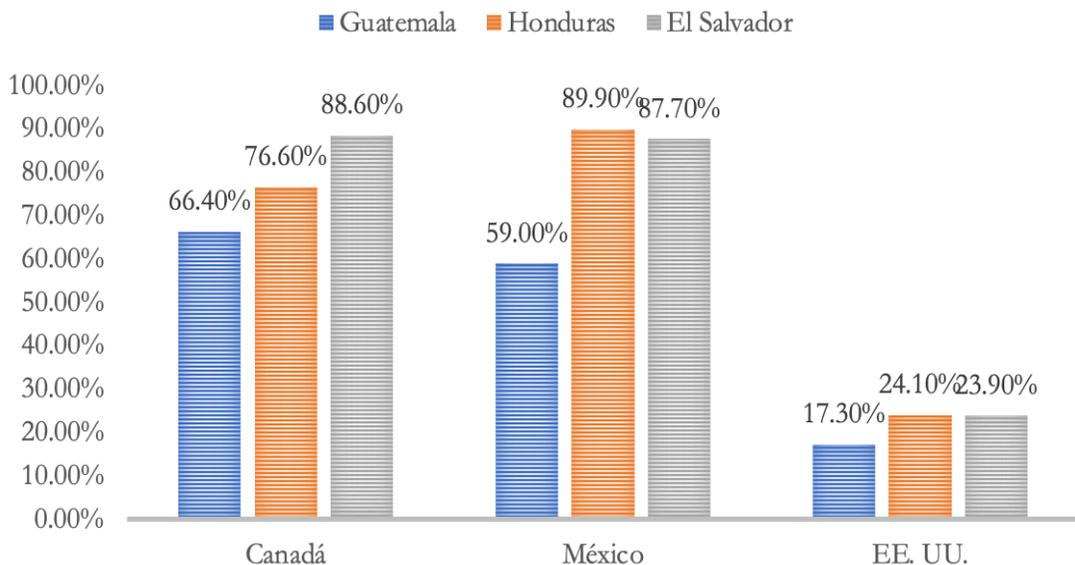
Las siguientes gráficas respecto al número de solicitudes presentadas por solicitantes originarios de algún país del Triángulo Norte de Centroamérica y respecto a la tasa de aceptación, respectivamente, ilustran el punto:

NÚMERO DE SOLICITUDES



Gráfica No. 4

TASA DE ACEPTACIÓN



Gráfica No. 5

Resulta significativa la diferencia entre las solicitudes recibidas en EE. UU., y México respecto a Canadá, sobre todo si se considera la diferencia entre la tasa de aceptación de EE. UU. Y Canadá, así como el nivel socioeconómico y de seguridad

entre México y Canadá. Lo que refleja que EE. UU., y México son los países más accesibles geográficamente para los solicitantes de asilo.

Debido a que la tasa de aceptación de EE. UU., es significativamente menor a la de México –y Canadá–, así como los problemas de crimen organizado que también aquejan a México –que hacen que EE. UU., sea el primer país realmente seguro al que llegan personas provenientes del Triángulo Norte de Centroamérica que huyen del reclutamiento forzado–, resulta especialmente relevante que su interpretación de refugiado dé una respuesta moralmente satisfactoria a la crisis de reclutamiento forzado que se vive en Latinoamérica, principalmente en la región del Triángulo Norte de Centroamérica, por lo que la presente investigación hará un especial énfasis en EE. UU.

5. Consideraciones finales sobre la definición de refugiado

Es importante reconocer la dificultad que conlleva el determinar si alguien es o no un refugiado de conformidad con el régimen legal imperante. Esto puede variar por la interpretación que se haga de los términos indeterminados contenidos en la definición de la Convención o por las modificaciones a la definición adoptadas en el país receptor aplicable.

La interpretación que se haga de términos o frases como persecución, opinión política y pertenencia a determinado grupo social resulta de suma trascendencia, toda vez que, en el Derecho, la interpretación de una palabra o de una frase concreta puede conllevar el que una persona pueda ejercer efectivamente sus derechos y/o acceder a ciertos recursos o beneficios.⁸⁴ En el caso de refugio, lo anterior se hace evidente.

En el Capítulo III se analizará si el reclutamiento forzado podría ser considerado dentro de una de las causales de persecución contenidas en la

⁸⁴ Khoday Amar, "Resisting Criminal Organizations. Reconceptualizing the 'political' in International Refugee Law", *McGill Law Journal*, vol. 61, núm. 3, 2016, p. 468.

Convención, especialmente analizando las causales de opinión política y pertenencia a determinado grupo social, por lo que en este capítulo resultaba de relevancia delimitar la flexibilidad del término persecución, así como para fundamentar la importancia del análisis.

Una de las críticas que se hace a la Convención, es que no incluye como causal de persecución a la violencia generalizada⁸⁵ que es una de las crisis actuales que enfrenta Latinoamérica respecto al desplazamiento forzado. Sin embargo, la flexibilidad del término persecución es tal que puede englobar ciertos fenómenos que aquejan a la región, en particular el caso del reclutamiento forzado.

Como mencionado, existen definiciones doctrinales de refugiado más amplias que la adoptada en la Convención, como la de David Miller, quien entiende por refugiados a las personas cuyos derechos humanos no pueden ser protegidos excepto cruzando una frontera, ya sea por persecución o incapacidad estatal.⁸⁶ Y que a su vez define a los derechos humanos como aquellos cuya posesión permite a las personas cumplir con sus necesidades humanas, protegiéndolas contra diversas amenazas potenciales. Las necesidades humanas a las que se refiere son aquellas que deben ser satisfechas para que las personas puedan llevar una vida mínimamente decente.⁸⁷

Si bien sería más apropiado adoptar una definición como la señalada líneas arriba para englobar y dar respuesta más fácilmente a diversas crisis contemporáneas, debido a la renuencia de los países para adoptar una definición tan amplia, y a que la mayoría de ellos ha adoptado la definición de la Convención o una muy similar, se considerará la definición de la Convención para identificar si aun con sus limitaciones se podría otorgar protección a víctimas de reclutamiento forzado (así como la definición de refugiado de la INA de EE. UU.).

⁸⁵ Lê Espiritu, Yên *et al.*, *op. cit.*, p. 33.

⁸⁶ Miller, David, *op. cit.*, p. 83.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 32.

El análisis de la definición de refugiado de la Convención es relevante para identificar quién puede ser considerado como refugiado, empero, para identificar a quién efectivamente le será otorgada la protección de refugio también debe de analizarse la cláusula de exclusión de la Convención.

La interpretación de la exclusión contenida en el artículo 1F(b) de la Convención se hará desde un ámbito moral, en donde se pretende identificar si los casos de reclutamiento forzado, al haber sido realizados por medio de coacción, así como los delitos cometidos bajo este escenario, podrían conllevar una excepción a la exclusión o determinar cuál sería el papel que la coacción jugaría en dichos supuestos.

CAPÍTULO II.

IMPLICACIONES MORALES DEL RECLUTAMIENTO FORZADO

El reclutamiento forzado se origina por las amenazas que los miembros de los grupos delictivos infligen en la víctima. Hay personas que logran huir o que prefieren afrontar las consecuencias de no acceder a entrar a las organizaciones criminales a pesar de la gravedad de las amenazas, pero hay otras que acceden a formar parte de ellas para evitar su muerte y, en algunos casos, la de algún miembro de su familia.

En el primer caso ¿se puede determinar que esta forma de persecución se puede englobar en alguna de las cinco causales establecidas en la Convención?; y en el último caso, ¿se puede considerar que esta acción (de unirse y, en algunos casos, cometer delitos derivados de la pertenencia a la pandilla a causa de la coacción ejercida) se encuentra moralmente justificada o excusada?

Como se ha mencionado, los jóvenes son las principales víctimas de reclutamiento forzado. Se entiende en esta investigación por reclutamiento forzado al fenómeno por medio del cual una persona se convierte en miembro de una organización criminal mediante coacción.⁸⁸ Los miembros de las Maras llegan a amenazar con matar a los jóvenes, ejercer violencia sexual y/o matar a otros miembros de su familia.⁸⁹ Las amenazas suelen ir acompañadas de violencia física.⁹⁰

Debido al contexto de violencia ejercida por el crimen organizado en el Triángulo Norte de Centroamérica se puede asumir, *prima facie*, que las víctimas de reclutamiento forzado en esta región tienen un miedo razonable a que sus perseguidores cumplan con sus amenazas si no acceden a unirse a ellas.

⁸⁸ Cfr. ACNUR, *Nota Informativa sobre Protección Infantil. Reclutamiento de Niños y Niñas*, Ginebra, 2013, p. 2.

⁸⁹ Véase: *Matter of S-E-G-, et al.*, 24 I&N Dec. 579 (BIA 2008); *Del Carmen Molina v. I.N.S.*, 170 F.3d 1247 (9th Cir. 1999); *Matter of M-E-V-G-*, 26 I&N Dec. 227 (BIA 2014).

⁹⁰ Véase: *Matter of M-E-V-G-*, 26 I&N Dec. 227 (BIA 2014).

Debido a la gravedad de las amenazas y a la credibilidad de su ejecución, parecería que quienes acceden a unirse a estas organizaciones por medio de reclutamiento forzado se encuentran excusados en hacerlo. Es decir, el que alguien haya accedido a unirse a una pandilla para evitar graves repercusiones contra él y/o contra su familia cuenta moralmente como excusa para hacerlo.

No obstante, debido a que el incorporarse a dichas organizaciones implica, generalmente, la comisión de delitos, algunos de ellos graves, deben analizarse varios elementos antes de llegar a una conclusión sobre las razones morales que puedan llegar a existir de tomar dicha decisión y el grado de responsabilidad de las decisiones y acciones subsecuentes.

1. El rol de la coacción en el reclutamiento forzado

De acuerdo con las Directrices del ACNUR, la coacción se da cuando la persona en cuestión realiza un acto para evitar necesaria y razonablemente una amenaza de muerte inminente, o de daño corporal grave continuado o inminente para sí misma o para otra persona, y la persona no tiene intención de causar un daño mayor que el que pretende evitar.⁹¹

Lo dispuesto por el ACNUR respecto a los elementos de coacción son compatibles con los que suelen ser considerados en jurisdicciones nacionales, en donde se suele considerar que para que se dé un caso de coacción: (i) debe existir una amenaza muy grave; (ii) debe existir una creencia razonable de que la amenaza se llevaría a cabo; (iii) no debe existir ninguna vía segura de escape; (iv) proporcionalidad entre el daño amenazado y el daño infligido; y (v) el acusado no debe haber participado voluntariamente en un grupo o en actividades a sabiendas

⁹¹ Baluarte, David, "Refugees Under Duress: International Law and the Serious Nonpolitical Crime Bar", *Belmont Law Review*, 2022, p. 425

de que las amenazas y la coacción para cometer un delito eran un posible resultado de la participación.⁹²

Resulta claro que el reclutamiento forzado es un caso de coacción por amenaza, pues la persona frente a la que se ejerce la coacción se ve obligada a decidir entre ingresar a una organización criminal o asumir que la amenaza realizada por los miembros de la organización criminal, la cual suele ser muy grave, se lleve a cabo. Debido al contexto del Triángulo Norte de Centroamérica se puede considerar que, generalmente, en estos casos existe una creencia razonable por parte de la víctima de reclutamiento forzado de que la amenaza se lleve a cabo y que no existe una vía de escape.

En los casos de coacción por amenaza quien ejerce la coacción obliga al sujeto coaccionado a deliberar racionalmente sobre los pros y los contras de realizar cierta acción. Lo anterior implica que, en los casos de amenaza condicional, como es el caso del reclutamiento forzado, el agente se encuentra implicado en la deliberación,⁹³ es decir, de él depende en una última instancia llevar o no a cabo la acción.

En el reclutamiento forzado la víctima está sometida, en cierto grado, a la voluntad de otro, pues en caso de que acepte unirse esta decisión no será plenamente voluntaria;⁹⁴ sin embargo, como sujeto coaccionado conserva la posibilidad de decidir resistir la amenaza, esto es, puede sopesarla e ir en su contra.⁹⁵

⁹² Véase *McMillan v. State*, 51 A.3d 623 (Md. 2012); Keyes, Elizabeth A., “Duress in Immigration Law”, *Seattle University Law Review*, vol. 44, 2021, pp. 316, 318 y 319; Bond, Jennifer, “The defence of duress in Canadian refugee law”, *Queen’s LJ*, 2016, vol. 41, pp. 428 y 429.

⁹³ Bagnoli, Carla, “Claiming Responsibility for Action Under Duress”, *Ethical Theory and Moral Practice*, 2018, vol. 21, núm. 4, pp. 853, 855 y 862.

⁹⁴ Nozick, Robert, “Coercion” en Morgenbesser, Sidney *et al.* (eds.), *Philosophy, Science, and Method: Essays in Honor of Ernest Nagel*, Nueva York, St. Martin’s Press, 1969, p. 459.

⁹⁵ Cfr. Nozick, Robert, *Philosophical explanations*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 309.

Es entonces que el dilema nace porque a pesar de que el sujeto coaccionado es quien decidirá en última instancia si unirse o no a la organización delictiva, su voluntad se encuentra comprometida, él es víctima de la coacción. Existen ocasiones en que el negarse a unirse conllevaría costes tan altos que cabría la posibilidad de que constituyera uno de esos casos en donde es racionalmente imprudente resistirse a la coacción,⁹⁶ lo que implicaría que no pudiera hacerse un reproche moral contra el sujeto por haber sucumbido ante la amenaza o que el reproche moral sea atenuado.

En este sentido, no se puede exigir una obediencia irrestricta a las leyes en situaciones excepcionales en donde los instintos humanos normales impulsan abrumadoramente a la desobediencia,⁹⁷ pero es difícil saber hasta qué punto se puede considerar que buscar evadir la ejecución de la amenaza excusa la comisión de actos aberrantes.

Existen casos de coacción en el que el agente coaccionado es el único que se encuentra en riesgo de sufrir algún perjuicio, como sería el caso de las víctimas de un asalto en donde la acción que tienen que realizar para evitar la amenaza implica, generalmente, solamente una pérdida de su patrimonio y la consecuencia de no cumplir la amenaza implica, generalmente, un daño solamente a su persona.

En los casos de reclutamiento forzado existen dos diferencias relevantes respecto al caso anteriormente descrito, la primera es que el unirse a una organización criminal suele implicar que el sujeto coaccionado se involucre en la comisión de delitos en donde afectará a terceras personas, por lo que se volverá complicado en algún momento determinar si es víctima o victimario, y cómo es que debe tratarse.⁹⁸

⁹⁶ Cfr. Bagnoli, Carla, *op. cit.*, p. 866.

⁹⁷ Skolnik, Terry, "Three Problems with Duress and Moral Involuntariness", *Criminal Law Quarterly*, vol. 63, 2016, p. 128.

⁹⁸ Cfr. Bergelson, Vera, "Duress Is No Excuse", *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 15, núm. 2, 2018, p. 396.

La segunda diferencia es que si se negara a unirse a la organización pondría en riesgo no solo su vida, sino la de terceros respecto a los cuales tiene además obligaciones especiales (como se desarrollará más adelante), toda vez que en casos de reclutamiento forzado se suele amenazar a la víctima de la coacción con dañar severamente o asesinar a miembros de su familia en caso de negarse a unirse.

Como se mencionó, el unirse a una organización criminal suele conllevar la comisión de delitos, el problema es que al momento de tener que decidir si unirse o asumir las consecuencias de negarse, el sujeto no está cierto de qué tipo de delitos tendrá que cometer, cuántos de ellos, por cuánto tiempo ni contra quién. Es difícil que una persona sopesa elegir una alternativa sobre otra cuando no sabe con certeza lo que involucra una de ellas.

Es por lo anteriormente descrito que en casos de reclutamiento forzado la víctima ve limitada su decisión, sin embargo, no se elimina,⁹⁹ ya que puede decidir racionalmente. El sujeto tiene entonces responsabilidad moral sobre la decisión que tome, por lo que la pregunta que se plantea no es si la víctima de reclutamiento forzado es responsable o no de la decisión, sino si puede reprochársele moralmente por esta.

Cabe recordar que en casos de reclutamiento forzado el sujeto suele no estar seguro de los tipos y números de crímenes que tendrá que cometer en caso de aceptar unirse a la pandilla. Lo anterior es relevante porque cada día que el sujeto coaccionado permanece en la organización y comete un crimen para evitar la amenaza está tomando una decisión nueva, aun cuando la amenaza sea la misma por la cual accedió al reclutamiento, por lo que no es un caso como aquel, ya de por sí complejo, en donde se debe decidir si matar a alguien para salvar a alguien más. En el caso del reclutamiento forzado cada vez que el sujeto se vea forzado a cometer un crimen para evitar la amenaza será un nuevo dilema sobre si afrontar

⁹⁹*Ibidem*, pp. 403 y 416.

la ejecución de la amenaza o realizar un crimen determinado; lo anterior conlleva que se vayan agregando más elementos a un lado de la balanza.

A fin de poder analizar a mayor profundidad las razones morales que pudiera tener un sujeto para aceptar unirse a una organización criminal en un caso de reclutamiento forzado se abordarán las distinciones entre acciones y omisiones; y entre deberes negativos y positivos, lo que permitirá identificar si esto conllevaría una repercusión en el reproche moral que podría hacersele o no eventualmente al individuo por la decisión que tome; así como si las obligaciones especiales jugarían un papel importante en los casos en los que la amenaza involucre dañar severamente a miembros de la familia del sujeto coaccionado.

Posteriormente, se buscará identificar si la resistencia al reclutamiento forzado podría llegar a constituir un caso de mala suerte moral, en donde a pesar de que debido a la coacción existan elementos fuera del control del individuo, pueda reprochársele moralmente por su decisión; así como identificar si pudiesen darse escenarios en donde la negativa a unirse a la pandilla constituiría un caso de acción supererogatoria, en el que asumir o resistir la amenaza sería la opción con mayor valor moral, pero que su realización, si bien meritoria, no sería moralmente obligatoria para el sujeto coaccionado.

2. Clarificación respecto a distinciones morales en los deberes

Antes de analizar si existe una distinción moral entre deberes positivos y negativos se analizará si dicha distinción existe entre acciones y omisiones, debido a que: (i) hay autores que suelen confundir acciones y omisiones con deberes positivos y deberes negativos; y a que (ii) hay quienes, aun sin caer en el supuesto anterior sostienen que existe *per se* una distinción moral importante entre acciones y omisiones, lo cual se niega en la presente investigación.

Derivado de lo anterior, se sostendrá que no existe una distinción moral importante entre acciones y omisiones. Posteriormente se sostendrá que aun en casos en donde exista una distinción moral entre deberes negativos y deberes

positivos esto no implica que un deber positivo no pueda llegar a ser igual o más fuerte que un deber negativo en circunstancias determinadas.

2.1.1. *Acciones y omisiones*

Raziel Abelson defiende que la doctrina de actos y omisiones propuesta por Jonathan Glover es moralmente relevante. La doctrina señala:¹⁰⁰

Lo que podemos llamar la “doctrina de los actos y omisiones” dice que, en ciertos contextos, no realizar un acto, con ciertas consecuencias negativas previstas, es moralmente menos malo que realizar un acto diferente que tenga las mismas consecuencias negativas previstas.

Basado en lo anterior suele afirmarse que una persona tiene una mayor obligación de abstenerse de matar a alguien que de salvar a alguien.¹⁰¹ Pero ¿cuál es el sustento moral de esta afirmación?

De acuerdo con esta doctrina es moralmente más malo que X ahogue a un niño a que deje que se ahogue cuando está en posibilidad de salvarlo y el sacrificio de hacerlo es mínimo. Abelson señala que en un escenario como este solo en el primer supuesto se puede decir que X mató al niño, ya que en el segundo caso decir esto sería lingüísticamente incorrecto y solo se haría para enfatizar la culpabilidad de X lo que, de acuerdo con Abelson, prueba que un acto es más grave que una omisión.¹⁰²

¹⁰⁰ Traducción propia, Glover, Jonathan, “Causing Death and Saving Lives”, Nueva York, Penguin Books, 1977, p. 131.

¹⁰¹ Trammell, Richard L., “Saving Life and Taking Life”, *The Journal of Philosophy*, vol. 72, núm. 5, 1975, p. 131; Dinello, Daniel, “On Killing and Letting Die”, en, Steinbock, Bonnie y Norcross, Alastair (eds.), *Killing and letting die*, 2da. ed., Nueva York, Fordham University Press, 1994, p. 196.

¹⁰² Abelson, Raziel, “To Do or Let Happen”, *American Philosophical Quarterly*, vol. 19, núm. 3, 1982, pp. 221, 224 y 225.

Sin embargo, como ha señalado Jonathan Bennett, un problema práctico en el que están en juego vidas humanas es profundamente serio y le restaría toda seriedad moral el resolverlo únicamente mediante el uso estricto del lenguaje.¹⁰³

Otra razón para defender que es relevante la distinción, es, de acuerdo con Abelson, que en el caso de la omisión es más complicado determinar cuando la intervención de X se hace moralmente obligatoria. Por ejemplo, se puede dar un escenario en el que X se arrepienta de dejar que el niño se ahogue pero que al momento de intentar salvarlo ya sea muy tarde. De acuerdo con Abelson en este supuesto X no habría asesinado al niño, sino que solo sería culpable de haber sido muy lento en salvarlo.

En el escenario equivalente, si X se arrepintiera de ahogar al niño después de haberlo aventado al agua y lo intentara salvar sin conseguirlo, Abelson señala que X sí sería culpable por su muerte, debido a que realizó una acción prohibida, con lo que es claro el momento en el que incumplió su obligación.¹⁰⁴

Al respecto, parece complicado sostener que alguien que se encuentre en una situación en donde un niño se esté ahogando y tenga la posibilidad de salvarlo con un sacrificio mínimo pueda considerar que no tiene una obligación de intervenir desde el momento en que está en posibilidad de hacerlo. No se encuentran justificaciones plausibles para sostener que es moralmente permisible no intervenir desde este momento, por lo que X debería ser considerado responsable por la muerte del niño en ambos escenarios.

Lo anterior, es debido a que en el supuesto en que X ahoga al niño decide realizar una acción que sabe que provocará su muerte; en el supuesto en que lo deja ahogarse decide omitir una acción que estaba en posibilidad de hacer con un

¹⁰³ Bennett, Jonathan, "Whatever the Consequences", en, Steinbock, Bonnie y Norcross, Alastair (eds.), *Killing and letting die*, 2da. ed., Nueva York, Fordham University Press, 1994, p. 186.

¹⁰⁴ Abelson, Raziel, *op. cit.*, p. 225.

nivel de sacrificio mínimo que sabe que habría evitado la muerte del niño. Es la capacidad consciente de decisión del sujeto la que lo hace responsable por esta.

Así como en el ejemplo anterior, existen diversos supuestos en donde el sujeto puede estar consciente de las consecuencias negativas que conllevará su omisión y que, al carecer de justificaciones suficientes para no intervenir, su omisión podría ser igual de grave que una acción.

En todo caso, se podría sostener que es más común que en una acción el sujeto esté al tanto de sus consecuencias, pero esto no es una regla general, tampoco implica la inexistencia de escenarios en donde las consecuencias no sean igualmente previsibles tanto en una acción como en una omisión, por lo que no se debe considerar que una acción *per se* sea moralmente más mala que una omisión.

En el caso del reclutamiento forzado, el sujeto sabe lo que implicará su decisión de no unirse debido a la amenaza efectuada, de hecho, el sujeto tiene menos claras las consecuencias de unirse, ya que se puede asumir que en circunstancias generales el sujeto no tiene la certeza de qué acciones tendrá que realizar a partir de dicha decisión.

Tanto las acciones como las omisiones implican la posibilidad de elegir, es, por tanto, que se considera que la responsabilidad moral involucrada en ambas es equivalente.¹⁰⁵ El que, por ejemplo, la forma de la muerte sea por medio de un acto o por medio de una omisión no debería ser, en principio, un factor moral relevante para tomar una decisión.

Previo a analizar de fondo algunos supuestos de reclutamiento forzado se considera relevante analizar también si se debería considerar que existe una distinción moralmente relevante entre deberes positivos y deberes negativos, a fin

¹⁰⁵ Cfr. Lichtenberg, Judith, "The Moral Equivalence of Action and Omission", en, Steinbock, Bonnie y Norcross, Alastair (eds.), *Killing and letting die*, 2da. ed., Nueva York, Fordham University Press, 1994, pp. 221, 225.

de poder determinar si hay un peso moral adicional que deba darse a alguna de las alternativas de la víctima de reclutamiento forzado.

2.1.2. Deberes positivos y deberes negativos

Ann Davis señala que es una confusión vincular deberes positivos y deberes negativos con acciones y omisiones,¹⁰⁶ que la distinción entre estos recae no en lo anterior, sino en que un deber positivo consiste en realizar un acto positivo que beneficia; mientras que un deber negativo consiste en no realizar un acto positivo que perjudica; que los deberes negativos son aquellos deberes de no perjudicar activamente y los deberes positivos son deberes de beneficiar activamente.¹⁰⁷

En la definición de Davis, sin embargo, parece que la distinción entre acción y omisión es un tema central, debido a que establece que el deber positivo se cumple por medio de un acto y el negativo por medio de la no realización de un acto (omisión). Empero, lo relevante de su distinción es el considerar a los deberes negativos como aquellos cuya finalidad es no perjudicar o dañar a otro y los positivos como aquellos cuya finalidad es beneficiar o ayudar a otro.

La relevancia de la distinción moral entre deberes positivos y negativos no recae entonces en que sean acciones u omisiones, sino en que se suele relacionar a los deberes negativos con cuestiones de justicia y a los positivos con cuestiones de beneficencia, por eso se suele sostener que los primeros son más estrictos que los segundos.¹⁰⁸ De hecho, Abelson define a los deberes negativos como deberes estrictos y a los deberes positivos como deberes meritorios.¹⁰⁹

Aunada a la distinción entre deberes positivos y deberes negativos, Abelson añade una tercera categoría o si se prefiere, una subcategoría de los deberes positivos, para aquellos deberes positivos relativamente estrictos, a los cuales

¹⁰⁶ Cfr. Davis, N. Ann, "The Priority of Avoiding Harm", en, Steinbock, Bonnie y Norcross, Alastair (eds.), *Killing and letting die*, 2da. ed., Nueva York, Fordham University Press, 1994, p. 306.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ Bergelson, Vera, *op. cit.*, p. 411.

¹⁰⁹ Abelson, Raziel, *op. cit.*, p. 226.

denomina deberes personales. Clasifica como deberes personales a aquellos que dependen de las circunstancias particulares de una persona, como proteger y alimentar a un hijo.¹¹⁰ Estos deberes personales son lo que líneas abajo se desarrollará como obligaciones especiales.

Abelson sostiene que los deberes personales tienen precedencia sobre deberes meritorios pero no sobre los deberes estrictos ya que afirma que es moralmente más culpable hacer el mal (con lo que se incumple un deber estricto), que dejar que el mal ocurra (con lo que se incumple un deber personal o meritorio), en situaciones donde la gravedad de las consecuencias es equiparable.¹¹¹ En este punto la discusión es similar a la de acciones y omisiones pero resulta relevante considerar los motivos morales desde el enfoque de no dañar y ayudar a alguien; y no simplemente de si se trata de un acto o de una omisión.

Las razones que suelen darse para sostener la prevalencia moral de los deberes negativos son diversas, por ejemplo, que la violación de deberes negativos suele implicar un motivo malicioso, mientras que la violación de deberes positivos suele implicar solo indiferencia.¹¹²

La conclusión anterior resulta necesaria solamente si se ve a los deberes positivos como deberes meritorios, como indicado por la denominación realizada por Abelson. Empero, debe tenerse en cuenta que lo que distingue a los deberes positivos es que consisten en ayudar a alguien y esto no siempre constituye solo una cuestión meritoria, sino que en ciertos contextos la ayuda es requerida u obligatoria.

Son varios los ejemplos que pueden darse en donde la violación de deberes positivos no puede ser concebida como una mera indiferencia. El escenario en el que un sujeto tiene la posibilidad de salvar a alguien de morir y el sacrificio o esfuerzo que implicaría hacerlo es mínimo sería un supuesto de ayudar a alguien,

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 226 y 227.

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² Trammell, Richard L., *op. cit.*, p. 132.

por tanto, el abstenerse de hacerlo constituiría la violación de un deber positivo. Sin embargo, este escenario sería difícilmente concebible como una mera indiferencia en donde no hay malicia involucrada. Sobre todo, si el sujeto deja morir a alguien porque esto le conviene, por ejemplo, por cuestiones de herencia o por tenerle animadversión. Aquí es claro que habría maldad involucrada y no mera indiferencia.

En los casos de reclutamiento forzado se ve el extremo opuesto. El unirse a la organización criminal y, en su caso, la subsecuente comisión de delitos, no contiene (en un verdadero caso de reclutamiento forzado) el elemento de malicia, puesto que el sujeto coaccionado no desea causar daño a nadie al momento de unirse o de cometer los delitos, ya que no es su deseo unirse. Repudia lo que los miembros de la pandilla le han obligado a hacer (unirse a la pandilla y/o cometer delitos), es precisamente por ese repudio por lo que se requiere de la amenaza. Con lo que la distinción entre malicia e indiferencia no es siempre característica de deberes negativos y positivos, respectivamente.

Además, es posible que existan escenarios en donde una persona tiene que renunciar a algo significativo para evitar dañar o matar directamente a personas, esta situación sería relevante¹¹³ y debería tomarse en cuenta al momento de la evaluación moral del acto.

De manera general, Richard Trammell, señala que existen tres factores que diferencian a los deberes negativos de los positivos:

- (i) que los deberes negativos pueden ser completamente descargados o cumplidos sin tener una obligación recurrente, mientras que los positivos no (señala Trammell que el no matar libera completamente de la obligación, mientras que el deber de salvar impediría hacer otra cosa más que cumplir interminablemente con este deber, lo que acontece con todos los actos de beneficencia, por ejemplo, donaciones);

¹¹³ Lichtenberg, Judith, *op. cit.*, p. 219.

- (ii) fallar con el deber de no matar elimina todas las posibilidades respecto a la vida de esa persona, mientras que fallar con el deber de salvar deja abierta la posibilidad de que alguien más salve; y
- (iii) una persona no es necesariamente responsable de salvar a otra persona, pero es responsable de la vida de cualquiera que asesine.¹¹⁴

Es claro que una persona no puede ayudar a todo el que lo necesite, por lo que no puede estar obligada a hacerlo, pero esto no puede implicar que la obligación de ayudar a una persona concreta en circunstancias específicas sea menos estricta que el deber de no infligir daños físicos, lo que quiere decir que el concepto de descargabilidad no se aplica al caso particular¹¹⁵ y sería un error hacerlo ya que podría conllevar consecuencias funestas, como el determinar que una persona no es responsable de dejar morir ahogado a un niño.

Lo mismo puede decirse del elemento (ii). Hay casos concretos en donde puede ser evidente que solo una persona está en posibilidad de ayudar a alguien y la persona lo sabe. Por ejemplo, si hay una sola persona en donde el niño se está ahogando o si es la única que sabe nadar, etcétera.

El caso de reclutamiento forzado puede llegar a ser particular en este sentido porque, en principio, se puede decir que las autoridades están en posibilidad de otorgar protección en caso de que la persona se niegue a unirse a la organización criminal, empero, debido al contexto del crimen organizado en el Triángulo Norte de Centroamérica es necesario analizar el caso concreto para determinar si esto es una opción real.

Finalmente, el factor (iii) también depende del caso concreto. Existen escenarios particulares en donde debido a circunstancias específicas una persona sí puede ser responsable de salvar a otra, como en el multicitado caso del niño ahogándose.

¹¹⁴ Trammell, Richard L., *op. cit.*, pp. 134 y 136.

¹¹⁵ Lichtenberg, Judith, *op. cit.*, p. 214.

Respecto a este último factor, también hay consideraciones particulares a tomar en cuenta en casos de reclutamiento forzado.

Imagínese el siguiente ejemplo, al que se le denominará E1:

Un hondureño (X) es 'invitado' por un miembro de la MS-13 (Y) a unirse a su organización criminal. Y amenaza a X con matar a sus dos hijos pequeños (Z y B) en caso de negarse.

Asúmase que X es el único que realmente está en posibilidad de salvar a Z y B porque se está en un escenario en donde las autoridades no pueden otorgar protección efectiva. Supóngase que X se niega a unirse a la organización criminal (cumpliendo un deber negativo) aun cuando está seguro de que esto traerá como consecuencia las muertes de Z y B (incumpliendo un deber positivo), lo cual le es repulsivo, pero aun así lo asume. ¿Debería sostenerse que esta es la mejor opción en términos morales?, ¿puede considerarse que el unirse a la pandilla para evitar las muertes de Z y B sería una mera ayuda?, la pregunta surge porque si bien X no deseó estar en el supuesto en el que se encuentra, los asesinatos de Z y B por parte de Y se encuentran condicionados, en gran medida, a la decisión que tome X.

Considérese ahora el siguiente escenario (E2):

Y amenaza a X con matarlo a él y a sus dos hijos pequeños sino se une a su pandilla y, posteriormente, asesina a un hijo pequeño de un miembro de una pandilla rival como parte de su ritual de iniciación.

Este escenario es complejo porque la acción del sujeto para evitar la amenaza involucra la muerte de un inocente, y la amenaza implica la muerte del sujeto objeto de coacción y de personas inocentes frente a las cuales el sujeto tiene una obligación especial.

Si se sigue la tesis de que, en cualquier escenario los deberes negativos prevalecen sobre los positivos y que, por tanto, si la única manera de salvar a

alguien de un daño (deber positivo) fuera interfiriendo con un inocente (violación de deber negativo), entonces no se debe salvar a esa persona,¹¹⁶ se debería concluir que X no está moralmente justificado a sucumbir a la amenaza para salvarse a él y a sus hijos pequeños. Sin embargo, lo primero que debe resaltarse es que en este caso las consecuencias ya no son equivalentes. Un escenario implica una muerte y el otro implica tres.

Hay autores que sostienen que no importa las vidas que se salvarían si se mata a alguien ya que lo último nunca se encuentra moralmente justificado.¹¹⁷ Sin embargo, como sostiene McMahan, la forma en que un agente contribuye a que se produzca un resultado no puede ser más importante que la naturaleza del propio resultado. Si se tuviera que elegir entre matar a una persona para salvar a tres o dejar que las tres mueran, la forma de actuar (el preferir violar un deber positivo a un deber negativo) en esa ocasión no debería importar más en términos morales que toda la vida que se perdería si se deja morir a los tres en lugar de matar a uno.¹¹⁸

En este sentido, si bien existen casos en donde la violación de deberes negativos puede ser moralmente más mala que la violación de deberes positivos no debe llegarse a esta conclusión en todos los casos, aun cuando intuitivamente esto pareciera verdad; y, sobre todo, no debe de considerársele como un impedimento para analizar otras circunstancias moralmente relevantes del caso particular.

¹¹⁶ Murphy, Jeffrie G., "Is Killing the Innocent Absolutely Immoral?", en Steinbock, Bonnie y Norcross, Alastair (eds.), *Killing and letting die*, 2da. ed., Nueva York, Fordham University Press, 1994, p. 203.

¹¹⁷ Véase: Murphy, Jeffrie G., *op. cit.* (críticas a esta postura); Dinello, Daniel, *op. cit.*; Abelson, Raziel, *op. cit.*

¹¹⁸ McMahan, Jeff, "Killing, Letting Die, and Withdrawing Aid", en Steinbock, Bonnie y Norcross, Alastair (eds.), *Killing and letting die*, 2da. ed., Nueva York, Fordham University Press, 1994, p. 413.

2.1.3. Obligaciones especiales

Hart hace la distinción entre derechos morales ‘especiales’ y ‘generales’. Los derechos especiales nacen ya sea de transacciones especiales entre personas o de alguna relación especial, en donde solo las partes de dicha relación son los titulares del derecho y los sujetos de la obligación. Los casos de derechos especiales que interesan en la presente investigación son los que nacen de una relación natural especial entre las partes, como los padres con los hijos;¹¹⁹ ya que en casos de reclutamiento forzado las amenazas suelen dirigirse a miembros de la familia.

Las características de los derechos especiales son: a) que el derecho y la obligación surgen de la transacción voluntaria entre las partes; y b) la identidad de las partes es fundamental. El promitente ve disminuida su libertad de elección únicamente respecto de ella, a diferencia de los derechos generales que corresponden a todos los hombres capaces de elección.¹²⁰ La distinción entre derechos generales y especiales se puede resumir de la siguiente manera:

Hacer valer derechos generales –afirma Hart– es invocar en forma directa el principio de que todos los hombres tienen por igual el derecho a ser libres; hacer valer un derecho especial es invocar ese principio en forma indirecta.¹²¹

Lo correlativo a los derechos generales y especiales son los llamados deberes naturales y especiales. Los deberes naturales se pueden definir como exigencias morales que se deben a todas las personas, mientras que las obligaciones especiales solo se deben a una clase limitada de personas.¹²²

¹¹⁹ Cruz Parcero, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, 2da. ed., México, Fontamara, 2017, pp. 168 y 169.

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 169 y 170.

¹²¹ *Ibidem*, p. 170 citando a Hart, H.L.A., *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de Genaro Carrió, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 87.

¹²² Jeske, Diane, *Families, “Friends, and Special Obligations”*, *Canadian Journal of Philosophy*, 1998, vol. 28, núm. 4, pp. 528 y 529.

Las relaciones entre miembros de una familia suelen constituirse por diversas formas de interacción, actitudes mutuas e intimidad, lo que puede conllevar la obligación de promover sus intereses en formas y grados distintos a los del resto de las demás personas. La situación descrita conlleva que en circunstancias determinadas sea posible actuar en beneficio de los miembros de la familia incluso si actuando de otro modo se hubiera podido promover un mayor bien general.¹²³

Lo anterior es no solo esperado por la sociedad, es incluso deseado. Se ha demostrado que las personas que son imparcialmente prosociales, esto es, que ayudarían a un extraño en lugar de a un familiar, suelen ser evaluadas como menos morales y dignas de confianza al considerarse que este tipo de personas no cumplen con sus obligaciones especiales y que incluso pueden creer no tenerlas.¹²⁴

Una de las cuestiones que deben tomarse en consideración en casos de reclutamiento forzado es que las amenazas suelen ir dirigidas no solo a la víctima de la coacción sino también a uno o varios de sus familiares cercanos.

Lo anterior, no solo implica que el daño se hará también contra un tercero, sino que es un tercero frente al cual el sujeto coaccionado tiene una obligación especial por el vínculo que los une, lo que puede generar motivos más fuertes para que la víctima de reclutamiento forzado acepte unirse a la organización y, eventualmente, acepte realizar ciertos delitos.

Las obligaciones especiales serán incluidas en el análisis de las razones morales a considerar en casos de reclutamiento forzado, en donde se buscará identificar si pueden darse tres tipos de escenarios: el que la negativa a unirse a la pandilla o la comisión de delitos bajo este contexto sea (i) la peor opción en términos morales; (ii) una acción supererogatoria (en donde la negativa a unirse o a cometer ciertos delitos sería la mejor opción en términos morales pero el sujeto no se

¹²³ *Ibidem*, pp. 530, 534 y 544.

¹²⁴ McManus, Ryan M., "What We Owe to Family: The Impact of Special Obligations on Moral Judgment", *Psychological Science*, vol. 31, núm. 3, 2020, p. 240.

encontraría obligado moralmente a esto); o (iii) una acción con altas exigencias morales, pero a fin de cuentas, exigencias.

3. Resistencia al reclutamiento forzado: ¿supererogación o mala suerte moral?

El fenómeno de reclutamiento forzado genera un escenario en el cual las posibilidades de elección de la víctima se ven limitadas. La víctima se enfrenta a un dilema de qué decisión tomar debido a la conducta inmoral del o los miembros de la pandilla que ejercen la coacción contra él. Pero ¿qué consecuencias tiene lo anterior respecto a la moralidad de la decisión que eventualmente tome la víctima de reclutamiento forzado?

Esta sección tiene por objeto analizar si debido a la coacción ejercida contra la víctima de reclutamiento forzado la negativa a unirse debería de considerarse como una acción supererogatoria y, por tanto, no moralmente exigible; o si a pesar de las terribles e injustas circunstancias en las que se encuentra el sujeto se le podría reprochar moralmente en caso de sucumbir ante las amenazas. Habrá escenarios en donde incluso se cuestionará si el negarse a unirse a la organización sería la mejor opción en términos morales. Para lograr lo anterior la presente sección se subdividirá en mala suerte moral y supererogación.

3.1. Suerte moral

La suerte moral hace referencia a los casos en los que a alguien se le reprocha o alaba moralmente por algo incluso cuando un aspecto significativo de lo que hizo dependió de factores fuera de su control.¹²⁵ Es mala suerte moral si el sujeto es sujeto de reproches y buena si es objeto de alabanzas.¹²⁶

¹²⁵ Laves, Samuel, "Luck for Moral Luck?", *Philosophia*, vol. 49, núm. 1, 2021, p. 348; Anderson, Mark B., Moral luck as moral lack of control, *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 57, núm. 1, 2019, p. 7.

¹²⁶ Nagel, Thomas, *Mortal questions*, Nueva York, Cambridge University Press, 1979, p. 26.

Uno de los objetivos del presente trabajo de investigación es identificar si la coacción que se ejerce en el reclutamiento forzado excusa o no moralmente al sujeto coaccionado de haber aceptado unirse a una organización criminal, así como de la comisión de ciertos delitos; es, por tanto, que se analizará únicamente a la suerte moral circunstancial, que es aquella relacionada con las elecciones y oportunidades del sujeto.¹²⁷

La mala suerte moral resulta peculiar porque parece contradecir la noción intuitiva de que a las personas sólo se les puede reprochar moralmente sobre aquello que está bajo su control.¹²⁸ Sin embargo, en casos de la mala suerte circunstancial se suele sostener que es posible evaluar moralmente a alguien debido a que no se evalúa a la circunstancia *per se* –que es lo que está fuera del control del sujeto–, sino la forma en la cual el sujeto responde a tal circunstancia¹²⁹ –lo cual sí está dentro del control del sujeto–. Es decir, la falta de control sobre las circunstancias implica falta de control sobre las opciones disponibles, pero no sobre cuál de dichas opciones se toma.¹³⁰

Si bien no resulta justo que personas se encuentren en circunstancias en las cuales tengan que tomar decisiones difíciles, esto no significa que sea injusto tratarlos de forma diferente –en función de lo que libremente realizaron en dichas circunstancias– respecto a alguien que no se encontraba en tales circunstancias y que, por tanto, no tuvo que tomar ninguna de las decisiones disponibles para ese sujeto.¹³¹

¹²⁷ Hanna, Nathan, “Moral Luck Defended”, *Noûs*, vol. 48, núm. 4, 2014, p. 683.

¹²⁸ Laves, Samuel, *op. cit.*, p. 348; Anderson, Mark B., *op. cit.*, p. 7; Hartman, Robert J., *In defense of moral luck why luck often affects praiseworthiness and blameworthiness*, Nueva York, Routledge, 2017, p. 1.

¹²⁹ Lillehammer, Hallvard, “Moral luck and moral performance”, *European Journal of Philosophy*, vol. 28, 2020, p. 1024.

¹³⁰ Hanna, Nathan, *op. cit.* p. 691 y 692.

¹³¹ *Ibidem*, p. 693.

Es entonces, que se juzga a las personas por lo que hacen o dejan de hacer, no por lo que habrían hecho si las circunstancias hubieran sido distintas, lo anterior es precisamente la mala suerte moral circunstancial.¹³²

Lo que merece la pena cuestionarse es si la evaluación moral que se realice del sujeto en cuestión debe de ser sensible al hecho de que se encuentre en esa situación en tanto que el encontrarse en esa situación es una cuestión que escapa de su control.¹³³

El cuestionamiento señalado en el párrafo que antecede surge porque si bien es posible evaluar moralmente a alguien por lo que hace en respuesta a una situación que escapa de su control, esto resulta problemático cuando el sujeto se encuentra en esa situación únicamente como resultado del comportamiento moralmente inaceptable de otra persona,¹³⁴ con lo que, si bien aún puede ser objeto de reproche, las circunstancias podrían hacer que el reproche se atenúe.

Debe tenerse en consideración que la calidad de las oportunidades es gradual. De acuerdo con Nelkin, mientras peor sea una oportunidad, porque resulta muy difícil actuar correctamente, más se atenúa la culpabilidad si uno no actúa de esta forma. En contraste, si alguien actúa bien por buenas razones en circunstancias complicadas es más digno de elogio que si hiciera esto en circunstancias en donde resultara sencillo hacerlo.¹³⁵

En la explicación de Nagel sobre la compatibilidad de emitir juicios morales por lo que alguien hace incluso aunque eso dependa en gran medida de lo que no puede controlar, señala, *inter alia*, que esto debe darse en condiciones con ausencia de coacción.¹³⁶ Esta afirmación se encuentra en consonancia con la idea de que para que pueda reprochársele moralmente a alguien por una acción o una

¹³² Nagel, Thomas, *op. cit.* p. 34.

¹³³ Lillehammer, Hallvard, *op. cit.* p. 1024.

¹³⁴ *Idem.*

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ Nagel, Thomas, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

omisión esa persona debió de tener la oportunidad no solo de evitar realizar el mal, sino también una oportunidad justa de haberlo evitado.¹³⁷

No obstante, se sostiene que pueden darse ciertos casos de coacción en donde exista la posibilidad de reprochar a alguien por la decisión que tome. Considérese el siguiente hipotético: Y amenaza a X con matarlo a él y a su madre si no se une a su pandilla y, posteriormente, asesina a 3 hijos pequeños de un miembro de una pandilla rival como parte de su ritual de iniciación. Asumiendo que X valora y quiere a su madre y valora su vida propia, se podría sostener que resultaría difícil para X no sucumbir a la amenaza, empero, sería difícil sostener que X no sería objeto de reproche si lo hace, aun cuando lo haya hecho por medio de coacción.

Lo anterior indica que no solamente se toma en consideración la dificultad de actuar correctamente, sino que también se considera la moralidad de la alternativa. Es decir, si a X lo amenazan con matarlo a él y a su madre si no golpea a alguien, el sacrificio que implica no sucumbir a la amenaza es el mismo que el del escenario expuesto en el párrafo anterior porque la amenaza es la misma, lo que sufriría X no cambia. Lo que se modifica es lo que tiene que realizar X para evitar la ejecución de la amenaza.

La justificación de reprochar moralmente la decisión de un sujeto aun cuando haya existido coacción puede encontrarse en el hecho de que cuanto más grave sea el delito que se comete debido a la coacción menos justo parece que el sujeto opte por esa decisión. Pero eso no quiere decir que no haya existido coacción, ni que el sacrificio en que hubiera tenido que incurrir el sujeto para realizar la acción más moralmente valiosa no hubiese sido alto.

Es entonces que parece erróneo sostener que en ningún caso de coacción existe reproche moral, pues hay escenarios en donde el reproche es gradual

¹³⁷ Nelkin, Dana Kay, "Thinking outside the (traditional) boxes of moral luck" en, Peter A. French, *et al.* (eds.), *Moral Luck*, Malden, Midwest Studies in Philosophy, vol. XLIII, 2019, p. 16.

considerando tanto la dificultad del sujeto de no sucumbir a la amenaza y la gravedad de lo que tenga que realizar para evitarla. Empero, se reconoce que existen casos en donde no existe el reproche moral en casos de coacción, lo cual será abordado más adelante.

En algunas jurisdicciones existe la defensa de coacción (*duress*) que permite excusar a alguien que cometió un delito si fue coaccionado por alguien más para hacerlo bajo amenaza de daño grave e inminente hacia él u otros; existen otros elementos que pueden variar de jurisdicción en jurisdicción para que la defensa de coacción sea aplicable, como la creencia de que efectivamente hubiera sido ejecutada la amenaza si no se hubiera cometido el delito, que no existía una manera razonable de evadir la amenaza y que la conducta fue una respuesta razonable a la amenaza.¹³⁸

Uno de los problemas es que la defensa de *duress* no aplica en la mayoría de las jurisdicciones en casos de homicidio.¹³⁹ Empero, el problema más grave es que esta defensa se da en el ámbito penal mas no necesariamente en casos de refugio. En EE. UU., ha sido determinado que la coacción no debe de tomarse en cuenta al momento de la aplicación de la cláusula de exclusión de la Convención por la comisión de delitos graves.¹⁴⁰

¹³⁸ Véase Código Penal (*Criminal Code Act*) 1995 (Australia), §10.2; *United States v. Washington*, 57 MJ 394 (2002); *United States v. Rockwood*, 52 MJ 98 (1999); Instrucciones para el Jurado Penal de California (*California Criminal Jury Instructions*) (CALCRIM), 2020, §3402; Estatutos Revisados de Arizona Título 13-Código Penal (*Arizona Revised Statutes Title 13-Criminal Code*), §13-412 (solo por mencionar algunos ejemplos).

¹³⁹ Conforme al análisis realizado en las secciones de acciones y omisiones y de deberes negativos y positivos de la presente investigación se sostiene que no tendría justificación moral suficiente el excluir de la defensa de *duress* al homicidio pues debería evaluarse el caso particular para decidir si el sujeto puede ser excusado conforme a las circunstancias del caso al igual que en el resto de los delitos. No obstante, debido a la amplitud de este tema y a que el presente trabajo de investigación no pretende en principio proponer reformas a ninguna legislación, sino justificar que la legislación existente se puede interpretar de una manera en la que es posible otorgar asilo en ciertos casos de reclutamiento forzado; no se ahondará más al respecto en esta investigación.

¹⁴⁰ Véase *Matter of Daniel Girmai Negusie*, 28 I&N Dec. 120 (A.G. 2020).

En este contexto, parecería que todos los casos de refugio de personas que huyen del reclutamiento forzado –que hayan sucumbido a unirse a la organización criminal y, en ciertos casos, cometido delitos derivado de su pertenencia a dicha organización– cumplen con los elementos de la definición de mala suerte moral circunstancial, debido a que se juzga moralmente a la víctima del reclutamiento forzado por la decisión que tome incluso si la situación en la que se encuentra se debe a circunstancias fuera de su control, pero ¿es esto correcto? ¿siempre debe de reprochársele a la víctima de reclutamiento forzado que sucumbe ante la amenaza? Si la respuesta es afirmativa ¿debería de atenuarse el reproche tomando en consideración las circunstancias o estas no deben de influir?

La presente investigación sostiene que es erróneo no tomar en cuenta la coacción al momento de la aplicación de la cláusula de exclusión, lo que no significa que en todos los casos de coacción el solicitante de asilo sea excusado automáticamente de la exclusión, sino que meramente se señala que la coacción deberá de ser un factor a considerar al momento de realizar la evaluación.

La complejidad de lo anteriormente expuesto recae en el hecho de que un caso de refugio no es como un caso penal en donde es posible condenar a alguien por sus actos delictivos, pero reducir los años de pena por circunstancias atenuantes. En casos de refugio solo hay dos opciones: se otorga la protección o no.

Se ha mencionado anteriormente que en los escenarios de reclutamiento forzado las opciones de decisión del individuo en cuestión se ven reducidas pero que el sujeto continúa con la libertad de decidir entre las decisiones disponibles. También se ha mencionado que pueden existir casos de reclutamiento forzado en donde, a pesar de lo anterior, el sujeto no debería ser reprochado moralmente por su decisión. Pero, ¿por qué puede darse este último escenario? La siguiente sección pretende responder a esta pregunta.

3.2. Supererogación

Hay acciones que son moralmente valiosas pero que, a pesar de poder considerarse dignas de alabanza, van más allá del deber o de lo moralmente exigible, por lo que el no hacerlas no puede conllevar reproche, lo que se traduce en que sean moralmente meritorias mas no obligatorias.¹⁴¹ Dichas acciones son conocidas como supererogatorias.

De lo expuesto en el párrafo anterior se concluye que los actos supererogatorios son moralmente facultativos, ya que tanto su realización como su omisión son moralmente permisibles.¹⁴² Esta situación coloca a la supererogación en la intersección de lo axiológico y lo deóntico, esto es, entre el 'bien' y el 'deber'.¹⁴³

La peculiaridad con la supererogación es que a pesar de que se reconoce que cierta acción es más moralmente valiosa que la alternativa no se exige su realización y, por tanto, no se reprocha su omisión, con lo que se distingue de la mala suerte moral en donde sí existe reproche ante la decisión que eventualmente tome el sujeto.

De acuerdo con Lloyd Fields se le puede reprochar moralmente a una persona por su acción sólo cuando (i) es moralmente mala en conjunto, es decir, no basta que la acción sea mala *prima facie*, sino que lo debe de ser en contexto;¹⁴⁴ y (ii) la

¹⁴¹ Mills, Charles W., "Vice's vicious virtues: the supererogatory as obligatory", *South African Journal of Philosophy*, vol. 30, núm. 4, 2011, p. 432; Véase Rawls, John, *A Theory of Justice: Original Edition*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, p. 117; Kawall, Jason, "Virtue theory, ideal observers, and the supererogatory", *Philosophical Studies*, vol. 146, 2009, p. 180; Heyd, David, "Supererogation", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019; Massoud, Amy, "Moral worth and supererogation", *Ethics*, vol. 126, 2016, p. 691; y Moya, Carlos J., "Doing one's best, alternative possibilities, and blameworthiness", *Crítica*, México, 2014, vol. 46, núm. 136, p. 7.

¹⁴² Archer, Alfred, "Supererogation", *Philosophy Compass*, vol. 13, 2018, p. 4; Calvo Álvarez, Felipe, "La naturaleza práctica de los actos supererogatorios", *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 7, núm. 13, 2007, p. 234.

¹⁴³ Heyd, David, *op. cit.*

¹⁴⁴ Se puede desprender que para Lloyd Fields, una acción no es mala en conjunto si dadas las circunstancias habría incurrido en un mal o daño mayor de no realizarse Véase Fields, Lloyd, "Coercion and Moral Blameworthiness", *International Journal of Applied Philosophy*, vol. 15, núm. 1, 2001, p. 142.

persona es moralmente responsable de llevarla a cabo.¹⁴⁵ En este punto se podría considerar que además de las dos causales propuestas por Fields se debería añadir que para poder reprochar moralmente a una persona por su acción, la alternativa no debe ser la realización de una acción supererogatoria.

Para que la acción sea considerada como supererogatoria debe: (i) ser mejor que la acción moralmente requerida de X¹⁴⁶ (o mejor que el acto mínimamente permisible)¹⁴⁷; (ii) implicar mayores costes para X que cualquier otra opción disponible;¹⁴⁸ (iii) estar dentro del poder de X; y (iv) conllevar un resultado moral positivo.¹⁴⁹

Debe de resaltarse que el coste que implica la realización para el individuo es solo uno de los factores a tomar en cuenta, mas no el único. Hacer grandes sacrificios personales en aras de evitar perjudicar a otra persona (incumplir un deber positivo) puede ser supererogatorio,¹⁵⁰ pero hay circunstancias en donde a pesar de que el sacrificio sea muy grande no se está en presencia de un acto supererogatorio, sino de una obligación moral muy demandante.¹⁵¹ Lo anterior,

¹⁴⁵ De acuerdo con Fields, “un agente moral es moralmente responsable de su acción si y solo si pudo haber evitado hacer lo que hizo” (traducción propia) Véase Fields, Lloyd, *op. cit.*, p. 149.

¹⁴⁶ Kawall, Jason, *op. cit.*, p. 184.

¹⁴⁷ Ferry, Michael, “Does morality demand our very best? Moral prescriptions and the line of duty”, *Philosophical Studies*, vol. 165, núm. 2, 2013, p. 574.

¹⁴⁸ Massoud, Amy, *op. cit.*, p. 701.

Hay autores que sostienen que esto es incorrecto porque hay personas que realizan actos aparentemente supererogatorios que afirman que no pudieron haber actuado de otro modo y que por tanto esto conllevaría negar el carácter supererogatorio de los actos Véase Archer, Alfred, *op. cit.*, pp. 6 y 7. Sin entrar a fondo a la discusión, se rechaza esta postura puesto que es prácticamente imposible saber si la afirmación se hace como un mero acto de humildad; y porque el hecho de que la persona le diera tanto peso moral a la opción que decidió ejecutar al punto de considerar que le hubiera sido imposible actuar de otra forma, no elimina de *facto* las alternativas, el agente sabe que estas siguen existiendo y decide no realizarlas por el peso moral que le da a cada una.

¹⁴⁹ Kawall, Jason, *op. cit.*, p. 184.

¹⁵⁰ Kamm, Frances Myrna, *Rights and Their Limits: In Theory, Cases, and Pandemics*, Nueva York, Oxford University Press, 2022, p. 169.

¹⁵¹ Kawall, Jason, *op. cit.*, p. 190.

hace que los actos supererogatorios sean especialmente meritorios no por su grado de exigencia, sino porque no existe una obligación moral de realizarlos.¹⁵²

Los actos supererogatorios suelen no requerir ninguna buena razón para omitirse¹⁵³ cuando se tratan de actos de beneficencia (estos actos serán denominados actos supererogatorios A). Pero existen otros en donde se ven involucrados temas de justicia y que por tanto deben existir razones moralmente relevantes que tengan suficiente fuerza para justificar que una acción que de otro modo sería moralmente inadmisibles sea moralmente permisible, porque la alternativa es la realización de un acto supererogatorio (estos actos serán denominados actos supererogatorios B).¹⁵⁴

Es en los actos supererogatorios B en donde resulta importante apelar, además de a las razones a favor y en contra del acto, a las razones a favor y en contra de reprochar al agente por haber realizado o no cierto acto.¹⁵⁵ El que existan razones que justifiquen realizar una acción que *prima facie* sería moralmente inadmisibles no implica que la acción *per se* se convierta en moralmente valiosa, sino que no puede reprochársele al agente el haberla realizado.

Un acto es supererogatorio cuando implica hacer más de lo que razonablemente una persona puede hacer para comportarse de una manera moralmente correcta. El que estos actos no sean obligatorios busca evitar exigencias exageradas para cumplir con la moralidad y quedar libre de culpa. Un

¹⁵² Calvo Álvarez, Felipe, *op. cit.*, p. 233.

¹⁵³ Ferry, Michael, *op. cit.*, pp. 584 y 585.

¹⁵⁴ Massoud, Amy, *op. cit.*, pp. 698 y 701.

¹⁵⁵ En este punto Michael Ferry habla de responsabilizar, sin embargo, se decidió cambiar el término de responsabilizar por reprochar debido a que se considera que el sujeto al decidir hacer o no cierto acto, si lo hizo consciente de su decisión, necesariamente tiene responsabilidad moral por haberlo o no ejecutado. Sin embargo, si existe una justificación aun cuando exista responsabilidad, esto puede conllevar que no deba reprochársele por esto. Razón por la cual se decidió modificar el término para evitar confusiones. Véase Ferry, Michael, *op. cit.*, p. 585.

ejemplo de exigencias exageradas es cuando se requiere que alguien sacrifique su vida para salvar la de alguien más.¹⁵⁶

En el caso anterior se habla de la permisión de un incumplimiento de un deber positivo, salvar a alguien, ¿pero puede esto aplicarse para el incumplimiento de deberes negativos?

Ya ha sido sostenido anteriormente que la distinción entre deberes positivos y deberes negativos no debería ser tajante al punto de no considerar ningún otro factor para determinar si la violación de un deber negativo fuerte (como la violación del deber a no matar) podría ser justificado. A continuación se retomarán dichas cuestiones.

Imagínese el siguiente escenario, al cual se le denominará E3:

Un joven hondureño (X) es 'invitado' por un miembro de la MS-13 (Y) a unirse a su organización criminal. Y amenaza a X con matarlo en caso de negarse a unirse a la pandilla.

En este escenario se podría determinar que la mera pertenencia de X en la organización criminal, si bien es moralmente mala por los fines delincuenciales de la misma, no implica (hasta este momento) una violación a un deber negativo tan grave como el no matar a alguien, por lo que podría considerarse que existe una excusa moral en aceptar unirse.

Para ilustrar el punto anterior supóngase que después de lo acontecido en E3 X opta por unirse a la organización criminal e incluso le realizan un tatuaje para identificarlo como miembro, pero antes de tener que cometer un ilícito logra escapar. En este improbable escenario la acción de X de unirse no debería ser reprochada moralmente, debido a que la alternativa –sacrificar su vida por negarse

¹⁵⁶ Moya, Carlos J., *op. cit.*, p. 7.

a pertenecer a una organización con fines delictivos, pero sin haber tenido que cometer ningún delito por este motivo— constituiría una acción supererogatoria.

Si la amenaza además hubiera incluido la muerte del hijo pequeño de X (E1), podría incluso llegarse a considerar que la mejor opción en términos morales hubiera sido el aceptar unirse, ya que es la vida de un tercero la que X tendría que poner en grave riesgo en caso de reusarse a unirse a la pandilla, mientras que la alternativa, en principio, no conllevaría consecuencias semejantes. En este caso sería complicado calificar como supererogatoria la negativa de X a unirse a la organización. La acción de unirse sería la moralmente exigida.

Ahora considérese la siguiente variante, la cual se denominará E3’.

Un joven hondureño (X) es ‘invitado’ por un miembro de la MS-13 (Y) a unirse a su organización criminal. Y informa a X que para unirse a la organización debe matar a un hijo de un miembro de una pandilla contraria (A). Y amenaza a X con matarlo en caso de negarse a realizar lo solicitado.

En E3’ se da un supuesto en donde X se enfrenta a una disyuntiva complicada,¹⁵⁷ tiene que decidir entre matar a un inocente, incumpliendo un deber negativo, o sacrificar su vida.

En este escenario, sería lógico asumir que el ingreso a la organización criminal conllevará la comisión de más actos delictivos, que aun cuando X asuma que ya no se le exigirá asesinar a nadie más y espere que le sean asignados actos menos graves como la venta de drogas o la recolección de ‘renta’ de los comercios locales, es razonable asumir que debido a la gravedad del acto que se le solicita cometer desde un inicio para pertenecer, X tiene en cuenta que es muy probable que deberá seguir incumpliendo deberes negativos para evitar su muerte. Lo anterior

¹⁵⁷ En E2 es claro que X puede suponer que el unirse a una organización criminal conllevará la comisión de ilícitos por lo que su dilema puede adelantar estos supuestos, sin embargo, para que exista claridad entre las alternativas se considera necesario exponer ejemplos detallados.

conllevaría que hubiera más en la balanza de porqué debería negarse a unirse y asumir la ejecución de la amenaza.

Sin embargo, se ha dicho que los actos supererogatorios asumen que se justifica que no se realice la acción que tiene mayor valor moral siempre y cuando la alternativa cumpla con el mínimo moral. Esto lleva a preguntarse si la sociedad esperaría de X que sacrifique su vida por evitar asesinar a alguien.

Me inclino a decir que sí es lo que se esperaría de X y que incluso por esa razón las amenazas realizadas en casos de reclutamiento forzado incluyen el asesinar a uno o varios miembros de la familia del agente coaccionado, con lo que se asume, de cierta forma, que el amenazar solo al sujeto coaccionado con la muerte podría no ser una razón moral suficiente para que el individuo decida incumplir con el deber negativo de no asesinar a un tercero. En este contexto, E3' sería un escenario de mala suerte moral.

Esto sin duda está sujeto a discusión. Algunos pueden considerar que el sujeto debe martirizarse antes que matar a otro constituyendo esto una obligación con altas exigencias morales, otros podrían clasificarlo como meritorio; pero existen escenarios de reclutamiento forzado incluso más complejos en términos morales.

Cuando la amenaza que se realiza a la víctima de reclutamiento forzado implica que terceras personas sean asesinadas si el sujeto no comete un delito bajo coacción¹⁵⁸ resulta más complicado clasificar como meritorio el que el sujeto decida sacrificar a un tercero respecto a quien además suele tener deberes especiales.

Si la amenaza además de involucrar la muerte de X incluye la de asesinar a sus hijos (Z y B), se estaría en un caso en donde también se ven involucradas las vidas de terceros con respecto a los cuales X tienen obligaciones especiales – deberes personales en palabras de Abelson o derechos morales especiales en palabras de Hart–. Este sería un caso en el que habría que cuestionarse si la

¹⁵⁸ Cfr. Skolnik, Terry, *op. cit.*, pp. 140 y 141.

distinción entre deberes positivos y negativos debería ser tan fuerte que concluya que tiene más valor moral no asesinar al miembro de la pandilla contraria a que X opte por salvar a Z y B y salvarse a sí mismo.

Es peculiar que tanto en la doctrina de acciones y omisiones como en la de deberes positivos y negativos se señala que los deberes negativos tienen prevalencia sobre deberes positivos en situaciones con consecuencias equivalentes, y que, aun así, los defensores de esta teoría suelen sostener que en ninguna circunstancia se debe asesinar a alguien para salvar a otras personas aun cuando las vidas que se salven sean más. Se sostiene que lo anterior no es correcto, ya que en este escenario las consecuencias ya no son equivalentes.

Sin embargo, debe considerarse que en este supuesto se asume que X se puede ver involucrado en la comisión de otros delitos posterior al asesinato de A, como fue mencionado anteriormente, con lo que una alternativa conlleva el asesinato de un tercero más la fuerte posibilidad de la comisión de delitos futuros, en el mejor escenario, menos graves, para seguir evitando la realización de la amenaza.

Es claro que el sacrificio que conllevaría a X el no cometer los delitos sería muy alto, pero se reitera que lo relevante para determinar si se está en presencia o no de una acción supererogatoria es saber si la comisión de estos actos para evitar las consecuencias de la amenaza cumple con el mínimo moral exigible a X.

En el escenario específico podría tener relevancia el que, por ejemplo, X este cierto y pueda demostrar que si él no realiza la ejecución del tercero alguien más lo hará de cualquier manera, por ejemplo, si es una persona que la pandilla está determinada a matar porque es un miembro de una pandilla contraria que ha hecho actos en su contra y que se haya dicho a X que en caso de que él no lo mate como parte de su ritual de iniciación alguien más de la pandilla lo hará; con lo que sacrificar su vida y la de sus hijos no conllevaría evitar la muerte de la persona que X está siendo coaccionado para asesinar.

Es por la infinidad de escenarios que pueden existir en casos de reclutamiento forzado que debe de considerarse el caso en particular al momento de la aplicación de la exclusión. Empero, se dará un último supuesto a fin de ilustrar que aun cuando el sacrificio por realizar la acción más moralmente valiosa sea muy alto para el agente, la gravedad de la alternativa puede ser tal que resulta indudable que el realizar la acción más moralmente valiosa no sería un acto supererogatorio.

Imaginemos este escenario al que denominaremos E4. Un joven hondureño (X) es 'invitado' por un miembro de la MS-13 (Y) a unirse a su organización criminal. Y informa a X que para unirse a la organización debe matar a un miembro de una pandilla contraria (A). Y amenaza a X con matarlo en caso de negarse, así como a su hijo de 1 año (Z) y a su hijo de 2 años (B). X accede a matar a A. Posteriormente, X tortura y asesina a 10 personas como rol en la pandilla en la que fue reclutado bajo coacción para evitar su muerte, la muerte de A y la muerte de B. X repudia los actos cometidos pero los asume para evitar la ejecución de la amenaza.

En E4 parece incuestionable que el no torturar y asesinar a las 10 personas no constituía un acto supererogatorio aun cuando el costo que X hubiera tenido que asumir por no hacerlo fuera extremadamente alto. Recuérdese que las acciones supererogatorias no se fundamentan únicamente en el nivel de sacrificio, sino también en que la alternativa debe cumplir con el mínimo moral que se exige del sujeto.

Si bien lo extremadamente bueno no se puede exigir, lo extremadamente malo no se puede permitir.¹⁵⁹ Debe existir un límite sobre aquello que un sujeto está excusado a realizar en busca de evitar un daño contra él o su familia. La coacción no puede ser utilizada como un cheque en blanco que permita al sujeto coaccionado realizar cualquier tipo de atrocidades para evitar la amenaza.

La coacción debe ser tomada en cuenta al momento de realizar la evaluación moral de las acciones del sujeto coaccionado, lo que implica que se analice el

¹⁵⁹ Heyd, David, *op. cit.*

sacrificio que hubiera tenido que soportar en caso de resistir la amenaza, pero el que se tome en consideración no quiere decir que necesariamente se le termine excusando. Esto será una evaluación que se tendrá que hacer caso por caso.

Es entonces que pueden existir escenarios de supererogación y de mala suerte moral en casos de reclutamiento forzado, por lo que en solicitudes de asilo de víctimas de reclutamiento forzado resulta necesario el analizar las circunstancias del caso particular para identificar si la negativa de la víctima de reclutamiento forzado constituía una acción supererogatoria o no; o en los casos de mala suerte moral, si hay atenuantes suficientes para que aun cuando exista un cierto grado de reproche moral no se justifique la negativa de refugio.

4. Consideraciones finales del reclutamiento forzado y justificaciones morales

El objetivo principal de este capítulo no ha sido el determinar bajo qué circunstancias una víctima de reclutamiento forzado se encuentra excusado para cometer actos delictivos. Lo que se ha buscado hacer es sensibilizar sobre lo complejo que resulta el hacer determinaciones morales en estos casos.

Las víctimas del reclutamiento forzado en el Triángulo Norte de Centroamérica no encuentran protección efectiva por parte de sus Estados que les permita negarse a las demandas de las organizaciones criminales sin sufrir consecuencias severas, por lo que, en ciertas circunstancias, alguien podría encontrarse moralmente excusado por haber aceptado ser miembro de una organización criminal e incluso por haber cometido ciertos delitos graves, situación que debería ser considerada en los casos de refugio.

Si solo se analiza el supuesto de aceptar o no unirse a una organización criminal a fin de evitar la amenaza se puede sostener que en casos en donde la amenaza sea muy severa la negativa a unirse a la organización constituiría una acción supererogatoria, lo que conllevaría que no se le podría reprochar moralmente al sujeto por haberse unido a la pandilla.

Si se tiene conocimiento de que el sujeto cometió actos delictivos bajo coacción dentro de la organización criminal, se debería analizar –para efectos de aplicar o no la exclusión de la figura de refugio– la naturaleza de los mismos y las circunstancias en las que se cometieron, a fin de identificar si era un mero escenario de mala suerte moral y el grado de reproche que puede hacersele al solicitante de asilo.

CAPÍTULO III. INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN EN CASOS DE RECLUTAMIENTO FORZADO

Del análisis realizado en el capítulo primero de la presente investigación se puede concluir que el identificar correctamente quién es un refugiado es relevante debido a que si a una persona a la que debería serle reconocido el carácter de refugiada se le niega (lo que conllevaría que no se otorgara la protección de la figura de refugio y que, en principio, fuera regresada a su país de origen¹⁶⁰), su vida misma se encontraría en peligro. Mientras que si se otorga la protección de la figura del refugio a personas que no deberían ser considerados como refugiados, se puede perder la efectividad de la figura del refugio al no cumplir con su objetivo.

Se ha mencionado también que resultaría más apropiado adoptar una definición de refugiado más amplia, en la que no se contemple únicamente a la persecución –y, por tanto, no se limite a las cinco causales de persecución contenidas en la definición de refugiado de la Convención– como causa de huida para efectos de otorgar la protección de la figura de refugio.

Empero, como también ha sido mencionado, el fenómeno de reclutamiento forzado en el Triángulo Norte de Centroamérica es sumamente grave y representa una crisis actual en dicha región, por lo que resulta ser una solución más expedita el fundamentar porqué con la definición imperante de refugiado se podría considerar a algunas de las víctimas de reclutamiento forzado como refugiados y no requerir necesariamente de una reforma a la Convención o a la legislación

¹⁶⁰ La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes también contempla el principio de no devolución y a pesar de que la persona haya cometido un delito no se le excluye de la protección (se le ha dado el nombre de protección complementaria). Sin embargo, en este caso surge otro problema porque si bien las personas no son devueltas a su país de origen, carecen de estatus jurídico en el país receptor. (Véase Van Wijk, Joris y Reijven, Joke, “Caught in Limbo: How Alleged Perpetrators of International Crimes who Applied for Asylum in the Netherlands are Affected by a Fundamental System Error in International Law”, *International Journal of Refugee Law*, 2014, vol. 26, núm. 2).

nacional (que suele adoptar una definición similar a la de la Convención) para poder dar respuesta a dicho fenómeno.

La primera sección del presente capítulo tendrá como objetivo el demostrar que el reclutamiento forzado (ya sea casos en los cuales la persona aún no sucumbe a la amenaza y casos en los que la persona sucumbió a la amenaza y se unió a la pandilla, pero posteriormente deserta) puede constituir una forma de persecución en el sentido de la Convención, sobre todo dado el contexto del crimen organizado en el Triángulo Norte de Centroamérica.

En el segundo capítulo fueron analizados ciertos elementos que pueden resultar fundamentales al momento de determinar si alguien se encontraba moralmente excusado de unirse a una organización criminal, así como para la comisión de ciertos delitos, a causa de la coacción.

En relación con lo anterior, la segunda sección del presente capítulo abordará la importancia de tomar dichos factores en cuenta al momento de determinar si opera la exclusión de la protección de refugio en casos de reclutamiento forzado, para lo que además se analizará qué es lo que se busca con la exclusión, esto es, si puede equipararse a un castigo, así como las implicaciones de lo anterior.

Es, por tanto, que el presente capítulo tiene como principal objetivo el demostrar que: (i) una persona originaria de algún país del Triángulo Norte de Centroamérica que huye del reclutamiento forzado, puede, en principio, ser considerada como refugiado; y (ii) la comisión de delitos comunes graves no debe tener como consecuencia necesaria que la persona sea excluida de la protección del refugio en virtud del artículo 1F(b) de la Convención, ya que existirán escenarios en donde la persona debería ser moral y jurídicamente excusada de la comisión de dichos actos, con lo que no se justificaría la exclusión de la protección.

1. Contexto del crimen organizado en el Triángulo Norte de Centroamérica

A lo largo de la presente investigación se ha señalado que la violencia provocada por el crimen organizado es una constante en Latinoamérica, sobre todo en la región del Triángulo Norte de Centroamérica. Lo anterior se ha convertido en un factor central para el desplazamiento forzado de un gran número de personas originarias de dicha región. Lo que ahora se pretende identificar es si debido a esta situación las víctimas de reclutamiento forzado en la región podrían pedir refugio bajo las causales de persecución señaladas en la Convención.

El estándar que ha sido adoptado por EE. UU., para determinar si existe persecución es que “se hayan roto los lazos de confianza, lealtad, protección y asistencia existentes entre un ciudadano y su país”; así como que el análisis no se debe centrar en si los esfuerzos del gobierno para proteger al solicitante fueron efectivos en su caso específico, o en unos pocos casos en los que los perpetradores quedaron impunes.¹⁶¹ La *rationale* de lo anterior es que no puede exigirse a los países que garanticen la inexistencia de delitos, el que una persona haya sido víctima de algún ilícito no activa necesariamente la figura de refugio ya que esto rebasa los objetivos de la figura.

Debido a lo anterior, resulta relevante conocer al momento de realizar las determinaciones de asilo el contexto de la violencia generada por el crimen organizado en el Triángulo Norte de Centroamérica, así como que hay una falta de protección efectiva al respecto por estos países, quienes han optado por políticas de mano dura que han acentuado el problema. Esto es, la incapacidad de los países para proteger a las víctimas del crimen organizado, en este caso a las víctimas de reclutamiento forzado, no se da en casos aislados. La problemática del crimen organizado en la región del Triángulo Norte de Centroamérica es muy compleja

¹⁶¹ *Matter of A-B-*, 28 I&N Dec. 199 (A.G. 2021), 207.

debido al poder que ostentan las pandillas en la región y al rol de las autoridades al respecto.

El Triángulo Norte de Centroamérica es, actualmente, una de las regiones más violentas del mundo.¹⁶² Cada año la violencia aumenta debido, principalmente, al crimen organizado.¹⁶³

La violencia que se vive en el Triángulo Norte de Centroamérica no es muy diferente a la que acontece en lugares que se encuentran en guerra. Los asesinatos, secuestros y extorsiones son recurrentes, así como su impunidad. La problemática está encabezada por actores no estatales que suelen reclutar a la fuerza tanto a ciudadanos como a migrantes.¹⁶⁴ Sin embargo, la mayoría de las personas de esta región que se ven forzadas a huir son tratadas como migrantes económicos, lo que tiene como consecuencia que se les niegue el refugio.¹⁶⁵

Los países que componen al Triángulo Norte de Centroamérica albergan a unas de las pandillas más poderosas del hemisferio occidental, la Mara Salvatrucha (MS-13) y la Mara Barrio 18 (B-18) (indistintamente denominadas Maras). Estas pandillas son grupos delictivos altamente organizados que coaccionan, amenazan, desaparecen, agreden sexualmente o asesinan, a quienes se les resisten. Las fuerzas de seguridad resultan ineficaces para proteger a la población de esta violencia y en ocasiones incluso colaboran con las Maras en actividades delictivas.¹⁶⁶

¹⁶² Médecins Sans Frontières, *op. cit.*, p. 4.

¹⁶³ Cruz, José Miguel, "State and criminal violence in Latin America", *Crime, law and social change*, vol. 66, 2016, p. 376.

¹⁶⁴ Médecins Sans Frontières, *op. cit.*, p. 8; Izcara Palacios, Simón Pedro, *op. cit.*, pp. 99, 100, 102 y 105.

¹⁶⁵ Médecins Sans Frontières, *op. cit.*, p. 6.

¹⁶⁶ International Crisis Group, *El salario del miedo: maras, violencia y extorsión en Centroamérica. Informe sobre América Latina N° 62*, Bélgica, 2017, p. 1; También véase Human Rights Watch, *HRW: Informe Mundial 2020. Resumen de País: El Salvador*, *op. cit.*, pp. 1 y 2; Asamblea General de las Naciones Unidas, *Situación de los derechos humanos en Guatemala. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/43/3/Add.1)*, 2020, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/country-reports/situation-human-rights-guatemala-report->

La situación anteriormente descrita origina un alto índice de desconfianza en los ciudadanos de estos países, lo que a su vez genera que la gran mayoría de los delitos cometidos por pandillas no sean denunciados.¹⁶⁷ Los jóvenes que viven en estas regiones son el grupo más afectado teniendo la tasa de homicidios más alta de este grupo de edad que en cualquier otra región del mundo.¹⁶⁸

El número de miembros de las Maras es desconocido y las cifras varían mucho de una fuente a otra. Algunas fuentes estiman que tan solo en El Salvador hay un aproximado de 400,000 miembros,¹⁶⁹ con lo que resulta razonable el temor que pueden llegar a sufrir sus víctimas de oponerse a formar parte de dichas organizaciones y la ineficacia que puede llegar a tener el desplazamiento interno como solución para huir de la persecución.

La problemática del crimen organizado ha propiciado que un gran número de personas provenientes del Triángulo Norte de Centroamérica huyan de su país de origen en busca de refugio. Para 2022, el número de solicitudes de asilo provenientes de ciudadanos de Honduras fue de 80,738;¹⁷⁰ de ciudadanos de Guatemala de 46,797;¹⁷¹ y de ciudadanos de El Salvador de 42,763.¹⁷²

El Salvador es uno de los países en donde operan las Maras. Las estrategias de “mano dura” contra el crimen organizado que ha implementado el gobierno de este país han aumentado los niveles de violencia. En los últimos años el país ha sido más violento que durante la guerra civil,¹⁷³ una prueba de esto es que El Salvador es el país con la tasa de homicidios más alta del mundo, con más de 50

united-nations-high-commissioner, p. 10; InSight Crime, “Perfil de Guatemala”, 28 de febrero de 2021, consultado el 12 de marzo de 2023, disponible en: <https://es.insightcrime.org/noticias-crimen-organizado-guatemala/guatemala/#Fuerzas%20de%20Seguridad>.

¹⁶⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de derechos humanos en Honduras. OEA/Ser.L/V/II. Doc.146/19*, 2019, pp. 37 y 38.

¹⁶⁸ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *op. cit.*, p. 25.

¹⁶⁹ International Crisis Group, *El salario del miedo: maras, violencia y extorsión en Centroamérica. Informe sobre América Latina N° 62*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁷⁰ UNHCR, *Refugee data finder. Assylum applications Honduras*, *op. cit.*

¹⁷¹ UNHCR, *Refugee data finder. Assylum applications Guatemala*, *op. cit.*

¹⁷² UNHCR, *Refugee data finder. Assylum applications El Salvador*, *op. cit.*

¹⁷³ Rosen, Jonathan, *op. cit.*, p. 120.

homicidios por cada 100,000 habitantes en 2023 según algunos informes.¹⁷⁴ Cabe señalar que esta cifra dista mucho de las cifras oficiales, mismas que de acuerdo con el Observatorio Universitario de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana tienen un subregistro de entre el 19% y el 51%.¹⁷⁵

Además, la política seguida en El Salvador para disminuir la violencia originada por el crimen organizado ha incluido detenciones arbitrarias masivas, desapariciones forzadas y violaciones al debido proceso. Dicha política, además de ser contraria a derechos humanos, no ha evitado que las pandillas sigan ejerciendo control en ciertas zonas del país, en donde reclutan por la fuerza –principalmente a niños– y matan, desaparecen y/o agreden sexualmente a quienes se les resisten.¹⁷⁶

En el caso de Honduras, organizaciones de la sociedad civil también denuncian un subregistro en las cifras de homicidios de los últimos años, a esto se aúna el que la gran mayoría de los delitos no son denunciados como consecuencia de la falta de credibilidad en el sistema de justicia debido a los altos índices de impunidad y a que, en algunos casos, miembros de las fuerzas policiales son los agentes generadores de la inseguridad.¹⁷⁷ Empero, los altos índices de violencia continúan, las masacres siguen aconteciendo.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Statista, “Ranking of the most dangerous countries in the world in 2023, by murder rate (per 100,000 inhabitants)”, 7 de junio de 2023, consultado el 25 de enero de 2024, disponible en: <https://www.statista.com/statistics/262963/ranking-the-20-countries-with-the-most-murders-per-100-000-inhabitants/#:~:text=World's%20most%20dangerous%20countries%202023%2C%20by%20homicide%20rate&text=El%20Salvador%20saw%20a%20murder,most%20dangerous%20city%20for%20murders>.

¹⁷⁵ Deutsche Welle, “OUDH: cifra de homicidios en El Salvador ‘no es veraz’”, 19 de abril de 2023, consultado el 4 de febrero de 2024, disponible en: <https://www.dw.com/es/oudh-cifra-de-homicidios-en-el-salvador-en-2022-no-es-veraz/a-65366818>.

¹⁷⁶ Human Rights Watch, *World Report 2023. Events of 2022*, Nueva York, 2023, disponible en: <https://www.hrw.org/es/world-report/2023>, p. 199.

¹⁷⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 37 y 38.

¹⁷⁸ Véase por ejemplo: Sandoval, Elvin, “Masacre en Comayagüela, Honduras: asesinan a 6 personas en un hotel”, CNN Español, 4 de marzo de 2023, consultado el 13 de marzo de 2023, disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2023/03/04/masacre-en-comayagüela-honduras-asesinan-a-6-personas-en-un-hotel-orix/>; Sandoval, Elvin, “Al menos nueve muertos en una masacre en el centro de Honduras”, CNN Español, 7 de marzo de 2023, consultado el 13 de marzo de 2023,

Lo más grave es que, a pesar del subregistro de delitos, Honduras sigue presentando una de las tasas de homicidios más altas del mundo,¹⁷⁹ ocupando el cuarto lugar en tasa de homicidios (38.93 homicidios por cada 100,000 habitantes).¹⁸⁰

El caso de Guatemala es muy similar, cuenta con una gran presencia del crimen organizado en todo el país, en varios casos, en colusión con las autoridades. Los jóvenes también constituyen el grupo más afectado de la sociedad por esta problemática,¹⁸¹ lo que ha forzado a un gran número de jóvenes guatemaltecos a huir del país.¹⁸² Entre enero y septiembre de 2022 fueron deportados 72,111 hondureños, la mayoría desde México y EE. UU. Cabe mencionar que el mayor número de desplazamientos forzados (incluyendo desplazamiento forzado interno) se dio por niños que huían del reclutamiento forzado.¹⁸³

Es a causa del contexto narrado que resulta generalmente razonable concluir que “se [rompieron] los lazos de confianza, lealtad, protección y asistencia existentes”¹⁸⁴ entre el solicitante de asilo originario de alguno de los países que conforman al Triángulo Norte de Centroamérica y su país de origen, debido a que no se trata de casos aislados en donde simplemente no se ha tenido éxito, sino que existe una violación sistemática por parte de dichos países de proteger efectivamente a víctimas del crimen organizado de sus perseguidores en su territorio. Existiendo una problemática particularmente grave en casos de reclutamiento forzado de jóvenes.

disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2023/03/07/masacre-centro-honduras-nueve-muertos-orix/>.

¹⁷⁹ Human Rights Watch, *HRW: Informe Mundial 2020. Resumen de País: Honduras, eventos 2019, 2020*, disponible en: <https://www.hrw.org/es/world-report/2020/country-chapters/honduras>.

¹⁸⁰ Statista, “Ranking of the most dangerous countries in the world in 2023, by murder rate (per 100,000 inhabitants)”, *op. cit.*

¹⁸¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Situación de los derechos humanos en Guatemala. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/43/3/Add.1)*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁸² Human Rights Watch, *HRW: Informe Mundial 2020. Resumen de País: Guatemala*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁸³ Human Rights Watch, *World Report 2023. Events of 2022*, *op. cit.*, p. 283.

¹⁸⁴ *Matter of A-B-*, 28 I&N Dec. 199 (A.G. 2021), 207.

2. Cláusula de inclusión: reclutamiento forzado y persecución

Se reconoce que la persecución generada por el crimen organizado se puede dar de muchas formas, no obstante, para efectos de la presente investigación se analizarán únicamente dos escenarios a fin de determinar si se podría solicitar asilo a causa de ellos: (i) aquel en el que miembros de alguna organización criminal pretenden forzar a una persona a formar parte de dicha organización, pero la persona huye en busca de refugio sin haber sucumbido a la amenaza; y (ii) aquel en el que una persona fue reclutada por medio de coacción pero posteriormente deserta de la pandilla y solicita refugio.

En este apartado se analizará si los dos escenarios descritos en el párrafo que antecede podrían constituir una forma de persecución para los efectos de refugio desde la perspectiva de las causales de opinión política y pertenencia a un determinado grupo social debido a que estas son las causales que más se adecúan a los casos de reclutamiento forzado.

2.1. *Intento de reclutamiento forzado como forma de persecución*

Negarse a acatar las demandas de una pandilla es percibido por sus miembros como una falta de respeto, por lo que la negativa a unírseles suele conllevar amenazas, seguidas de represalias en caso de que la negativa a las demandas persista. Es importante resaltar que una vez que los miembros de una pandilla han realizado una amenaza la gravedad de esta no disminuye a pesar del tiempo.¹⁸⁵

Las principales víctimas de reclutamiento forzado son jóvenes sin hogar, con escasos recursos económicos y provenientes de barrios marginados. Una vez que alguien es reclutado se suelen llevar a cabo rituales de iniciación que conllevan la ejecución de actos sumamente violentos.

¹⁸⁵ ACNUR, *Nota de Orientación sobre las Solicitudes de la Condición de Refugiado relacionadas con las Víctimas de Pandillas Organizadas*, op. cit., párrs. 5 y 6.

Dichos actos pueden ser realizados por partes de los miembros de la pandilla en contra de los reclutados –en donde pueden ser sometidos a violencia física o sexual– o los miembros de la pandilla pueden obligar a los reclutados a cometer delitos graves, incluso asesinato. Un factor a considerar es que quien ha ingresado a las Maras no podrá salir nunca de la pandilla sin que su vida se vea amenazada debido a que la pertenencia a esta es visualizada como un compromiso vitalicio.¹⁸⁶

Los Estados pueden considerarse agentes de persecución en casos de reclutamiento forzado cuando colaboran con las pandillas. El ACNUR ha señalado que para evaluar la disponibilidad de la protección del Estado se requiere tener información acerca de los programas implementados para abordar el fenómeno de las pandillas y su eficacia, pues si bien no hay una expectativa de que se garantice el nivel más alto de protección en todo momento, debe existir una protección real y eficaz.¹⁸⁷

En esta misma línea, precedentes estadounidenses han establecido que para determinar que existe persecución, se requiere que el gobierno del país de origen haya incumplido su deber básico de proteger a sus ciudadanos, de haberlos dañado activamente o de haber tolerado dicho daño.¹⁸⁸ Por tanto, el que la víctima no hubiera denunciado la persecución puede ser excusado cuando hay elementos suficientes para considerar que las autoridades hubieran sido incapaces o no hubieran estado dispuestas a otorgar protección.¹⁸⁹

Es por lo anterior que, como mencionado, resulta relevante tener en cuenta el contexto imperante en el Triángulo Norte de Centroamérica al momento de evaluar las solicitudes de asilo de víctimas de reclutamiento forzado originarias del Triángulo Norte de Centroamérica.

¹⁸⁶ *Ibidem*, párr. 7.

¹⁸⁷ *Ibidem*, párrs. 22, 24-27.

¹⁸⁸ *Matter of A-B-* citando *Lopez v. U.S. Att'y Gen.*, 504 F.3d 1341, 1345 (11th Cir. 2007).

¹⁸⁹ *Matter of A-B-*, *op. cit.*, 206.

El caso *Tabora Gutiérrez v Garland* sirve para ilustrar la falta de protección efectiva que viven estos solicitantes de asilo por parte de su país de origen en este tipo de persecución. A continuación se desarrollan de manera sucinta los hechos del caso:¹⁹⁰

Tabora Gutiérrez es un ciudadano de Honduras que ha resistido los intentos de la MS-13 de obligarle a unirse a la banda. Tabora Gutiérrez trasladó a su familia a otra ciudad debido a las amenazas realizadas por las Maras por su negativa a unírseles, pero mientras dejaba a su hija en la escuela un miembro de la pandilla volvió a amenazarle de muerte. Debido a estas amenazas intentó ingresar a EE. UU., sin embargo, fue deportado inmediatamente.

Un año después, cuatro miembros de la pandilla lo agredieron; durante más de veinte minutos lo golpearon, patearon y apuñalaron con una botella rota, mientras le decían que esto representaba una represalia por su negativa a unirse a la pandilla. Los testigos no intervinieron y la policía no acudió. La violencia ejercida fue tan grave que Tabora Gutiérrez se desmayó y despertó en una clínica de urgencias (se menciona que su escrito de apelación contiene fotos espantosas de sus lesiones). Debido a los hechos anteriores, Tabora Gutiérrez volvió a trasladar a su familia a otra ciudad y denunció la agresión a la policía, pero no recibió ningún informe policial al hacerlo.

Tres meses después, miembros de las Maras lo encontraron y le dispararon a él y a su esposa, ambos sobrevivieron. Cuando regresaron del hospital los vecinos les informaron que hombres armados habían ido a buscarlos. Tabora Gutiérrez volvió a trasladar a su familia y denunció el tiroteo a la policía identificando a los tiradores como miembros de la MS-13, empero, estos le informaron que “no podían ayudarlo” y que si “valoraba [su] vida, [debía] huir del país”. Asimismo, se negaron a identificar a los agresores como miembros de la MS-13.

¹⁹⁰ Traducción propia, *Tabora Gutierrez v. Garland*; 12 F.4th 496 (5th Cir. 2021).

Tabora Gutiérrez huyó a EE. UU., en busca de refugio, pero se le denegó porque se dictaminó que la persecución que sufría, “aunque suficientemente grave, no se había perpetrado por ningún motivo protegido... En lugar de ello, el trato que recibía era consecuencia de ‘la agenda delictiva desgraciadamente habitual de la MS-13: reclutar, extorsionar, amenazar y tomar represalias contra quienes los desafían’”.

Este caso resulta ilustrativo tanto porque permite visualizar la ineffectividad de la protección otorgado en estos casos, como por el hecho de que Tabora Gutiérrez intentó por todos los medios resistirse al reclutamiento: (i) se trasladó internamente con su familia en varias ocasiones para evitar la persecución; (ii) se negó a unirse a la pandilla incluso cuando tanto él como su esposa resultaron gravemente heridos a causa de su negativa; y (iii) denunció las agresiones a la policía, misma que le insinuó que la única forma de seguir con vida era huir del país.

Es entonces que, aun cuando algunas de las acciones de Tabora Gutiérrez tendientes a evitar unirse a la pandilla llegaron a constituir actos supererogatorios, el refugio le fue negado. Este no es un caso de exclusión pues no se vio involucrado en la comisión de delitos, Tabora Gutiérrez ni siquiera se unió a la organización criminal, por lo que solamente se involucra el análisis de la inclusión.

A continuación se pretende demostrar por qué los intentos de reclutamiento forzado, como los vividos en el caso de Tabora Gutiérrez, sí deberían considerarse como una forma de persecución por un motivo protegido.

2.1.1. Intento de reclutamiento forzado: persecución por pertenencia a un determinado grupo social

El ACNUR define a un grupo social determinado como:¹⁹¹

... un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos.

(énfasis añadido)

La definición transcrita líneas arriba contempla el enfoque de 'características protegidas' y el de 'percepción social'. El ACNUR ha señalado que para efectos de la definición de refugiado no es necesario que se identifique al solicitante de asilo por medio de ambos, sino que cualquiera de ellos basta.¹⁹²

De acuerdo con el enfoque de características protegidas, para que se considere como determinado grupo social, el grupo debe estar unido por una característica inmutable o por una característica que resulte tan fundamental para la dignidad humana que nadie debería estar obligado a renunciar a ella. En este enfoque se debe de analizar: (i) si hay una característica innata; (ii) si hay una condición ya sea temporal o voluntaria que debido a que ocurrió en el pasado es inmutable; (iii) o si hay una característica o asociación fundamental para la dignidad humana.¹⁹³

En el caso Orozco-Polanco, fue determinado que el solicitante de asilo sufrió persecución por su pertenencia al grupo social particular de jóvenes guatemaltecos, hombres pobres, que creen en el estado de derecho, en ganarse la vida honradamente y en no participar en actividades ilegales como el narcotráfico y el

¹⁹¹ ACNUR, *Directrices sobre la protección internacional: 'pertenencia a un determinado grupo social' en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*, 2002, párr. 11.

¹⁹² *Idem*.

¹⁹³ *Ibidem*, párr. 6.

uso de la violencia; así como que se trataba de persecución por opinión política.¹⁹⁴ Sin embargo, casos más recientes de reclutamiento forzado han adoptado un enfoque distinto.

Las solicitudes de asilo basadas en la persecución por pertenencia a un determinado grupo social se niegan a menudo a las víctimas de reclutamiento forzado, ya que se considera que el único rasgo común entre ellas es la persecución que han sufrido.¹⁹⁵ Por lo que, derivado de que la definición específica que la característica común debe de ser distinta al hecho de que las personas sean perseguidas, bajo esta interpretación, las víctimas de reclutamiento forzado caen fuera de la definición de grupo social determinado.

En este sentido, el que la definición de grupo social determinado señale que para establecer que un grupo de personas pertenece a un determinado grupo social la característica común debe de ser distinta al hecho de que sean perseguidas, pudiera parecer problemático para el caso de reclutamiento forzado, toda vez que se podría compartir la opinión previamente descrita respecto a que la única característica que comparten es que son víctimas de dicho fenómeno. Sin embargo, las víctimas de reclutamiento forzado pueden compartir características innatas o inmutables distintas, como edad, género y condición social.¹⁹⁶

Si bien la edad es una condición temporal, la juventud es una característica imposible de cambiar en un momento específico; la negativa a unirse es una experiencia compartida que resulta inmutable. Con negativa a unirse se hace referencia no al acto de persecución, sino el acto de la negativa a sucumbir al reclutamiento forzado, en donde se comparte el interés (con su respectivo esfuerzo) de respetar el estado de derecho.¹⁹⁷ Además, las circunstancias en las que se

¹⁹⁴ *Matter of Orozco-Polanco* (18 December 1997), A75-244-012 (US Executive Office for Immigration Review).

¹⁹⁵ Véase *Alvizures-Gomes v. Lynch*, 830 F.3d (1st Cir. 2016).

¹⁹⁶ ACNUR, *Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con las víctimas de pandillas organizadas*, op. cit., párr. 36.

¹⁹⁷ *Ibidem*, párrs. 36-38.

efectuó el reclutamiento forzado por parte de las pandillas pueden unir a las víctimas de este.¹⁹⁸

En cuanto al enfoque de percepción social, se considera como determinado grupo social si los miembros de un grupo comparten una característica que convierta al grupo en conocido o que lo distinga del resto de la sociedad.¹⁹⁹ Al respecto, resulta relevante reiterar que el Triángulo Norte de Centroamérica es una región en donde resulta arriesgado ejercer oposición a las pandillas por el poder que ostentan y su presencia a lo largo de la región. Esta situación se acentúa en barrios controlados por las pandillas, ya que quienes se les resisten pueden quedar excluidos de la sociedad.²⁰⁰

Derivado de lo anterior, la sociedad puede percibir como un grupo social determinado a aquellos a quienes las pandillas intentan reclutar, por características como juventud, género, origen, o clase social determinada. Evidencia de lo anterior es que existe un número significativo de gente joven de determinadas áreas que resulta ser el blanco de las pandillas para reclutamiento forzado.²⁰¹

Es entonces, que el reclutamiento forzado puede constituir una forma de persecución de conformidad con la causal de pertenencia a un grupo social determinado por cualquiera de sus enfoques, ya sea el enfoque de características protegidas o el de percepción social. Recordando que basta con que se considere que el solicitante de asilo es perseguido por su pertenencia a un grupo social determinado por medio de cualquiera de dichos enfoques, no necesariamente por ambos.

¹⁹⁸ Shah, Anjani P., “Protecting the ‘unwanted’: how and why we should defend former gang members in their pursuit of asylum”, *Journal of Law and Policy*, vol. 31, núm. 1, 2022, p. 266.

¹⁹⁹ ACNUR, *Nota de Orientación sobre las Solicitudes de la Condición de Refugiado relacionadas con las Víctimas de Pandillas Organizadas*, op. cit., párr. 7.

²⁰⁰ *Ibidem*, párr. 41.

²⁰¹ *Idem*.

2.1.2. Intento de reclutamiento forzado: persecución por opinión política

No existe una definición en la Convención de opinión política. Sin embargo, solicitar refugio por motivo de opinión política refiere, tradicionalmente, que el solicitante sostenga opiniones no toleradas por las autoridades al expresar una crítica de su política o de sus métodos. Generalmente supone también que las autoridades tengan noticia de dichas opiniones o que les sean atribuidas al solicitante.²⁰²

Sin embargo, también pueden darse casos en los que el solicitante no ha manifestado sus opiniones pero que debido a la firmeza de sus convicciones se puede razonablemente suponer que es inevitable que en algún punto las manifieste y que como consecuencia de ello entrará eventualmente en conflicto con la autoridad. Es importante señalar que no basta con sostener opiniones políticas diversas a la autoridad, sino que este hecho debe provocar en el solicitante temores de ser perseguido.²⁰³

Decisiones de tribunales de diversas jurisdicciones han sostenido que el concepto de opinión política debe al menos referirse a expresar o haber sido atribuido de expresar opiniones sobre asuntos del Estado.²⁰⁴ Los tribunales estadounidenses suelen considerar que los intentos de reclutamiento forzado no constituyen persecución por motivos de opinión política, ya que normalmente se considera que la persecución está motivada por el deseo de aumentar las filas de las pandillas y que esta situación no tiene nada que ver con la opinión política de las víctimas de reclutamiento forzado.²⁰⁵ Al respecto, sirve como ejemplo el caso

²⁰² ACNUR, Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 1992, párrs. 80-82.

²⁰³ *Idem*.

²⁰⁴ Khoday Amar, *op. cit.*, p. 476.

²⁰⁵ Véase *Matter of M-E-V-G-*, 26 I&N Dec. 227 (BIA 2014); *Alvizures-Gomes v. Lynch*, 830 F.3d (1st Cir. 2016); *Elias-Zacarias v. INS*, 502 U.S. 478 (1992).

de *Rivera Barrientos v Holder*, el cual se relata de manera sucinta para ilustrar el punto:²⁰⁶

Rivera Barrientos es ciudadana de El Salvador. Miembros de la MS-13 se acercaron a ella y le pidieron que se uniera a la MS-13. Ella se negó.

Durante varios meses, los miembros de la pandilla continuaron acosándola y presionándola para que se uniera, pero ella volvió a negarse, manifestando que desaprobaba las actividades de la pandilla. Derivado de su negativa, los miembros de la pandilla le pusieron un cuchillo en la garganta y la obligaron a subir a un coche, le vendaron los ojos y la llevaron a un campo. Tras sacarla del coche, los miembros de la pandilla preguntaron si había cambiado de opinión, y ella les dijo que no. Los miembros de la pandilla comenzaron a agredirla sexualmente. Al intentar escapar uno de ellos le golpeó la cara con una botella de cerveza. Tres de los miembros de la pandilla la violaron brutalmente. Después le dijeron que tenía que unirse a la pandilla y que si hablaba con la policía la matarían a ella y a su madre. Rivera Barrientos no denunció la violación porque temía que los miembros de la pandilla cumplieran sus amenazas y no creía que la policía pudiera protegerla.

Rivera Barrientos no salió de su casa durante varios días después del ataque. Durante este tiempo, los miembros de la pandilla se presentaron en su casa en alrededor de cinco ocasiones exigiendo hablar con ella y repitiendo su intención de reclutarla. Su madre mintió y les dijo que no sabía dónde estaba.

Dos semanas después, sus hermanos le enviaron dinero y salió de El Salvador hacia México en autobús. Posteriormente fue detenida por funcionarios de inmigración cuando intentaba cruzar ilegalmente la frontera con EE. UU. Su madre informó que los miembros de la pandilla regresaron en múltiples ocasiones a su casa en búsqueda de Rivera Barrientos desde que se marchó.

²⁰⁶ Traducción propia, *Rivera Barrientos v. Holder*; Case No. 10-9527 (10th Cir. 2012).

El juez de inmigración²⁰⁷ concluyó que la solicitud de refugio de Rivera Barrientos carecía de mérito por no demostrar que la persecución fue a causa de su opinión política o pertenencia a un grupo social particular.

Rivera Barrientos apeló la negativa de su solicitud, ya que afirmó que el ataque fue una represalia por su oposición política al programa de la pandilla, que expresó al negarse a unir a la pandilla y condenar sus prácticas.

La Junta de Apelaciones de Inmigración (BIA²⁰⁸) determinó que el ataque no se debió a su opinión política, debido a que, aunque expresó opiniones contrarias a las pandillas, los pandilleros intentaron obligarla a unirse a la pandilla y el ataque se debió a su negativa.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) presentó un *amicus curiae* en apoyo de la solicitud de asilo de Rivera Barrientos. A pesar de esto, el Décimo Circuito confirmó la decisión de la BIA negando la solicitud de asilo de Rivera Barrientos.

Rivera Barrientos se opuso a unirse a la pandilla por reprobar el tipo de actividades que realizan, aun cuando esto conllevó ataques brutales a su persona, en un Estado que estaba convencida era incapaz de ofrecerle protección frente a la pandilla y en donde ahora incluso la vida de su familia se encontraba en riesgo. A pesar de todo lo anterior en todas las instancias consideraron que, aunque trágico, su caso no representaba uno de persecución conforme a la definición de refugiado. ¿Fue esta conclusión legal y moralmente adecuada?

En términos morales la negativa de otorgar protección a Rivera Barrientos resulta difícil de sostener. Rivera Barrientos actuó de manera supererogatoria,

²⁰⁷ Los jueces de inmigración son jueces de derecho administrativo dentro del Departamento de Justicia (Véase Keyes, Elizabeth A., *op. cit.*, p. 339).

²⁰⁸ La BIA (*The Board of Immigration Appeals*) es el órgano de apelación, suele ser el último tribunal que revisa una solicitud de asilo, empero, si hay una decisión de la BIA con la que el Fiscal General no esté de acuerdo, puede atraer y ofrecer un resultado o un razonamiento diferente (Véase Keyes, Elizabeth A., *op. cit.*, pp. 339 y 340).

prefirió ser brutalmente atacada y arriesgarse a volver a serlo antes de unirse a una organización criminal. Debido a la falta de posibilidades realistas de protección por parte del Estado y a la negativa de EE. UU., para otorgarle refugio, sus únicas opciones fueron, a partir de entonces, unirse a la pandilla o asumir ser brutal y continuamente atacada e incluso poner en riesgo a su familia.

El rechazo de la solicitud de asilo complejiza aún más la decisión de no unirse a la organización criminal, con lo que se crean resultados no óptimos. ¿La sociedad podría esperar de Rivera Barrientos que se siga negando a unirse a la pandilla después de todo lo que ha sufrido, ante una clara imposibilidad de huida derivada de la negativa de asilo y poniendo la vida de su madre en riesgo –alguien ante quien tiene deberes especiales–? Parece difícil contestar afirmativamente la pregunta.

Aunado a lo anterior, el sustento legal para rechazar la solicitud de asilo de Rivera Barrientos recae principalmente en considerar que las repercusiones tomadas por los miembros de las pandillas contra las víctimas de reclutamiento forzado por la negativa a unirse no constituyen un caso de persecución por opinión política.

Al respecto, cabe cuestionar si solamente puede solicitarse asilo con base en la causal de opinión política cuando las opiniones son contrarias a las autoridades estatales. La ACNUR ha sostenido que el concepto de opinión política debe ser entendido en un sentido amplio, debiendo abarcar “cualquier opinión o asunto en el que esté involucrado el aparato estatal, gubernamental, social o político”.²⁰⁹

Lo anterior se basa en que la causal de opinión política debe reflejar la realidad histórica, geográfica, política, jurídica, así como el contexto sociocultural del país de origen del solicitante de asilo. En el caso de Centroamérica, particularmente en la región del Triángulo Norte, sostener objeciones a las actividades de las pandillas o a políticas estatales relacionadas con las pandillas (siempre que las objeciones

²⁰⁹ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional No. 1: la persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*, 2002, párr. 32.

se deban a una convicción política), resulta equivalente a una opinión política de los métodos y políticas de aquellos en el poder. Por lo que en aquellos casos en los que el solicitante de asilo tenga fundados temores de ser perseguido a causa de dicha disidencia se puede considerar persecución a causa de opinión política en el contexto de la Convención.²¹⁰ Es entonces que la pregunta relevante ahora es si la negativa a unirse a una pandilla cae dentro de este supuesto.

En el caso *W-G-R-*, la BIA sostuvo que las represalias que sufrió el solicitante de asilo se sostuvieron por el deseo de los miembros de la pandilla a hacer cumplir su código de conducta y castigar la infidelidad a la pandilla.²¹¹ La BIA determinó que lo anterior no constituía persecución por opinión política.

Este tipo de determinaciones erran al no considerar debidamente el contexto del Triángulo Norte de Centroamérica. Debido a que las Maras ejercen poder *de facto* en esta región —lo que implica que en ciertas áreas de dicha región las autoridades apoyan las actividades de las Maras o no tienen la capacidad para detenerlas— existen situaciones en las que expresar objeciones a las actividades de las pandillas puede considerarse una opinión crítica de las actividades llevadas a cabo por estas y, al ser las pandillas un grupo que ostenta un gran poder en la región—incluso mayor al poder gubernamental— constituiría una opinión política.²¹²

La negativa a unirse a una pandilla puede expresar sentimientos antipandillas de manera tan clara como si se les criticara públicamente, debido a que las pandillas consideran que el negarse a cumplir sus exigencias representa un acto de traición y porque es una forma de expresar desacuerdo con las actividades que realizan.²¹³

²¹⁰ ACNUR, *Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con las víctimas de pandillas organizadas*, *op. cit.*, párrs. 46, 48.

²¹¹ *Matter of W-G-R-, Respondent*, 26 I&N Dec. 208 (BIA 2014).

²¹² ACNUR, *Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con las víctimas de pandillas organizadas*, *op. cit.*, párr. 46; Khoday, Amar, *op. cit.*, p. 497.

²¹³ ACNUR, *Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con las víctimas de pandillas organizadas*, *op. cit.*, párrs. 50, 51.

Considerar lo contrario conllevaría resultados funestos, como negar asilo a personas que no solo son merecedoras de protección internacional, sino que los actos que han realizado o las cosas que han soportado en aras de respetar el estado de derecho son más de lo que se podría razonablemente esperar de una persona.

Lo anterior se acentúa porque en casos de reclutamiento forzado en el Triángulo Norte de Centroamérica suelen darse dos escenarios respecto a las autoridades del país de origen: (i) que no den una respuesta efectiva a las denuncias presentadas en contra de los actos realizados por las pandillas, como en el caso de Tabora Gutiérrez; o (ii) una percepción de miedo o ineficacia que conlleva la no denuncia de la persecución ante autoridades locales, como en el caso de Rivera Barrientos.

Es por lo expuesto que se puede concluir que la persecución por la negativa a unirse a las pandillas debería constituir una causal de opinión política para los efectos de la definición de refugiado. Rechazar lo anterior implicaría una consideración inadecuada del contexto de la delincuencia organizada en el Triángulo Norte de Centroamérica.

2.2. *Antiguos miembros de pandillas: ¿refugiados?*

Las pandillas suelen castigar severamente a los desertores y a sus familiares.²¹⁴ Este hecho puede generar que las víctimas que hayan sido reclutadas por coacción y posteriormente desertado teman las represalias y violencia, no solo por parte de sus antiguas pandillas sino también por parte de pandillas rivales, ya que debido a, por ejemplo, los tatuajes que portan seguirán siendo percibidos como miembros de una pandilla determinada.²¹⁵ Sin embargo, debido a la naturaleza criminal de las pandillas es probable que un antiguo miembro de una pandilla haya

²¹⁴ *Ibidem*, párr. 7.

²¹⁵ *Ibidem*, párr. 13.

cometido algún crimen mientras formó parte de ella, lo que podría significar su exclusión de la protección del refugio en virtud del artículo 1F(b) de la Convención.

Un aspecto preliminar que se debe tomar en consideración es que no existe una definición de delito común grave en la Convención. La ACNUR solo menciona aspectos a considerar para la evolución de la gravedad del delito como los perjuicios que causa o la sanción penal prevista en para el delito en cuestión.²¹⁶ Empero, sí han sido mencionados algunos ejemplos de delitos a ser considerados como extorsión, robo, homicidio o secuestro. Mismos que, por la naturaleza de las pandillas, constituyen algunos de los delitos que suelen cometerse por sus miembros.²¹⁷

A pesar de lo anterior, la ACNUR ha señalado que uno de los elementos a considerar para la exclusión de la protección de refugio de antiguos miembros de pandillas es si la pertenencia a la pandilla es voluntaria.²¹⁸ Por lo que se deduce que los antiguos miembros de pandillas no se encuentran automáticamente excluidos de la protección de la figura de refugio. A continuación se analizarán a mayor profundidad estos escenarios.

2.2.1. Deserción de pandilla: persecución por pertenencia a determinado grupo social y opinión política

De los cinco motivos de persecución de la definición de refugiado, el de pertenencia a un determinado grupo social es el más ambiguo. Esta ambigüedad abre la posibilidad de que personas que temen regresar a su país de origen pero que no encajan en las otras cuatro categorías puedan recibir refugio bajo esta causal. Sin embargo, dicha ambigüedad también puede conducir a la denegación

²¹⁶ *Ibidem*, párr. 16.

²¹⁷ *Ibidem*, párr. 58.

²¹⁸ *Ibidem*, párr. 61.

arbitraria de la protección de asilo a personas que sí deberían de ser consideradas como refugiadas.²¹⁹

Para delimitar esta causal, la BIA la interpretó por primera vez en el Caso Acosta como “un grupo de personas que comparten una característica común e inmutable”.²²⁰ Posteriormente, la BIA señaló que además la característica debe hacer que el grupo sea socialmente visible y suficientemente particular.²²¹

Aquellos que han desertado son conocidos y reconocibles por los miembros actuales de la pandilla con o sin símbolos visibles como tatuajes, pues al haber sido parte de esta conocen a sus perseguidores.²²² Además, los antiguos miembros de pandillas no pueden cambiar su antigua afiliación a la pandilla, lo que hace que su identidad como antiguo miembro de una organización criminal sea inmutable.²²³

La situación previamente descrita ha sido reconocida en el caso *Martínez v. Holder*, en el que se mencionó que la única forma en que Martínez podría cambiar su pertenencia al grupo de antiguos miembros de pandillas, sería reincorporándose a la MS-13.²²⁴ En el mismo sentido, en el caso *Benitez Ramos v. Holder*, el Séptimo Circuito sostuvo que ser antiguo miembro de un grupo es una característica imposible de cambiar, excepto reincorporándose al grupo.²²⁵

Cabe señalar que, si bien la antigua afiliación a una pandilla sí ha sido considerada en algunos casos como pertenencia a un determinado grupo social, la pertenencia actual a una pandilla no. Tribunales estadounidenses han considerado

²¹⁹ Quintero, Claudia B., “Ganging Up on Immigration Law: Asylum Law and the Particular Social Group Standard-Former Gang Members and Their Need for Asylum Protections”, *University of Massachusetts Law Review*, vol. 13, núm. 2, 2018, p. 218.

²²⁰ *Cantarero v. Holder*, 734 F.3d (1st Cir. 2013) citando *Matter of Acosta*, 19 I&N Dec., 235 (BIA 1985).

²²¹ *Cantarero v. Holder*, 734 F.3d (1st Cir. 2013) citando *Matter of S-E-G-, et al.*, 24 I&N Dec. 579 (BIA 2008)

²²² Shah, Anjani P., *op. cit.*, p. 268.

²²³ *Ibidem*, p. 264.

²²⁴ *Martinez v. Holder*, 740 F.3d (4th Cir. 2014), 906. Esto también se ha establecido en *Urbina-Mejia v. Holder*, 597 F.3d, (6th Cir. 2010).

²²⁵ *Benitez Ramos v. Holder*, 589 F.3d (7th Cir. 2009).

que la pertenencia actual a una pandilla no puede ser considerada como una característica inmutable de un grupo social particular para los efectos de la Convención o de la INA. Esta afirmación ha sido fundamentada en que los miembros actuales sí pueden cambiar su pertenencia –al desertar–, a diferencia de un desertor que no puede cambiar su estatus de antiguo miembro.

Además, debido a que la característica inmutable debe de ser considerada como fundamental para la identidad o conciencia individual del solicitante, el establecer que la actual pertenencia a una pandilla –que tiene fines delictivos– resulta una característica fundamental para la identidad y conciencia, claramente pervertiría el propósito humanitario de la figura de refugio.²²⁶

Los fines delictivos de la organización criminal también ha sido considerado en ciertos casos para negar el refugio a antiguos miembros de pandillas. Ya que si bien fue considerada la antigua afiliación como una característica inmutable, se ha llegado a considerar que precisamente como no puede cambiarse el hecho de que fue una persona que formó parte de una organización con fines delictivos, no puede otorgársele refugio. Por ejemplo, en *Cantarero v. Holder* se determinó que, aunque Cantarero renunciara a la pandilla, había sido miembro, ya que precisamente solicitaba el estatus de refugiado basándose en su antigua pertenencia a la pandilla y que debido a los fines criminales de esta no podía concluirse que resultaba objeto de protección por esta causa.²²⁷

Se sostiene en esta investigación que los fines delictivos de la organización no deberían ser un impedimento ni para considerar a antiguos miembros de pandillas como miembros de un determinado grupo social, ni para otorgarles refugio debido a su antigua afiliación.

El motivo por el cual se sostiene que los fines delictivos de las pandillas no constituyen un impedimento para considerar a antiguos miembros de pandillas

²²⁶ *Martinez v. Holder*, 740 F.3d (4th Cir. 2014), citando *Arteaga*, 511 F.3d, 946.

²²⁷ *Cantarero v. Holder*, 734 F.3d (1st Cir. 2013).

como miembros de un determinado grupo social, es que lo que caracteriza a los desertores es el rechazo a la pertenencia a la pandilla. Lo que conlleva a su vez rechazo a la violencia y criminalidad ejercida por la pandilla. Es precisamente este rechazo lo que representa el aspecto fundamental de la conciencia y es por dicho motivo que los antiguos miembros de una pandilla pueden ser considerados como un grupo social determinado.²²⁸

Como ha sido establecido en *Martínez v. Holder*, sería ‘perverso’ interpretar la definición de refugiado de forma tal que se obligue a las personas a reincorporarse a las pandillas para evitar la persecución.²²⁹ Esta sería la situación si se negara el refugio a alguien debido a su antigua afiliación a una pandilla. Es en este contexto que el haber estado afiliado a una pandilla puede representar una característica pasada e inmutable para los efectos de la figura de refugio.

Se reconoce sin embargo que el hecho de que las pandillas persigan fines ilícitos complejiza el análisis en las determinaciones de asilo. Se tiene que por un lado la pertenencia a una pandilla no es ni moral ni jurídicamente deseable debido a sus fines delictivos, por lo que puede ser moralmente cuestionable conceder refugio a alguien por motivo de una pasada pertenencia a una organización delictiva, aun cuando haya decidido abandonarla posteriormente. Por el otro lado, también puede resultar moralmente cuestionable dejar sin protección a quien ha decidido abandonar la organización criminal, puesto que se le dificultaría enormemente la posibilidad de hacerlo por las represalias que se pueden tomar contra él o ella por esa decisión, con lo que los incentivos para desertar se verían reducidos considerablemente.

Al respecto, el papel que juega la forma de asociación a la pandilla, esto es, si la persona se unió de manera voluntaria o a causa de reclutamiento forzado, podría jugar un papel relevante, ya que esto tendría un impacto en las razones morales de haberse unido a dicha pandilla. Sin embargo, se sostiene que esto debe ser

²²⁸ *Martínez v. Holder*, 740 F.3d (4th Cir. 2014), 912.

²²⁹ *Ibidem*, 911.

analizado al momento de determinar si existe o no una causal de exclusión y no al momento de determinar si la persona califica o no como refugiado, pues la naturaleza de los actos delictivos que en su caso haya cometido el solicitante de asilo impactan en la exclusión de la protección, más no en si es o no un refugiado.

En esta línea de pensamiento, el Séptimo Circuito declaró en el caso *Benitez Ramos v. Holder*, que si se determinara que Ramos cometió actos violentos mientras era miembro de la pandilla, no debería otorgársele refugio por ser una causal de exclusión, pero que esto es diverso a su pertenencia a un determinado grupo social.²³⁰

En este sentido, se sostiene que existen elementos suficientes para considerar que los antiguos miembros de una organización criminal podrían encuadrar tanto en la causal de persecución por pertenencia a determinado grupo social como en la causal de opinión política para los efectos de la definición de refugiado.

3. Cláusula de exclusión: ¿castigo al solicitante de asilo?

La mayoría de los solicitantes de asilo del mundo son originarios de lugares con una gran inestabilidad social y política. Las personas tienen que luchar por sobrevivir en medio del caos social de un Estado que no puede o no quiere otorgarles protección. Es con base en dicha situación que las personas que logran huir pueden calificar para obtener el estatus de refugiado. Paradójicamente, las mismas realidades que pueden fundamentar el temor fundado de persecución necesario para desencadenar la protección internacional pueden, en ciertos casos, llevar a personas a cometer actos horribles antes de poder escapar y, por tanto, generar que se actualice una causal de exclusión de la protección.²³¹

El caos y el peligro pueden llevar a personas desesperadas en búsqueda por su supervivencia a hacer cosas impensables. La complejidad de este tipo de

²³⁰ *Benitez Ramos v. Holder*, 589 F.3d (7th Cir. 2009).

²³¹ Traducción propia, Bond, Jennifer, *op. cit.*, p. 447

situaciones conlleva la necesidad de considerar las circunstancias que rodean los presuntos actos delictivos que han cometido los solicitantes de asilo antes de excluirlos de la protección de refugiado sobre la base de su criminalidad.²³² Negarles la protección de forma justificada requeriría de una evaluación jurídica y moral caso por caso.

Al respecto, cabe hacer referencia a lo señalado por el Tribunal Supremo Canadiense, respecto a que “[l]a ley está diseñada para el hombre común, no para una comunidad de santos o héroes”,²³³ y a que deben hacerse concesiones a la ‘fragilidad humana’ en el contexto de una ‘elección agonizante’.²³⁴ Como señala Jennifer Bond:

Tales concesiones son particularmente pertinentes en el contexto de los solicitantes de asilo, quienes con frecuencia han huido de entornos llenos de amenazas significativas y que corren el riesgo de que se les nieguen derechos humanos básicos cuando los regímenes de protección se hacen indisponibles sobre la base de la criminalidad. En estas circunstancias, las defensas pertinentes deben ser plenamente consideradas y aplicadas de una manera que sea coherente, predecible y doctrinalmente sólida.²³⁵

En la presente investigación únicamente se abordará el supuesto de reclutamiento forzado, por lo que solamente será analizado el artículo 1F(b) de la Convención que contempla la causal de exclusión por la comisión de delitos comunes graves.

Es claro que el no calificar como refugiado no representa un castigo, la persona simplemente no cae en el supuesto de la definición. Sin embargo, resulta complejo determinar si el excluir de la protección de refugio a alguien que calificaba como tal calificaría como castigo, sobre todo si se tiene en cuenta que el ACNUR ha señalado que el artículo 1F de la Convención “enumera las categorías de

²³² *Ibidem*, pp. 410 y 411.

²³³ Traducción propia, *R v Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 SCR 687, párr. 40.

²³⁴ Bond, Jennifer, *op. cit.*, p. 453 citando *R v Ryan*, 2013 SCC 3 [2013] 1 SCR 14 párr. 23.

²³⁵ Bond, Jennifer, *op. cit.*, p. 453

personas a las que no se considera merecedoras de la protección internacional”.²³⁶ Derivado de la naturaleza del reclutamiento forzado será analizado el rol que juega o debería jugar la coacción al momento de realizar las determinaciones de asilo de víctimas de reclutamiento forzado.

Para lograr lo anterior, se analizará previamente qué es lo que se busca con la figura del castigo, para así poder identificar si se puede considerar a la exclusión contenida en el artículo 1F(b) como una forma de castigo, y posteriormente dilucidar si existen casos de solicitudes de asilo de antiguos miembros de pandillas que fueron víctimas de reclutamiento forzado en los que se justificaría moralmente la inaplicación de la exclusión contenida en la Convención.

3.1. *Rationale de la exclusión de la Convención*

Algunos de los objetivos de la exclusión contenida en el artículo 1F(b) de la Convención que se han identificado son preservar la integridad del sistema de refugio y salvaguardar al país receptor de delincuentes que pueden suponer un peligro para su sociedad. El ACNUR además ha explicado que “ciertos actos son tan graves que hacen que sus autores no merezcan la protección internacional como refugiados”.²³⁷

Respecto al motivo de salvaguardar al país receptor de delincuentes que pueden suponer un peligro para su sociedad, algunos autores han señalado que al momento de la redacción de la Convención las naciones involucradas quisieron asegurarse de que no se les exigiría admitir a individuos peligrosos que supusieran una amenaza para la seguridad pública. Razón por la cual sólo los delitos más graves limitan la protección de la Convención.²³⁸ En este mismo sentido, el gobierno de Canadá ha señalado que el objetivo de la cláusula 1F(b) de la Convención es

²³⁶ ACNUR, *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, *op. cit.*, párr. 140.

²³⁷ Gökşen, Elif, “Proportionality in refugee exclusion: An underestimated analysis”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 18, 2020, p. 134

²³⁸ Keyes, Elizabeth A., *op. cit.*, p. 317.

proteger a la comunidad del país receptor del peligro de admitir a un refugiado que ha cometido un delito común grave.²³⁹

No obstante, se sostiene que este motivo en realidad no se actualiza, ya que aun cuando aplique la exclusión del artículo 1F(b) de la Convención la persona excluida puede recurrir a otros instrumentos de derechos humanos para evitar la devolución a su país de origen²⁴⁰ y, por tanto, permanecer en el territorio del Estado receptor, por lo que la exclusión de la Convención en realidad no sirve para este fin.

La Convención contra la Tortura prohíbe a los Estados devolver a cualquier persona a un lugar en el que pueda correr peligro de ser torturada. Lo anterior se conoce como protección complementaria.²⁴¹ La protección contra la tortura en virtud del Convención contra la Tortura es absoluta y sin excepciones, a diferencia de lo estipulado por la Convención. El motivo por el cual no se permiten excepciones a la protección contra la tortura es que la prohibición de la tortura ha alcanzado el estatus de *jus cogens*, por lo que no es derogable en ninguna situación.²⁴²

Se puede argumentar que los problemas de derechos humanos que plantean las cláusulas de exclusión se compensan con el régimen de protección complementaria debido a que se garantiza la no devolución a todas las personas que estén en peligro de sufrir tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.²⁴³ De hecho en el caso *Negusie* parece inferirse que el Fiscal General

²³⁹ Government of Canada, "Assessing Article 1F exclusions in pre-removal risk assessments (PRRAs)", 20 de diciembre de 2022, consultado el 27 de enero de 2024, disponible en: https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/corporate/publications-manuals/operational-bulletins-manuals/refugee-protection/removal-risk-assessment/exclusions/assess-a1f.html#_article_1fb.

²⁴⁰ Nyinah, Michael Kingsley, "Exclusion under article 1F: some reflections on context, principles and practice", *International Journal of Refugee Law*, vol. 12, 2000, p. 300.

²⁴¹ Putranto, Christian Donny, "Excluded from the Refugee Protection but Unreturnable: The International Human Rights Protection of the Undesired", *Australian International Law Journal*, vol. 22, 2015-2016, pp. 77 y 78.

²⁴² *Ibidem*, p. 80.

²⁴³ Magrath, Jade, "Asylum for the Undeserving: A Human Rights Perspective on the Refugee Convention's Exclusion Clause", *Auckland University Law Review*, vol. 24, 2018, p. 228.

de EE. UU., argumenta que la ausencia de una excepción por coacción en el contexto de refugio no es tan grave por este motivo.²⁴⁴

No obstante, el que las personas puedan no ser deportados por la protección complementaria no disminuye el hecho de que la exclusión sea percibida como un castigo. El sistema de exclusión crea una categoría híbrida de personas que no pueden ser devueltas debido a la protección complementaria, pero no tienen estatus jurídico.²⁴⁵

Un individuo que ha sido excluido de la protección de la figura de refugio pero que está protegido de la devolución por la protección complementaria sólo tiene derecho a los derechos humanos fundamentales disponibles para todas las personas independientemente de su nacionalidad. Algunos de los derechos que no suelen garantizarse a un beneficiario de protección complementaria son el derecho a la unidad familiar, la posibilidad de obtener documentos de viaje, el acceso al empleo, la asistencia social, las prestaciones sanitarias, etc.²⁴⁶ Es entonces que debido a que el derecho internacional no dice nada sobre cómo tratar específicamente a las personas excluidas, pero no retornables, dichas personas suelen carecer un estatus legal o de inmigración claro, lo que provoca que vivan en un limbo jurídico y usualmente en la indigencia.²⁴⁷

Es por tanto, que la naturaleza de las decisiones de exclusión puede llegar a crear resultados más severos que una condena penal, ya que una persona puede ser condenada a un periodo determinado de prisión y recuperar la libertad tras cumplir su condena, pero una decisión de exclusión de un solicitante de asilo crea

²⁴⁴ Al señalar que la ausencia de una excepción por coacción en el ámbito de refugio no significa que un extranjero que haya asistido a una persecución bajo coacción carezca necesariamente de protección. Lo anterior, debido a que, en este supuesto, la persona aún podría acceder a protección complementaria y evitar así ser devuelto a su país de origen. Véase *Matter of Daniel Girmai Negusie*, 28 I&N Dec. 120 (A.G. 2020).

²⁴⁵ Gökşen, Elif, *op. cit.*, p. 1136; véase Reijven, Joke y Van Wijk, Joris, *op. cit.*, pp. 249, 269.

²⁴⁶ Magrath, Jade, *op. cit.*, p. 228.

²⁴⁷ Putranto, Christian Donny, *op. cit.*, pp. 89 y 96.

un estatuto permanente.²⁴⁸ El ACNUR ha reconocido la gravedad de las consecuencias de la exclusión, por lo que recomienda a los Estados que sólo apliquen el artículo 1F como medida extrema.²⁴⁹

Se reconoce que las cláusulas de exclusión no pretenden desempeñar una función penal en el sentido de iniciar directamente procedimientos judiciales contra el individuo excluido ni tiene por objeto prevenir o castigar los crímenes internacionales.²⁵⁰ Empero, teniendo en cuenta sus graves consecuencias, algunos autores han calificado la exclusión de los refugiados de ‘cuasi penal’.²⁵¹

Este calificativo también se ha señalado por el hecho de que, si bien la determinación del estatus de refugiado es fundamentalmente un proceso administrativo, debido a la naturaleza de la investigación requerida por el artículo 1F referente a la probabilidad de que una persona haya cometido un determinado delito, el proceso se convierte en ‘cuasi penal’.²⁵²

Otro de los motivos que se han mencionado como una de las razones de la introducción de la cláusula de exclusión es la “promoción de una moralidad internacional a través del derecho de los refugiados”,²⁵³ ya que la noción de que ciertos individuos no merecen refugio está vinculada a ideas sobre moralidad y humanidad.²⁵⁴

Sin embargo, se debe aclarar que no se espera –o no se debería esperar– que los refugiados sean moralmente puros o penalmente irreprochables. Aquellos

²⁴⁸ Gökşen, Elif, *op. cit.*, p. 1146; véase Reijven, Joke y Van Wijk, Joris, *op. cit.*, p. 259; véase Magrath, Jade, *op. cit.*, p. 221.

²⁴⁹ Magrath, Jade, *op. cit.*, p. 209.

²⁵⁰ Nyinah, Michiael Kingsley, *op. cit.*, p. 298.

²⁵¹ Gökşen, Elif, *op. cit.*, p. 1145; véase Li, Yao, “Exclusion from Protection as a Refugee: An Approach to a Harmonizing Interpretation in International Law”, *International Refugee Law Series*, vol. 9, 2017.

²⁵² Magrath, Jade, *op. cit.*, p. 220.

²⁵³ Simentić, Janja, “To exclude or not to exclude, that is the question: Developments regarding bases for exclusion from refugee status in the EU”, *German Law Journal*, vol. 20, núm. 1, 2019, p. 113.

²⁵⁴ Kaushal, Asha y Dauvergne, Catherine, “The growing culture of exclusion: Trends in Canadian refugee exclusions”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 23, núm. 1, 2011, p. 86.

que puedan ser culpables de infracciones menores seguirán mereciendo protección internacional como refugiados.²⁵⁵

La exclusión debe aplicarse solamente cuando los aspectos penales de un caso son tan dominantes que otorgar la categoría de refugiado al delincuente podría distorsionar la imagen humanitaria y los objetivos esenciales del refugio. Es decir, una decisión de exclusión estaría normalmente justificada cuando un proceso de ponderación lleve a la conclusión de que el carácter delictivo de una persona prevalece sobre su necesidad de protección como refugiado.²⁵⁶

Al respecto, un motivo para tener especial cuidado al momento de la aplicación del artículo 1F(b) de la Convención, es que dicha cláusula permite a un Estado denegar el estatuto de refugiado a una persona que, de otro modo, tendría derecho al refugio, si es sospechosa –pero no condenada– de haber cometido un delito común grave. Esto es, la exclusión puede castigar a los solicitantes de asilo por delitos de los que aún no se ha demostrado su culpabilidad, a diferencia de un juicio penal en donde hay un alto nivel de exigencia probatoria.²⁵⁷

En casos de refugio, la principal fuente de información que revela comportamientos que conducen a la exclusión es el propio solicitante durante la audiencia. Esta información se suele proveer involuntariamente. Por ejemplo, el solicitante puede admitir haber sido miembro de un determinado grupo delictivo a fin de demostrar que era perseguido, lo que puede sugerir que el individuo haya participado en determinadas actividades ilegales.²⁵⁸

No obstante, el que la persona haya formado parte de una pandilla no debería implicar necesariamente que el individuo sea excluido, como ha sido explicado previamente. Las Directrices del ACNUR sugieren que un requisito previo para la

²⁵⁵ Nyinah, Michael Kingsley, *op. cit.*, p. 297.

²⁵⁶ *Ibidem*, pp. 297 y 306.

²⁵⁷ Magrath, Jade, *op. cit.*, pp. 206 y 220.

²⁵⁸ Sloan, James, “The Application of Article 1F of the 1951 Convention in Canada and the United States”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 12, 2000, p. 227.

exclusión es que el individuo haya podido tomar una decisión moral. Las pruebas de exclusión por pertenencia y complicidad miden la moralidad a través de la pertenencia voluntaria a la organización, el conocimiento y la simpatía por sus fines, y la desvinculación de la organización a la primera oportunidad.²⁵⁹ Estos elementos deben de ser cuidadosamente analizados.

El objetivo central de la Convención es proteger a las víctimas a las que se debe protección internacional, no la detección de delincuentes. Las cláusulas de exclusión son una medida excepcional que debe ser aplicada en situaciones extraordinarias.²⁶⁰ Por lo que el considerar el elemento delictivo al momento de analizar la admisibilidad de las solicitudes elevaría las cuestiones de exclusión a una posición predominante, lo que resulta incompatible con la naturaleza excepcional de las cláusulas de exclusión.²⁶¹

El caso *Cantarero v. Holder*, constituye un ejemplo de lo anterior. En este caso, la BIA señaló que el Congreso no tenía la intención de conceder refugio a aquellos que corren peligro por su pertenencia a una asociación criminal,²⁶² por lo que fue rechazado el que los antiguos miembros de una pandilla pudieran constituir un grupo social particular.

Se sostiene que lo afirmado por la BIA en dicho caso representa una interpretación desafortunada de los motivos del refugio. El rechazar *in limine* solicitudes de antiguos miembros de pandillas implica el no considerar el contexto del crimen organizado, sobre todo en el Triángulo Norte de Centroamérica, en donde víctimas del reclutamiento forzado pueden llegar a sufrir atrocidades en caso de negarse a unirse a las pandillas, con lo que diversas consideraciones morales entran en juego.²⁶³

²⁵⁹ Kaushal, Asha y Dauvergne, Catherine, *op. cit.*, p. 87.

²⁶⁰ Nyinah, Michael Kingsley, *op. cit.*, p. 305.

²⁶¹ *Idem.*

²⁶² *Cantarero v. Holder*, 734 F.3d 82 (1st Cir. 2013).

²⁶³ Véase Capítulo II de la presente investigación.

Aunado a lo anterior, resulta de importancia no perder de vista cuáles son los fines de la exclusión del refugio –preservar la integridad del sistema de refugio y salvaguardar al país receptor de delincuentes que pueden suponer un peligro para su sociedad– ya que esto servirá para identificar si puede ser equiparada a un castigo. Por tanto, a continuación serán analizados los motivos que puede tener el castigo *per se* para compararlo con los de la cláusula de exclusión.

3.2. *Castigo: definición*

La importancia del castigo es trascendental. La seguridad del Estado suele estar en el centro de atención de la política estatal ya que uno de los principales objetivos de los Estados es velar por la seguridad de sus ciudadanos,²⁶⁴ lo que trae consigo la necesidad de la implementación del castigo para conseguir lo anterior.

No obstante, el término de castigo es complicado de definir. De acuerdo con Thomas McPherson ‘castigo’ es una palabra cargada de valor, ya que la manera en la que se define trae implícita la teoría por medio de la cual se justifica al castigo. Lo que hace complicado un análisis independiente de la definición y de la justificación del castigo.²⁶⁵

Sin embargo, en esta investigación se considerarán los cinco elementos que Hart considera para definir el caso estándar o central de castigo:²⁶⁶

- (i) Debe implicar dolor u otras consecuencias normalmente consideradas desagradables.
- (ii) Debe ser por un delito contra las normas legales.
- (iii) Debe ser un real o presunto delincuente por su delito.
- (iv) Debe ser administrada intencionadamente por seres humanos distintos del delincuente.

²⁶⁴ Browning, Christopher S., “Security and migration: A conceptual exploration”, *Handbook on migration and security*, 2017, p. 42

²⁶⁵ Cfr. McPherson, Thomas, “Punishment: Definition and Justification”, *Analysis*, vol. 28, núm. 1, 1967, pp. 21, 25

²⁶⁶ Hart, H.L.A., “The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 60, 1959–1960, p. 4.

- (v) Debe ser impuesta y administrada por una autoridad constituida por un ordenamiento jurídico contra el que se comete el delito.

En el caso de la exclusión de refugio, el no proteger a alguien que tiene fundados temores de ser perseguida –o el no otorgarle estatus legal en caso de que no sea regresada a su país de origen debido a la protección complementaria– sin duda es una consecuencia desagradable. El motivo de la exclusión es precisamente porque el solicitante de asilo cometió o presuntamente cometió un delito en contra de normas legales, lo que implica que es un real o presunto delincuente de dicho delito. La exclusión es determinada intencionalmente por seres humanos distintos al solicitante de asilo.

El único elemento que no se cumple es que la exclusión no es impuesta por una autoridad constituida por un ordenamiento jurídico contra el que se comete el delito, ya que para que se actualice la exclusión el delito debió de haberse cometido fuera del país receptor. Respecto a este elemento sin bien pueden darse excepciones –por ejemplo, si se comete un crimen de lesa humanidad el castigo puede ser impuesto por una autoridad diversa a la del Estado en el cual se cometió el ilícito–, debido a que la cláusula 1F(b) se actualiza por delitos comunes graves, una autoridad distinta a la del país en la cual se cometió el delito no tendría jurisdicción para castigar a aquel que cometió el ilícito.

Sin embargo, por la naturaleza de este elemento parecería que más que servir para determinar si se está o no en presencia de un castigo serviría para determinar si el castigo puede o no válidamente imponerse. Cabe aclararse que en este caso tampoco se estaría en presencia de alguno de los casos secundarios a los cuales hace mención Hart,²⁶⁷ ya que la exclusión sí se está imponiendo por una autoridad a la cual su ordenamiento jurídico le da la facultad de hacerlo. Empero, es una autoridad de un país distinto a donde fue cometido el delito.

A continuación se explicarán las justificaciones del castigo a fin de poder dilucidar más claramente si los motivos que busca la exclusión contenida en la

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 5.

cláusula 1F(b) se asemejan a los motivos que se buscan de acuerdo a diversas teorías del castigo, para posteriormente analizar si dichos motivos se cumplen. Se aclara que es distinto el propósito de analizar los motivos o la justificación que se da a la exclusión a analizar si estos realmente se logran, ya que los motivos que busca la exclusión sirven para identificar si es equiparable un castigo y el analizar si se logran dichos objetivos es útil para identificar si se justifica la exclusión.

3.3. *Castigo y exclusión: justificación y motivos*

John Rawls definió las justificaciones del castigo de la siguiente manera:²⁶⁸

A nuestros efectos, podemos decir que existen dos justificaciones del castigo. Lo que podemos llamar el punto de vista retributivo refiere que el castigo está justificado por el hecho de que la maldad merece ser castigada. Es moralmente adecuado que una persona que hace el mal sufra en proporción a su maldad. El hecho de que un delincuente deba ser castigado se deriva de su culpabilidad, y la severidad del castigo apropiado depende de la depravación de su acto. El estado de cosas en el que un malhechor sufre castigo es moralmente mejor que el estado de cosas en el que no lo sufre. Lo que podemos llamar el punto de vista utilitarista sostiene que, según el principio de que lo pasado, pasado está y que sólo las consecuencias futuras son importantes para las decisiones presentes, el castigo es justificable sólo por referencia a las consecuencias probables de mantenerlo como uno de los dispositivos del orden social. Los errores cometidos en el pasado no son, como tales, consideraciones relevantes para decidir qué hacer. Si se puede demostrar que el castigo promueve eficazmente el interés de la sociedad, es justificable; de lo contrario, no lo es.

Sin embargo, existen en la actualidad diversas y más integrales teorías del castigo, por lo que además de analizar la exclusión desde un punto de vista utilitarista y retributivo se analizará desde el punto de vista de la teoría comunicativa (por considerar que incluye tanto el punto de vista retributivo como el utilitarista, además de dar motivos adicionales) y desde el punto de vista de la teoría de la pérdida de derechos (*rights forfeiture theory*) (por considerar que es la que mejor

²⁶⁸ Traducción propia, Rawls, John, "Two Concepts of Rules", *The Philosophical Review*, vol. 64, núm. 1, 1955, pp. 4 y 5.

explica el por qué se puede castigar más que el por qué se debe castigar –se enfoca en justificar la permisibilidad del castigo–).

3.3.1. Exclusión desde la teoría utilitarista

En el utilitarismo se recurre al castigo para controlar el comportamiento del delincuente, lo cual suele dividirse en tres motivos (i) disuadir, (ii) incapacitar y (iii) rehabilitar.²⁶⁹ En la presente investigación no se desarrollará el motivo de rehabilitación puesto que resulta evidente que la cláusula de exclusión de la Convención no tiene como motivo la rehabilitación.²⁷⁰ No obstante, los motivos de disuasión e incapacitación serán analizados a fin de determinar si se podría considerar que la exclusión podría llegar a tener dichos motivos.

(a) *Disuasión*

La disuasión busca influir en la decisión del individuo que pretende cometer un delito, a través de un análisis costo-beneficio,²⁷¹ esto es, se busca que el castigo sea lo suficientemente severo como para que los perjuicios de cometerlo superen a los beneficios, con lo que un potencial delincuente racional decidiría no cometer el delito.²⁷²

La disuasión suele distinguirse en disuasión general que busca disuadir delincuentes potenciales y en disuasión especial, la cual busca disuadir a la persona que ha sido castigada para evitar su reincidencia.²⁷³ En el caso de la exclusión de la protección únicamente podría hablarse de disuasión general, ya que

²⁶⁹ Van Prooijen, Jan-Willem, *The moral punishment instinct*, Nueva York, Oxford University Press, 2018, pp. 33 y 37.

²⁷⁰ No se considera que el hecho de que la exclusión no busque la rehabilitación debilite el argumento de que se pueda considerar desde un punto de vista utilitarista a la exclusión como un castigo, ya que también se da el caso de penas que por el número de años de prisión que contemplan, es claro que no se busca una rehabilitación del delincuente.

²⁷¹ Carlsmith, Kevin M., *et al.*, “Why Do We Punish? Deterrence and Just Deserts as Motives for Punishment”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 83, núm. 2, 2002, p. 285.

²⁷² Van Prooijen, Jan-Willem, *op. cit.*, p. 39.

²⁷³ Binder, Guyora, *Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2016, p. 65.

la exclusión de la protección de la Convención por la comisión de delitos graves es permanente.

El ACNUR ha señalado como uno de los motivos de la exclusión el evitar que las personas “abusen de la institución del asilo para evadir la rendición de sus cuentas ante la justicia”.²⁷⁴ En este sentido, se podría considerar que la exclusión contenida en el artículo 1F(b) de la Convención tiene como uno de sus objetivos el que el sujeto que pretende cometer un delito grave no tenga la expectativa de que podrá evadir el castigo a través de la figura de refugio o que evite la comisión de delitos para evitar la exclusión del refugio, con lo que podría constituir un disuasor.

Si se considera que el disuasor resulta un motivo relevante en la exclusión, en el caso del reclutamiento forzado no tendría sentido considerarlo, pues la teoría de la disuasión supone que los sujetos están dispuestos a delinquir cuando puedan salirse con la suya, pero que no lo harán debido a cobardía,²⁷⁵ ya que lo que los restringe es el miedo al castigo.

En el caso del reclutamiento forzado, las personas cometen el delito debido a la gravedad de la amenaza. Para que se considere que la coacción jugó un papel determinante en estos casos, es porque la amenaza realizada fue sumamente grave y porque el solicitante tenía la convicción que esta sería ejecutada de no unirse a pandilla y/o de cometer los actos delictivos requeridos por los miembros de la misma. Es entonces que resulta improbable que el solicitante de asilo considere la imposibilidad de solicitar refugio al momento de tomar su decisión sobre si sucumbir o no a la amenaza.

Sin embargo, en los casos de delitos que no involucren coacción, la exclusión contemplada en el artículo 1F(b) de la Convención sí podría jugar un papel

²⁷⁴ ACNUR, *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, *op. cit.*, párr. 2.

²⁷⁵ Binder, Guyora, *op. cit.*, p. 66.

disuasorio. Lo que reforzaría el argumento de tener consideraciones especiales en solicitudes de asilo de víctimas de reclutamiento forzado.

(b) Incapacitación

El motivo utilitario de la incapacitación se refiere a restringir a los delincuentes para que no puedan cometer más daños.²⁷⁶ Es entonces que el delincuente es castigado sólo en la medida necesaria para evitar que vuelva a delinquir.²⁷⁷

La incapacitación pretende hacer imposible que una persona que ha delinquir antes vuelva a delinquir. Se centra en inmovilizar a una persona que ha demostrado ser peligrosa, generalmente por haber cometido un delito en el pasado, para que no pueda cometer más delitos.²⁷⁸

En el caso de la exclusión contenida en el artículo 1F(b) de la Convención se puede considerar que se busca incapacitar al solicitante de asilo que ha cometido actos comunes graves de cometer actos delictivos en el país en el que está solicitado refugio, pues de negarle la entrada no habrá forma de que lo consiga. Sin embargo, como mencionado, este objetivo realmente no se cumple con la cláusula de exclusión debido a que el principio de no devolución dispuesto en la protección complementaria no toma en consideración si la persona cometió delitos.

Además, debido a que en casos de reclutamiento forzado la persona cometió los delitos bajo coacción, no existe una razón fuerte para considerar que el solicitante de asilo cometería delitos en el país receptor, con lo que no se justificaría excluir por este motivo.

²⁷⁶ Van Prooijen, Jan-Willem, *op. cit.*, p. 46.

²⁷⁷ *Ibidem*, pp. 47 y 48.

²⁷⁸ Carlsmith, Kevin M., *et al.*, *op. cit.*, 286.

3.3.2. Exclusión desde la teoría retributiva

La teoría retributiva del castigo proporciona tanto un principio limitador como una justificación afirmativa del castigo. El principio limitador prohíbe el castigo inmerecido y la justificación afirmativa se refiere a que el castigo merecido debe ser justo.²⁷⁹ Este último punto implica un límite de proporcionalidad en la severidad del castigo, considerando que las penas son desproporcionadas si son excesivas en relación con el delito cometido o con la culpabilidad del acusado por cometerlo.²⁸⁰ El punto de vista retributivo propone que debemos castigar a las personas con menos severidad en la medida en que sean menos culpables de sus acciones. Mira hacia atrás, a lo que los delincuentes han hecho, y por qué lo han hecho.²⁸¹

Los motivos retributivos se caracterizan por el deseo de restablecer un sentido de justicia, el cual se considera que tiene un valor intrínseco. El castigo se considera un fin en sí mismo al ser una respuesta adecuada a las acciones inmorales del delincuente.²⁸² No tienen necesariamente una finalidad práctica clara.²⁸³

La exclusión contenida en la Convención parece perseguir primordialmente un fin retributivo. Al haber señalado el ACNUR que se excluye de protección a gente “no merecedora de protección internacional” se desprende que se persigue un sentido de justicia: ¿por qué se habría de otorgar protección internacional a alguien que ha dañado severamente a otro o a otros?

Independientemente de si se considera adecuado o no señalar que hay gente no merecedora de protección internacional, el que la exclusión persiga un motivo de justicia refuerza el argumento de que se le está equiparando a un castigo. Además, en casos de reclutamiento forzado se pueden dar escenarios en donde no se justifique excluir por este motivo debido al factor de la coacción.

²⁷⁹ Binder, Guyora, *op. cit.*, p. 75.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 84.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 34.

²⁸² *Ibidem*, pp. 51 y 52.

²⁸³ *Idem*.

Como señalado, el punto de vista retributivo analiza lo que los delincuentes han hecho, y por qué lo han hecho, en el caso de reclutamiento forzado se tiene que tomar necesariamente en cuenta el hecho de que las personas se han unido a la pandilla y/o han cometido delitos en su nombre a causa de coacción. No parece, en principio, que el excluir a un miembro de una pandilla que fue víctima de reclutamiento forzado y que ha cometido delitos porque su vida y la de su familia se encontraba amenazada en caso de no hacerlo, restablezca el sentido de justicia.

Es claro que debe analizarse caso por caso ya que puede ser que debido a la naturaleza de los actos cometidos la exclusión sí sea una medida proporcional, pero desde un punto de vista retributivo se justifica que en casos de reclutamiento forzado sea considerada la coacción al momento de realizar las determinaciones de asilo.

3.3.3. Exclusión desde un punto de vista comunicativo

De acuerdo con la teoría comunicativa, el castigo tiene una finalidad comunicativa, ya que apela a la razón y al entendimiento del otro, esto es, se dirige al otro como agente racional.²⁸⁴

Los defensores de esta teoría afirman que el proceso penal es una empresa comunicativa en la que, si un ciudadano es condenado su condena comunica tanto a él como a los demás la censura que se ha demostrado que merece por su delito. Con lo que se busca la comprensión y aceptación presentes, así como influir en la conducta futura.²⁸⁵

De acuerdo con esta teoría el objetivo del castigo no se limita a que los ciudadanos se abstengan de delinquir o de repetir sus delitos sino que se trata de que los ciudadanos reconozcan y acepten las exigencias de la ley como justificadas

²⁸⁴ Duff, Antony, *Punishment, communication, and community*, Oxford University Press, Nueva York, 2001, p. 79.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 80.

y que por esta razón se abstengan de delinquir o que reconozcan la ilicitud de sus delitos pasados y se abstengan por esta razón de cometer delitos futuros.²⁸⁶

Debido a que se reconoce al ciudadano como agente moral lo anterior se debe conseguir a través de un proceso de persuasión moral racional, lo que entraña lograr que los ciudadanos reconozcan y acepten que determinados tipos de conducta están prohibidos por la ley, así como que esa conducta es mala y por qué lo es. Además, se sostiene que si un ciudadano comete un delito la ley debe tratar de que reconozca y se arrepienta de ese delito. En suma, se dirige a ellos como agentes racionales ofreciéndoles razones para obedecer y como agentes autónomos, apelando a sus propios valores.²⁸⁷

El castigo se justifica desde esta teoría de un modo similar, como una empresa comunicativa que refleja que la censura que comunica el castigo es merecida. El castigo mirará hacia atrás (como se hace desde la teoría retributiva) a un delito pasado como aquello por lo que merece esta respuesta, y hacia adelante (como se hace desde la teoría utilitarista) a algún bien futuro que pretende alcanzar.²⁸⁸

Esta forma de ver el castigo hace responder a aquellos que han delinquido (como agentes morales responsables) de las injusticias públicas que cometen. Pero también respeta su autonomía (ya que busca persuadir), su libertad (ya que constituye una respuesta legítima a sus malas acciones y les deja libertad para no ser persuadidos) y su intimidad (ya que sólo aborda aquellas acciones que pertenecen a la esfera pública).²⁸⁹

Es entonces que bajo esta teoría resulta de suma importancia que, tanto el sujeto condenado como la sociedad, comprendan y acepten que su conducta fue errónea y porqué lo fue. En el caso de la exclusión, el hecho de que la ACNUR haya mencionado que la exclusión se da en casos en que las personas no son

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 81.

²⁸⁷ *Ibidem*, pp. 81 y 84.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 89.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 130.

merecedoras de protección internacional, comunica que si bien el refugio busca la protección de personas con fundados temores de ser perseguidos, en ciertos casos la propia conducta del solicitante puede privarle de la protección. Es decir, el decir que se excluye de la protección a personas que han cometido cierto tipo de delitos, comunica una censura de la comunidad internacional a ciertas conductas, haciéndoles responder, de cierta forma, a las personas por las injusticias que han cometido.

En el caso de reclutamiento forzado, existen casos en donde no resultaría razonable suponer que el sujeto reconocerá y aceptará que el haber aceptado unirse y posteriormente haber cometido cierta conducta delictiva (dependiendo de la ponderación entre la amenaza y la conducta) es censurable o que cometió una injusticia, cuando la alternativa era la muerte del sujeto coaccionado y de su familia, por ejemplo, ya que lo más probable es que considere que la injusticia fue cometida contra él. Lo anterior conllevaría el que la exclusión (el castigo) no sea percibida como una respuesta legítima a la conducta del solicitante de asilo.

Es entonces que el dirigirse a los solicitantes de asilo y a la sociedad como agentes racionales y apelar a sus valores para que obedezcan implica que se debería de tomar en cuenta el elemento de coacción y el contexto del crimen organizado al momento de realizar las determinaciones de asilo, ya que estos factores influyen en las razones que tenía el sujeto para cometer conductas que, en principio, darían lugar a la exclusión pero que pueden resultar moralmente excusables.

3.3.4. Exclusión desde la teoría de la pérdida de derechos

De acuerdo con Wellman, la teoría retributiva del castigo sostiene que el objetivo que justifica el castigo es servir a la justicia dando a los infractores el trato duro que merecen. El utilitarismo sugiere que el objetivo es producir mejores consecuencias al disuadir a la gente de cometer delitos. La teoría de la educación moral aduce que el objetivo es ayudar a educar moralmente tanto al infractor como

a la sociedad. La teoría de la comunicación afirma que el objetivo central es que la sociedad exprese su denuncia del infractor. La teoría restitutiva alega que el objetivo es restaurar a las víctimas. La teoría de la válvula de seguridad social afirma que el objetivo es proporcionar una salida pacífica a las emociones socialmente perturbadoras. Wellman aduce que si bien dichos objetivos ayudan a explicar por qué deberíamos querer un sistema de castigo bien construido, no justifican por qué sería permisible instituirlo.²⁹⁰

De acuerdo con la teoría de la pérdida de derechos existen derechos morales preinstitucionales, incluido el derecho a no ser castigado, pero que estos son susceptibles de perderse. La forma en la que el derecho a no ser castigado se puede perder es violando o intentando violar (culpablemente) el derecho de otra persona. Esto es, se pierde la inmunidad moral al castigo (proporcional) cuando se viola culpablemente un derecho moral.²⁹¹

Hay derechos que no pueden suspenderse justificadamente en una sociedad libre, sean cuales sean las circunstancias, son derechos inderogables, como el derecho a no ser sometido a “torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.²⁹² Razón por la cual existe la protección complementaria la cual se otorga a pesar de que la persona haya cometido un delito común grave.

En el ámbito del refugio, se entiende que existe un derecho al refugio por parte de las personas que califican como refugiadas, pero que cuando una persona comete alguno de los actos enlistados en el artículo 1F(b) se pierde ese derecho a la protección internacional a través de la exclusión. Pues como afirma David Luban, cuando un acto es moralmente indignante (*malum in se*), no se violan las

²⁹⁰ Wellman, Christopher Heath, *Rights forfeiture and punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 2.

²⁹¹ *Ibidem*, pp. 7 y 8.

²⁹² Magrath, Jade, *op. cit.*, p. 217.

expectativas razonables de los acusados cuando son juzgados por ello,²⁹³ en este caso, excluidos.

Sin embargo, en ciertos casos de reclutamiento forzado puede no aplicar lo anterior, ya que derivado de un análisis de todas las consideraciones morales involucradas puede ser que los delitos cometidos por la víctima de reclutamiento forzado no se perciban como *malum in se*. Además de que la coacción tiene un impacto en la culpabilidad, lo que a su vez impacta en la proporcionalidad del castigo.²⁹⁴

3.3.5. Consideraciones finales sobre exclusión como forma de castigo

La ACNUR y ciertos Estados han sostenido que la cláusula de exclusión busca preservar la integridad del sistema de refugio y salvaguardar al país receptor de delincuentes que pueden suponer un peligro para su sociedad. Como ha sido desarrollado en esta sección, los fines que busca la cláusula de exclusión pueden ser identificados dentro de la categoría de motivos que suelen darse para justificar al castigo desde diversas teorías.

Además, la exclusión de la figura de refugio cumple con todos los elementos del castigo estándar dados por Hart, con la excepción de que la exclusión no es impuesta por una autoridad del país en el que se cometió el delito. Sin embargo, como ha sido señalado, el que la exclusión no cumpla con este elemento parecería más un motivo para no justificar que se imponga el castigo por el Estado receptor que para sostener que por esta causa la exclusión no constituye un castigo.

Es por lo anterior que puede afirmarse que la exclusión contenida en la Convención sigue los motivos y justificaciones del castigo. Este hecho provoca que aun cuando la exclusión no sea un castigo penal y aún cuando no se le considerara

²⁹³ Wellman, Christopher Heath, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

²⁹⁴ Wellman reconoce que existen grados de culpabilidad y esto impacta en el castigo. Véase Wellman, Christopher Heath, *op. cit.*, p. 33 nota al pie 26.

un castigo *per se*, sí puede equipararse a un castigo, razón por la cual deben tomarse en consideración los excluyentes de responsabilidad, como es el caso de la coacción, ya que este elemento tiene un rol fundamental al momento de determinar si se justifica o no la aplicación del castigo.

3.4. *El rol de la coacción en casos de reclutamiento forzado*

La defensa de coacción surge de la concepción de que la intención del individuo en la comisión de un delito puede llegar a ser muy relevante. Esta defensa sólo aplica cuando no hay una oportunidad razonable de escapar del daño más que por medio de la participación en la actividad ilegal. Los tres requisitos básicos de la doctrina de la coacción son que: (i) el demandado se enfrentaba a una consecuencia negativa muy grave; (ii) la amenaza de esa consecuencia era creíble; y (iii) el demandado creía razonablemente que sería perjudicado si no cumplía con las demandas.²⁹⁵

Los elementos para determinar que hubo coacción pueden sin embargo variar dependiendo el país. Por ejemplo, la defensa de coacción en el Derecho penal canadiense exige el cumplimiento de seis elementos:²⁹⁶

- (1) una amenaza explícita o implícita de muerte o daño corporal dirigida al acusado o a otra persona;
- (2) una creencia razonable del acusado de que la amenaza se llevaría a cabo;
- (3) ninguna vía segura de escape;
- (4) una estrecha conexión temporal entre la amenaza y el daño amenazado.
- (5) proporcionalidad entre el daño amenazado y el daño infligido; y
- (6) que el acusado no participó voluntariamente en un grupo o en actividades a sabiendas de que las amenazas y la coacción para cometer un delito eran un posible resultado de la participación.

Derivado de los elementos que se deben considerar para determinar si existió coacción, se puede concluir que es poco probable que alguien que sólo actúa bajo

²⁹⁵ Keyes, Elizabeth A., *op. cit.*, pp. 316 y 318; véase *McMillan v. State*, 51 A.3d 623 (Md. 2012).

²⁹⁶ Traducción propia, Bond, Jennifer, *op. cit.*, pp. 428 y 429.

coacción sea disuadido por la perspectiva de un castigo contemplado por la ley, debido a que la doctrina de la coacción lleva implícita la noción de que la amenaza es bastante extrema y la creencia de que dicha amenaza se lleve a cabo muy grande. Respecto a la justicia, el nivel de reprochabilidad que se le puede hacer a alguien que cometió un delito por coacción disminuye respecto a quien actuó voluntariamente, ya que su falta de intención criminal le hace menos merecedor de castigo.²⁹⁷

Lo anterior tiene una consecuencia importante, toda vez que en materia penal la existencia de coacción reduce la probabilidad de condena o la gravedad de sus efectos, debido a que la coacción podría eliminar el requisito de intención (*mens rea*), excusando al acusado por la comisión del delito o bien, aun si fuera declarado culpable la coacción sería un factor atenuante de la posible condena.²⁹⁸

Es importante aclarar que la doctrina de la coacción no cuestiona la existencia de una conducta indeseable, ni establece que el acto es moralmente bueno, pero tiene un impacto en la consecuencia jurídica de la conducta delictiva,²⁹⁹ al hacer excusable la conducta (en ciertos casos la excusa es gradual).

Es entonces, que una persona que comete un acto delictivo por un miedo fundado a terribles consecuencias se distingue de una persona que comete un delito voluntariamente. Sin embargo, en EE. UU., en materia migratoria, no se reconoce dicha diferencia. La legislación sobre inmigración no ha desarrollado interpretaciones sólidas de la coacción, lo que resulta preocupante dada su función protectora.³⁰⁰

Debe tenerse en cuenta que, en el ámbito de refugio (en casos que involucran exclusión), se suele hacer referencia al derecho penal. Por ejemplo, en el caso *Febles*, el Tribunal Supremo de Canadá relacionó la gravedad del delito, a efectos

²⁹⁷ Keyes, Elizabeth A., *op. cit.*, pp. 313 y 315.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 309

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 351

³⁰⁰ *Ibidem*, pp. 308 y 355.

del artículo 1F(b) de la Convención, a la gravedad de la pena que se habría impuesto si el delito hubiera sido juzgado con arreglo al Derecho penal canadiense, con lo que una pena máxima de diez años o más en Canadá será generalmente lo suficientemente grave como para justificar la exclusión.³⁰¹

El no considerar las defensas en los casos de refugio que involucren una presunta criminalidad del solicitante de asilo implicaría una arbitraria, selectiva e injusta aplicación de conceptos penales en el derecho de los refugiados.³⁰²

Se acepta que una de las problemáticas en el caso de refugio es que las determinaciones de asilo se basan en modelos de toma de decisiones binarios: el solicitante es o no considerado refugiado y se le otorga o no la protección del refugio, no hay punto medio. Si bien en materia penal también la decisión es binaria: la persona es culpable o no, la gravedad de la sanción impuesta sí puede variar. Es decir, aun cuando alguien sea declarado culpable el elemento de coacción puede influir en los años de prisión, por ejemplo. En casos de refugio este no es el caso, la coacción no puede mitigar o atenuar las consecuencias en un caso de exclusión: a la persona se le excluye o no de la protección, la exclusión no puede ser gradual.³⁰³

Empero, lo anterior no justifica el no considerar a la coacción en casos de refugio, todo lo contrario, acentúa la importancia de considerar plena y adecuadamente todas las circunstancias relevantes que rodean al delito durante las determinaciones de asilo debido a la gravedad que representa la exclusión. Por lo tanto, un tratamiento completo y justo de las defensas es particularmente crítico en el contexto de los refugiados.³⁰⁴

³⁰¹ Bond, Jennifer, *op. cit.*, pp. 416, 435, 436; *Febles v Canada* (Citizenship and Immigration), 2014 SCC 68, párr. 62.

³⁰² Bond, Jennifer, *op. cit.*, p. 418.

³⁰³ *Ibidem*, p. 423.

³⁰⁴ *Idem*.

En el caso *Negusie v Holder*, la BIA había concluido que la prohibición de otorgar protección a alguien que a su vez cometió actos de persecución no se aplica cuando se puede demostrar que su participación en la persecución fue producto de coacción. La BIA consideró que dicha determinación cumplía con el propósito (i) de la prohibición del perseguidor contemplada en la INA, (ii) del Derecho de los Refugiados; (iii) de acuerdos internacionales relacionados.³⁰⁵

En dicho caso, la BIA adoptó una prueba de cinco elementos que se deben demostrar por el solicitante para determinar la existencia de coacción, que establecía que el solicitante de asilo:

- (1) actuó bajo una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para sí mismo o para otros;
- (2) razonablemente creyó que el daño amenazado se llevaría a cabo a menos que actuara o se abstuviera de actuar;
- (3) no haber tenido ninguna oportunidad razonable de escapar o frustrar de otro modo la amenaza;
- (4) no haberse puesto en una situación en la que sabía o razonablemente debería haber sabido que se vería obligado a actuar o a abstenerse de actuar; y
- (5) saber o razonablemente debería haber sabido que el daño que infligió no era mayor que el daño amenazado a sí mismo o a otros.³⁰⁶

Poco después de que la BIA emitiera esta decisión, el entonces Fiscal General atrajo el asunto y revocó la decisión de la BIA. El Fiscal determinó que la exclusión establecida en el artículo 1F(b) de la Convención no tiene excepción de coacción (*duress*).³⁰⁷

Se considera que la prueba de cinco elementos que había sido establecida por la BIA constituía un parámetro útil al momento de realizar las determinaciones de asilo en casos de coacción, así como un avance trascendental en el ámbito de refugio.

³⁰⁵ *Matter of Negusie*, 27 I&N Dec. 347, 353 (BIA 2018).

³⁰⁶ Keyes, Elizabeth A., *op. cit.*, p. 344 citando *Matter of Negusie*, 27 I. & N. Dec. 347 (B.I.A 2018), 363.

³⁰⁷ *Matter of Daniel Girmai Negusie*, 28 I&N Dec. 120 (A.G. 2020), p. 140.

Previo a dicha determinación solamente se había llegado a insinuar que la coacción podría llegar a ser relevante en casos de refugio. Por ejemplo, en *Urbina-Mejia v. Holder*, Urbina-Mejia, un joven hondureño que se unió a una pandilla después de haber sido golpeado severamente hasta aceptar, solicitó refugio con base en su antigua pertenencia a la pandilla. Como miembro de la pandilla su rol consistía en extorsionar, lo que el juez de inmigración consideró un delito común grave. La BIA examinó la alegación de coacción de Urbina-Mejia, pero coincidió con el juez de inmigración en que Urbina-Mejia había tenido suficiente autonomía. El Sexto Circuito confirmó esa conclusión.

En dicho caso, si bien Urbina-Mejia sí fue excluido de la protección, se insinuó que esto fue porque el solicitante no demostró que había cometido los delitos bajo coacción, no porque la coacción no fuera relevante. Empero, no fue desarrollada a profundidad la defensa de coacción y no se establecieron los elementos que se debían cumplir para demostrarla.

La prueba de la BIA, sin embargo, representaba una directriz clara de elementos a considerar en casos donde la coacción estuviera involucrada. Resulta lamentable que el Fiscal General haya revocado dicha decisión porque, como sostenido, la exclusión puede ser equiparada a un castigo y conlleva consecuencias muy severas, con lo que no se justificaría excluir a alguien por cometer un delito que se encontraba moralmente excusado a cometer.

4. Consideraciones finales sobre inclusión y exclusión

En solicitudes de asilo derivadas de reclutamiento forzado realizadas por personas originarias del Triángulo Norte de Centroamérica, resulta indispensable tanto al momento de analizar las cláusulas de inclusión como las de exclusión, analizar el contexto de la región.

En las cláusulas de inclusión es relevante tomar en cuenta el contexto del crimen organizado en la región al momento de analizar si la persona huye a causa de pertenencia a un determinado grupo social o por opinión política, debido al poder

que ostentan las pandillas en la región y a la complicidad de las autoridades con las pandillas o a su incapacidad de dar una protección efectiva. Por tanto, no es posible hacer una evaluación adecuada de las solicitudes de asilo de víctimas de reclutamiento forzado si el contexto no es analizado.

Respecto a las cláusulas de exclusión, resulta importante el contexto mencionado a fin de poder evaluar adecuadamente los elementos de la coacción. Por ejemplo, para determinar si el solicitante de asilo tenía una oportunidad razonable de haber escapado a la amenaza o para aportar apoyo respecto a la credibilidad y severidad de la amenaza.

El reclutamiento forzado es una crisis actual en el Triángulo Norte de Centroamérica que provoca la migración forzada de un gran número de personas, la migración interna, en muchos casos, no representa una alternativa viable, por lo que resulta imperante el reconocer que se les debe protección internacional a sus víctimas.

Actualmente los precedentes estadounidenses no se encuentran homologados. Mientras algunos reconocen casos de reclutamiento forzado como una causa protegida, algunos afirman que no lo es. Esta situación genera incertidumbre, así como la denegación de protección a personas que lo necesitan.

Respecto a la comisión de delitos comunes graves a causa del reclutamiento forzado, resulta relevante que se considere la defensa de coacción al momento de analizar si se excluye o no al solicitante de asilo. La coacción tiene un gran impacto en los motivos o la justificación que existe para que se castigue –excluya– al solicitante de asilo.

Lo anterior no implica que en ningún caso de reclutamiento forzado se pueda excluir al solicitante de asilo. Como señalado en el capítulo II, podrá darse el caso de víctimas de reclutamiento forzado que cometan casos tan atroces que aun cuando se tome en cuenta que fueron realizados bajo coerción, no se justifique que

se hayan cometido. Pero lo anterior solamente podrá ser determinado una vez que se haga un análisis profundo de las circunstancias de cada caso.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La violencia ejercida por el crimen organizado, particularmente a través de reclutamiento forzado, es una de las principales causas de desplazamiento forzado en la región del Triángulo Norte de Centroamérica. A fin de poder otorgar una protección efectiva a personas que huyen de dicha problemática por no haber encontrado protección en su país de origen, resulta necesario justificar por qué las víctimas de reclutamiento forzado podrían ser considerados refugiados de conformidad con la definición de refugiado de la Convención.

SEGUNDA. La forma en la cual una persona se encuentra en necesidad de protección no debería, en principio, influir para que esta se otorgue o no, por lo cual se debe optar por una interpretación extensiva del término persecución, así como de sus causales contempladas en la definición de refugiado, a fin de que la figura de refugio logre dar respuesta a las crisis actuales.

TERCERA. Si bien se sugiere realizar una interpretación extensiva del término persecución y de sus causales, la efectividad de la figura de refugio requiere que la mayoría de las personas no puedan acceder a ella, por lo que no deben de perderse de vista los objetivos de dicha figura a fin de garantizar su efectividad a aquellas personas cuyos derechos humanos no pueden ser protegidos excepto cruzando una frontera.

CUARTA. Cuando se tienen crisis actuales identificadas en donde se requiere de la protección del refugio, pero no queda claro si la definición de refugiado puede englobarlas o no, como es el caso del reclutamiento forzado, puede resultar de utilidad que se opte por mencionar expresamente dicha causal en la definición de refugiado para asegurar la protección como se ha hecho en algunas legislaciones por persecución debida al género, orientación sexual, aborto forzado y esterilización involuntaria.

QUINTA. Por la naturaleza del reclutamiento forzado sus víctimas se suelen ver obligadas a cometer delitos comunes graves para evitar que las amenazas

realizadas por miembros de las pandillas –las cuales suelen incluir la muerte de la víctima o de familiares cercanos– se lleven a cabo. Debido a esta situación es indispensable que al momento de realizar las determinaciones de asilo de víctimas de reclutamiento forzado provenientes del Triángulo Norte de Centroamérica se tome en cuenta el contexto de dicha región, a fin de poder realizar una evaluación adecuada al momento de determinar si debe aplicarse la exclusión del artículo 1F(b) de la Convención.

SEXTA. Debido a que México vive una problemática similar al Triángulo Norte de Centroamérica respecto al crimen organizado y a que los migrantes constituyen un grupo vulnerable a la persecución de organizaciones criminales en México, así como a que Canadá es geográficamente inaccesible para un gran número de víctimas de reclutamiento forzado que intentan huir de esta persecución, es de suma importancia que EE. UU., reconozca al reclutamiento forzado como un fenómeno que puede ser englobado en la definición de refugiado.

SÉPTIMA. Los casos de reclutamiento forzado conllevan diversas implicaciones morales debido a la gravedad de las amenazas que se realizan contra sus víctimas y a la alta probabilidad de que dichas amenazas sean ejecutadas, lo que debe de ser tomado en cuenta al momento de realizar las determinaciones de asilo.

OCTAVA. El elemento de coacción juega un papel central en el reclutamiento forzado e implica que la víctima del reclutamiento forzado está, en cierto grado, sometida a la voluntad de otro. Esta falta de intención (*mens rea*) debe de ser considerada en caso de que el solicitante de asilo haya cometido un delito grave, para ponderar si su carácter delictivo prevalece sobre su necesidad de protección como refugiado.

NOVENA. La exclusión de la Convención puede equipararse a un castigo debido a la gravedad de sus consecuencias y al uso de ciertos elementos del derecho penal para su interpretación y aplicación, por lo que deben de considerarse las defensas, como la coacción, para evitar una arbitraria e injusta aplicación de conceptos penales en el derecho de los refugiados. Además de que, de conformidad con las

teorías del castigo, la coacción puede influir en la justificación de la imposición y severidad del castigo.

DÉCIMA. Debido a que la exclusión no juega un papel relevante en temas de seguridad nacional porque la persona excluida aún puede ser sujeta a protección complementaria y, por tanto, tener derecho a permanecer en el territorio del Estado en donde le fue rechazado el refugio, la cláusula de exclusión debe de ser una medida excepcional.

DÉCIMA PRIMERA. Debe recordarse que la ley no está diseñada para héroes sino para hombres comunes, por lo que habrá casos en donde el no sucumbir a la amenaza de las pandillas constituiría un acto supererogatorio, y la víctima de reclutamiento forzado no tendrá la obligación moral de no sucumbir a las amenazas. En dichos casos, en donde no se puede razonablemente exigir que la persona asuma la ejecución de la amenaza, debería considerarse que el sujeto se encontraba moralmente excusado por las acciones delictivas y no ser excluido de la protección.

DÉCIMA SEGUNDA. La coacción debe de ser considerada en casos de reclutamiento forzado, pero esto no significa que la coacción sea un cheque en blanco para que la víctima de reclutamiento forzado pueda cometer cualquier tipo de atrocidades. Existen casos de mala suerte moral, en los que a pesar de que la amenaza por no acatar los mandatos de la pandilla sea muy grave, no se podrá considerar que el sujeto se encontraba moralmente excusado para la comisión de los actos instruidos (debido a la naturaleza de estos). En estos casos la víctima de reclutamiento forzado tendrá altas exigencias morales, pero, a fin de cuentas, exigencias.

DÉCIMA TERCERA. Desde la teoría de la pérdida de derechos, podría llegarse a considerar que el Estado Receptor se encuentra justificado a excluir de la protección de la figura de refugio a quienes han cometido delitos comunes graves, pero debido a que se requiere que la persona viole culpablemente el derecho de otra para que pierda su inmunidad moral al castigo, resulta necesario analizar a

profundidad el rol del elemento de coacción caso por caso en solicitudes de asilo de víctimas de reclutamiento forzado.

DÉCIMA CUARTA. El reclutamiento forzado puede constituir persecución por pertenencia a determinado grupo social y opinión política. La negativa a sucumbir al reclutamiento forzado debe de ser percibido como un interés mutuo de respetar el estado de derecho, además, las circunstancias en las que se efectuó el reclutamiento y factores como la edad también deben ser tomados en cuenta.

DÉCIMA QUINTA. El reclutamiento forzado puede constituir persecución por opinión política. La negativa a unirse a una pandilla expresa desacuerdo con las actividades que realizan y puede llegar a expresar sentimientos antipandillas de manera sumamente fuerte. Negar que una víctima de reclutamiento forzado originaria del Triángulo Norte de Centroamérica pueda llegar a considerarse como refugiada por dicha causal implicaría no tomar en cuenta el contexto geográfico, histórico, político, jurídico, judicial y sociocultural del Triángulo Norte de Centroamérica.

DÉCIMA SÉPTIMA. El no considerar el reclutamiento forzado como una forma de persecución para los efectos del refugio, además de no encontrar razones morales y jurídicas fuertes, podría orillar a las víctimas de reclutamiento forzado a mantenerse en las pandillas por no encontrar ninguna vía de escape.

DÉCIMA OCTAVA. No existe una fórmula para determinar cuándo la víctima de reclutamiento forzado en el Triángulo Norte de Centroamérica se encuentra excusado por sus actos y, por tanto, se encuentra justificada la no exclusión de la protección aun cuando haya cometido delitos no políticos graves. Los casos de reclutamiento forzado son muy complejos y diversos, solo existen ciertos factores constantes (como la problemática imperante de su país de origen), pero las amenazas y el contexto de cada solicitante de asilo varía, por lo que la evaluación debe de hacerse caso por caso considerando todos los factores al momento de realizar la ponderación correspondiente.

FUENTES

BIBLIOGRAFÍA

ABELSON, Raziel, "To Do or Let Happen", *American Philosophical Quarterly*, vol. 19, núm. 3, 1982.

ANDERSON, Mark B., Moral luck as moral lack of control, *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 57, núm. 1, 2019.

ARCHER, Alfred, "Supererogation", *Philosophy Compass*, vol. 13, 2018.

ATAK, Idil y CRÉPEAU, François, *Asylum in the twenty-first century. Trends and challenges*, en Anna Triandafyllidou (ed.), *Routledge Handbook of Immigration and Refugee Studies*, 2da. ed., Nueva York, Routledge, 2023.

BAGNOLI, Carla, "Claiming Responsibility for Action Under Duress", *Ethical Theory and Moral Practice*, 2018, vol. 21, núm. 4.

BALUARTE, David, "Refugees Under Duress: International Law and the Serious Nonpolitical Crime Bar", *Belmont Law Review*, 2022.

BENNETT, Jonathan, "Whatever the Consequences", en Steinbock, Bonnie y Norcross, Alastair (eds.), *Killing and letting die*, 2da. ed., Nueva York, Fordham University Press, 1994.

BERGELSON, Vera, "Duress Is No Excuse", *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 15, núm. 2, 2018.

BINDER, Guyora, *Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2016.

BOND, Jennifer, "The defence of duress in Canadian refugee law", *Queen's LJ*, 2016, vol. 41.

BREWER, Stephanie *et al.*, *Luchando por sobrevivir: la situación de las personas solicitantes de asilo en Tapachula, México*, WOLA, 2022.

BROWNING, Christopher S., "Security and migration: A conceptual exploration", *Handbook on migration and security*, 2017.

CALVO ÁLVAREZ, Felipe, "La naturaleza práctica de los actos supererogatorios", *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 7, núm. 13, 2007.

CANTOR, David James, "Criminal groups and a decade of displacement in Central America and Mexico", *Brown Journal of World Affairs*, vol. 24, 2022.

CARENS, Joseph, *The ethics of immigration*, Nueva York, Oxford University Press, 2013.

CARLSMITH, Kevin M., *et al.*, "Why Do We Punish? Deterrence and Just Deserts as Motives for Punishment", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 83, núm. 2, 2002.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Situación de derechos humanos en Honduras. OEA/Ser.LV/II. Doc.146/19*, 2019.

COURTWRIGHT, David, "Drug Wars, Drug Violence, and Drug Addiction in the Americas", *Criminal Justice Ethics*, 2023.

CRUZ, José Miguel, "State and criminal violence in Latin America", *Crime, law and social change*, vol. 66, 2016.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, 2da. ed., México, Fontamara, 2017.

DAVIS, N. Ann, "The Priority of Avoiding Harm", en, Steinbock, Bonnie y Norcross, Alastair (eds.), *Killing and letting die*, 2da. ed., Nueva York, Fordham University Press, 1994.

DINELLO, Daniel, "On Killing and Letting Die", en, Steinbock, Bonnie y Norcross, Alastair (eds.), *Killing and letting die*, 2da. ed., Nueva York, Fordham University Press, 1994.

DUFF, Antony, *Punishment, communication, and community*, Oxford University Press, Nueva York, 2001.

DURIEUX, Jean-François, "Is a New European Refugee Regime Emerging?", *Refugee Survey Quarterly* 2001, vol. 20, núm. 2, 2001.

FERRY, Michael, "Does morality demand our very best? Moral prescriptions and the line of duty", *Philosophical Studies*, vol. 165, núm. 2, 2013.

FIELDS, Lloyd, "Coercion and Moral Blameworthiness", *International Journal of Applied Philosophy*, vol. 15, núm. 1, 2001.

GIBNEY, Matthew J., *The Ethics and Politics of Asylum. Liberal Democracy and the Response to Refugees*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

GLOVER, Jonathan, "Causing Death and Saving Lives", Nueva York, Penguin Books, 1977.

GÖKŞEN, Elif, "Proportionality in refugee exclusion: An underestimated analysis", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 18, 2020.

HAESBAERT, Rogério, *Vivir en el límite: territorio y multi-transterritorialidad en tiempos de in-seguridad y contención*, trad. de Lucia Gina Aichino et al., México, Siglo XXI Editores, 2021.

HANNA, Nathan, "Moral Luck Defended", *Noûs*, vol. 48, núm. 4, 2014.

Hart, H.L.A., *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1962.

———, "The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment", *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 60, 1959–1960.

HARTMAN, Robert J., *In defense of moral luck why luck often affects praiseworthiness and blameworthiness*, Nueva York, Routledge, 2017.

HEYD, David, "Supererogation", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019, disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/supererogation/>.

INTERNATIONAL CRISIS GROUP, *El salario del miedo: maras, violencia y extorsión en Centroamérica. Informe sobre América Latina N° 62*, Bélgica, 2017.

———, *Rescatando la lucha de Guatemala contra el crimen y la impunidad. Informe sobre América Latina N° 70*, Bruselas, 2018.

IZCARA PALACIOS, Simón Pedro, "Violencia hacia los migrantes en Tamaulipas" en Pardo Montaña, Ana Melisa y Dávila Cervantes, Claudio Alberto (coord.), *Explorando conexiones. Abordajes conceptuales y metodológicos para el análisis de la violencia y la migración en México*, México, Facultad de Filosofía y Letras (UNAM), Fides Ediciones, 2021.

JESKE, Diane, *Families, "Friends, and Special Obligations"*, *Canadian Journal of Philosophy*, 1998, vol. 28, núm. 4.

KAMM, Frances Myrna, *Rights and Their Limits: In Theory, Cases, and Pandemics*, Nueva York, Oxford University Press, 2022.

KAUSHAL, Asha y DAUVERGNE, Catherine, "The growing culture of exclusion: Trends in Canadian refugee exclusions", *International Journal of Refugee Law*, vol. 23, núm. 1, 2011.

KAWALL, Jason, "Virtue theory, ideal observers, and the supererogatory", *Philosophical Studies*, vol. 146, 2009.

KEYES, Elizabeth A., "Duress in Immigration Law", *Seattle University Law Review*, vol. 44, 2021.

KHODAY, Amar, "Resisting criminal organizations: reconceptualizing the 'political' in International Refugee Law", *McGill Law Journal*, vol. 61, núm. 3, 2016.

LAVES, Samuel, "Luck for Moral Luck?", *Philosophia*, vol. 49, núm. 1, 2021.

LÊ ESPIRITU, Yén *et al.*, *Departures. An introduction to critical refugee studies*, Oakland, University of California Press, 2022.

LEHMANN, Kai, "Entrenching the Problem? International Organizations and Their Engagement in Latin America to Address Violence: The Case of the European Union in the Northern Triangle", *Contexto Internacional*, vol. 43, 2021.

LI, Yao, "Exclusion from Protection as a Refugee: An Approach to a Harmonizing Interpretation in International Law", *International Refugee Law Series*, vol 9, 2017.

LICHTENBERG, Judith, "The Moral Equivalence of Action and Omission", en, Steinbock, Bonnie y Norcross, Alastair (eds.), *Killing and letting die*, 2da. ed., Nueva York, Fordham University Press, 1994.

LILLEHAMMER, Hallvard, "Moral luck and moral performance", *European Journal of Philosophy*, vol. 28, 2020.

MAGRATH, Jade, "Asylum for the Undeserving: A Human Rights Perspective on the Refugee Convention's Exclusion Clause", *Auckland University Law Review*, vol. 24, 2018.

MAIANI, Francesco, "The Concept of "Persecution" in Refugee Law: Indeterminacy, Context-sensitivity, and the Quest for a Principled Approach", *Les Dossiers du Grihl*, núm. 4, 2022.

MALEY, William, *What is a Refugee?*, Nueva York, Oxford University Press, 2016.

MASSOUD, Amy, "Moral worth and supererogation", *Ethics*, vol. 126, 2016.

MCMAHAN, Jeff, "Killing, Letting Die, and Withdrawing Aid", en, Steinbock, Bonnie y Norcross, Alastair (eds.), *Killing and letting die*, 2da. ed., Nueva York, Fordham University Press, 1994.

MCMANUS, Ryan M., "What We Owe to Family: The Impact of Special Obligations on Moral Judgment", *Psychological Science*, vol. 31, núm. 3, 2020.

MCPHERSON, Thomas, "Punishment: Definition and Justification", *Analysis*, vol. 28, núm. 1, 1967.

MÉDECINS SANS FRONTIÈRES, *Forced to flee Central America's Northern Triangle: a neglected humanitarian crisis*, 2017.

MILLER, David, *Strangers in Our Midst: the political philosophy of immigration*, Cambridge, Harvard University Press, 2016.

MILLS, Charles W., "Vice's vicious virtues: the supererogatory as obligatory", *South African Journal of Philosophy*, vol. 30, núm. 4, 2011.

MOYA, Carlos J., "Doing one's best, alternative possibilities, and blameworthiness", *Crítica*, México, 2014, vol. 46, núm. 136.

MURPHY, Jeffrie G., "Is Killing the Innocent Absolutely Immoral?", en, Steinbock, Bonnie y Norcross, Alastair (eds.), *Killing and letting die*, 2da. ed., Nueva York, Fordham University Press, 1994.

NAGEL, Thomas, *Mortal questions*, Nueva York, Cambridge University Press.

NELKIN, Dana Kay, "Thinking outside the (traditional) boxes of moral luck" en, Peter A. French, *et al.* (eds.), *Moral Luck*, Malden, Midwest Studies in Philosophy, vol. XLIII, 2019.

NOZICK, Robert, "Coercion" en Morgenbesser, Sidney *et al.* (eds.), *Philosophy, Science, and Method: Essays in Honor of Ernest Nagel*, Nueva York, St. Martin's Press, 1969.

———, *Philosophical explanations*, Cambridge, Harvard University Press, 1981.

NYINAH, Michiael Kingsley, "Exclusion under article 1F: some reflections on context, principles and practice", *International Journal of Refugee Law*, vol. 12, 2000.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Estudio mundial sobre el homicidio 2019*, Viena, 2019.

PÉREZ VÁZQUEZ, Brenda Gabriela, *et al.*, *Episodios de Desplazamiento Interno Forzado Masivo en México. Informe 2020*, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, México, 2021.

PIRJOLA, Jari, “Shadows in paradise. Exploring non-refoulement as an open concept”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 19, núm. 4, 2007.

PUTRANTO, Christian Donny, “Excluded from the Refugee Protection but Unreturnable: The International Human Rights Protection of the Undesired”, *Australian International Law Journal*, vol. 22, 2015-2016.

QUINTERO, Claudia B., “Ganging Up on Immigration Law: Asylum Law and the Particular Social Group Standard-Former Gang Members and Their Need for Asylum Protections”, *University of Massachusetts Law Review*, vol. 13, núm. 2, 2018.

RAWLS, John, *A Theory of Justice: Original Edition*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

———, “Two Concepts of Rules”, *The Philosophical Review*, vol. 64, núm. 1, 1955.

REDÓN HUERTA BARRERA, Teresita, *Los conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Administrativo*, Quito, Cevallos, 2012.

ROSEN, Jonathan, “Understanding support for tough-on-crime policies in Latin America: The cases of Mexico, El Salvador, and Honduras”, *Latin American Policy*, vol. 12, 2021.

SCHUSTER, Liza, *Unmixing migrants and refugees*, en Anna Triandafyllidou (ed.), *Routledge Handbook of Immigration and Refugee Studies*, 2da. ed., Nueva York, Routledge, 2023.

SHAH, Anjani P., “Protecting the ‘unwanted’: how and why we should defend former gang members in their pursuit of asylum”, *Journal of Law and Policy*, vol. 31, núm. 1, 2022.

SIMENTIĆ, Janja, “To exclude or not to exclude, that is the question: Developments regarding bases for exclusion from refugee status in the EU”, *German Law Journal*, vol. 20, núm. 1, 2019.

SKOLNIK, Terry, “Three Problems with Duress and Moral Involuntariness”, *Criminal Law Quarterly*, vol. 63, 2016.

SLOAN, James, “The Application of Article 1F of the 1951 Convention in Canada and the United States”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 12, 2000.

TRAMMELL, Richard L., “Saving Life and Taking Life”, *The Journal of Philosophy*, vol. 72, núm. 5, 1975.

VAN PROOIJEN, Jan-Willem, *The moral punishment instinct*, Nueva York, Oxford University Press, 2018.

VAN WIJK, Joris y REIJVEN, Joke, “Caught in Limbo: How Alleged Perpetrators of International Crimes who Applied for Asylum in the Netherlands are Affected by a Fundamental System Error in International Law”, *International Journal of Refugee Law*, 2014, vol. 26, núm. 2.

VON STERNBERG, Mark R., *The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law: Canadian and United States Case Law Compared*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2002.

WELLMAN, Christopher Heath, *Rights forfeiture and punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

CIBERGRAFÍA

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Situación de los derechos humanos en Guatemala. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/43/3/Add.1)*, 2020, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/country-reports/situation-human-rights-guatemala-report-united-nations-high-commissioner>.

BBC MUNDO, “Un grupo de migrantes varados en la frontera sur de México se cose la boca en señal de protesta”, 17 febrero 2022, consultado el 11 de marzo de 2023, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-60418725>.

COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA, “Informe del Comité contra la Desaparición Forzada sobre su visita a México al amparo del artículo 33 de la Convención”, 12 de abril de 2022, consultado el 8 de febrero de 2024, disponible en: <https://hchr.org.mx/comite/informe-del-comite-contra-la-desaparicion-forzada-sobre-su-visita-a-mexico-al-amparo-del-articulo-33-de-la-convencion/>.

DATOS MUNDIAL, “Solicitudes de asilo y refugiados en Canadá”, consultado el 23 de enero de 2024, disponible en: <https://www.datosmundial.com/america/canada/refugiados.php>.

—————, “Solicitudes de asilo y refugiados en los Estados Unidos de América”, consultado el 23 de enero de 2024, disponible en: <https://www.datosmundial.com/america/usa/refugiados.php>.

—————, “Solicitudes de asilo y refugiados en México”, consultado el 23 de enero de 2024, disponible en: <https://www.datosmundial.com/america/mexico/refugiados.php>.

DEUTSCHE WELLE, “OUDH: cifra de homicidios en El Salvador ‘no es veraz’”, 19 de abril de 2023, consultado el 4 de febrero de 2024, disponible en: <https://www.dw.com/es/oudh-cifra-de-homicidios-en-el-salvador-en-2022-no-es-veraz/a-65366818>.

GOODWIN-GILL, Guy S., “Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, disponible en: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/prsr/prsr_s.pdf, 2008

GOVERNMENT OF CANADA, “Assessing Article 1F exclusions in pre-removal risk assessments (PRRAs)”, 20 de diciembre de 2022, consultado el 27 de enero de 2024, disponible en: https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/corporate/publications-manuals/operational-bulletins-manuals/refugee-protection/removal-risk-assessment/exclusions/assess-a1f.html#_article_1fb.

HIRIART, Pedro, *Gobierno de México y crimen organizado son responsables de desapariciones forzadas: ONU*, *El Financiero*, 12 de abril de 2022, consultado el 8 de febrero de 2024, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/2022/04/12/gobierno-de-mexico-y-crimen-organizado-son-responsables-de-desapariciones-forzadas-onu/#:~:text=La%20ONU%20se%20que%20en,el%20paradigma%20del%20crimen%20perfecto.&text=El%20Comit%C3%A9%20Contra%20las%20Desapariciones,de%20desapariciones%20forzadas%20en%20M%C3%A9xico>.

HUMAN RIGHTS WATCH, *HRW: Informe Mundial 2020. Resumen de País: El Salvador, eventos 2019, 2020*, disponible en: <https://www.refworld.org/es/type,COUNTRYREP,,,5e4329f24,0.html>.

———, *HRW: Informe Mundial 2020. Resumen de País: Guatemala, eventos 2019, 2020*, disponible en: <https://www.refworld.org/es/type,COUNTRYREP,,,5e46be7c4,0.html>.

———, *HRW: Informe Mundial 2020. Resumen de País: Honduras, eventos 2019, 2020*, disponible en: <https://www.hrw.org/es/world-report/2020/country-chapters/honduras>.

———, *México. Eventos de 2022*, disponible en: <https://www.hrw.org/es/world-report/2023/country-chapters/mexico#:~:text=de%20grupos%20delictivos.-,M%C3%A9xico%20es%20uno%20de%20los%20pa%C3%ADses%20m%C3%A1s%20peligrosos%20del%20mundo,periodistas%20recurren%20a%20la%20autoce nsura>.

———, *World Report 2023. Events of 2022*, Nueva York, 2023, disponible en: <https://www.hrw.org/es/world-report/2023>.

INSIGHT CRIME, “Perfil de Guatemala”, 28 de febrero de 2021, consultado el 12 de marzo de 2023, disponible en: <https://es.insightcrime.org/noticias-crimen-organizado-guatemala/guatemala/#Fuerzas%20de%20Seguridad>

LOS ANGELES TIMES, “México: Migrantes se encadenan para presionar la entrega de papeles”, 6 de febrero de 2022, consultado el 11 de marzo de 2023, disponible en: <https://www.latimes.com/espanol/mexico/articulo/2022-02-06/mexico-migrantes-se-encadenan-para-presionar-la-entrega-de-papeles>.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “México: El oscuro hito de 100,000 desapariciones refleja un patrón de impunidad, advierten expertos de la ONU”, 17 de mayo de 2022, consultado el 8 de febrero de 2024, disponible en:

<https://www.ohchr.org/es/statements/2022/05/mexico-dark-landmark-100000-disappearances-reflects-pattern-impunity-un-experts>.

REINA, Elena, “La impunidad crece en México: un 94,8% de los casos no se resuelven”, El País, 5 de octubre de 2021, consultado el 23 de mayo de 2023, disponible en: <https://elpais.com/mexico/2021-10-05/la-impunidad-crece-en-mexico-un-948-de-los-casos-no-se-resuelven.html>.

—————, “Los agujeros negros de México: cada rincón tomado por el narco”, El País, 8 de mayo de 2022, consultado el 23 de mayo de 2023, disponible en: <https://elpais.com/mexico/2022-05-08/los-agujeros-negros-de-mexico-cada-rincon-tomado-por-el-narco.html>.

SANDOVAL, Elvin, “Al menos nueve muertos en una masacre en el centro de Honduras”, CNN Español, 7 de marzo de 2023, consultado el 13 de marzo de 2023, disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2023/03/07/masacre-centro-honduras-nueve-muertos-orix/>.

—————, “Masacre en Comayagüela, Honduras: asesinan a 6 personas en un hotel”, CNN Español, 4 de marzo de 2023, consultado el 13 de marzo de 2023, disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2023/03/04/masacre-en-comayaguela-honduras-asesinan-a-6-personas-en-un-hotel-orix/>.

—————, “Ranking of the most dangerous countries in the world in 2023, by murder rate (per 100,000 inhabitants)”, 7 de junio de 2023, consultado el 25 de enero de 2024, disponible en: <https://www.statista.com/statistics/262963/ranking-the-20-countries-with-the-most-murders-per-100-000-inhabitants/#:~:text=World's%20most%20dangerous%20countries%202023%2C%20by%20homicide%20rate&text=El%20Salvador%20saw%20a%20murder,most%20dangerous%20city%20for%20murders>.

UNHCR, 'Refugees' and 'Migrants', 2018, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/56e81c0d4.html>.

———, *Refugee data finder. Assylum applications Honduras*, consultado el 25 de enero de 2024, disponible en: <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/download/?url=P6RZMd>.

———, *Refugee data finder. Assylum applications Guatemala*, consultado el 25 de enero de 2024, disponible en: <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/download/?url=WQy022>.

———, *Refugee data finder. Assylum applications El Salvador*, consultado el 25 de enero de 2024, disponible en: <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/download/?url=n9KOL1>.

———, *Refugee Protection and International Migration*, disponible en: <https://www.unhcr.org/protection/migration/4a24ef0ca2/unhcr-refugee-protection-international-migration.html>

LEGISLACIÓN

Australia

Código Penal (*Criminal Code Act*) 1995.

España

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Estados Unidos de América

Código de Reglamentos Federales (*Code of Federal Regulations*).

Estatutos Revisados de Arizona Título 13-Código Penal (*Arizona Revised Statutes Title 13-Criminal Code*).

Instrucciones para el Jurado Penal de California (*California Criminal Jury Instructions*) (CALCRIM), 2020.

Ley de Inmigración y Nacionalidad (*Immigration and Nationality Act*) promulgada en 1952.

México

Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político (Antes “Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria”), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2011.

Unión Europea

Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

TRATADOS Y CONVENCIONES

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada por el “Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. Entrada en vigor: 4 de octubre de 1967.

SENTENCIAS

Canadá

Febles v Canada (Citizenship and Immigration), 2014 SCC 68.

R v Ruzic, 2001 SCC 24, [2001] 1 SCR 687.

R v Ryan, 2013 SCC 3 [2013] 1 SCR 14.

Estados Unidos

Alvizures-Gomes v. Lynch, 830 F.3d (1st Cir. 2016).

Cantarero v. Holder, 734 F.3d (1st Cir. 2013).

Del Carmen Molina v. INS, 170 F.3d 1247 (9th Cir. 1999).

Elias-Zacarias v. INS, 502 U.S. 478 (1992).

Lopez v. U.S. Att’y Gen., 504 F.3d (11th Cir. 2007).

Martinez v. Holder, 740 F.3d (4th Cir. 2014).

Matter of A-B-, 28 I&N Dec. 199 (A.G. 2021).

Matter of Acosta, 19 I&N Dec., 235 (BIA 1985).

Matter of Daniel Girmai Negusie, 28 I&N Dec. 120 (A.G. 2020).

Matter of M-E-V-G-, 26 I&N Dec. 227 (BIA 2014).

Matter of Negusie, 27 I&N Dec. 347, 353 (BIA 2018).

Matter of Orozco-Polanco (18 December 1997), A75-244-012 (US Executive Office for Immigration Review).

Matter of S-E-G-, et al., 24 I&N Dec. 579 (BIA 2008).

Matter of W-G-R-, Respondent, 26 I&N Dec. 208 (BIA 2014).

McMillan v. State, 51 A.3d 623 (Md. 2012).

Tabora Gutierrez v. Garland; 12 F.4th 496 (5th Cir. 2021).

United States v. Rockwood, 52 MJ 98 (1999).

United States v. Washington, 57 MJ 394 (2002).

Urbina-Mejja v. Holder, 597 F.3d, (6th Cir. 2010).

OTROS

ACNUR, *Directrices sobre la protección internacional: 'pertenencia a un determinado grupo social' en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*, 2002.

———, *Directrices sobre protección internacional No. 1: la persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*, 2002.

———, *Directrices sobre protección internacional N° 8: solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1A(2) y 1F de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 2009.

———, *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*, Ginebra, 1992.

———, *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, 2011.

———, *Nota de Orientación sobre las Solicitudes de la Condición de Refugiado relacionadas con las Víctimas de Pandillas Organizadas*, Ginebra, 2010.

———, *Nota Informativa sobre Protección Infantil. Reclutamiento de Niños y Niñas*, Ginebra, 2013.