**Iniciativa Nansen Taller Regional en Materia de Protección Temporal y/o Visa Humanitaria en Situaciones de Desastres**

**DOCUMENTO PARA EL DIÁLOGO: BORRADOR DE ELEMENTOS PARA UNA GUÍA DE PRÁCTICAS EFECTIVAS PARA LA ADMISIÓN Y ESTANCIA DE PERSONAS EN TRÁNSITO POR FRONTERAS EN EL CONTEXTO DE DESASTRES**

**INTRODUCCIÓN**

**I. Propósito de este documento**

1. Centroamérica está particularmente expuesta a una amplia variedad de peligros, incluyendo inundaciones, huracanes, sequías, tsunamis, terremotos, volcanes y deslizamientos, cada uno de los cuales tiene el potencial de desencadenar movimientos poblacionales. Los Países Miembros de la Conferencia Regional sobre Migración (CRM) se enfrentan regularmente a tener que decidir sobre la admisión y estadía de extranjeros en el contexto de desastres ocasionados por una amenaza natural, en el territorio de otro Estado o en su propio territorio.
2. El propósito de este documento es facilitar las deliberaciones sobre posibles elementos para una guía sobre prácticas efectivas que puedan asistir a las autoridades de migración de los países participantes en la aplicación de políticas y leyes nacionales relevantes destacando prácticas efectivas derivadas de prácticas estatales en la región de la CRM. Este documento presenta los elementos alrededor de los cuales una guía de prácticas efectivas se podría desarrollar para guiar la aplicación de las leyes y políticas nacionales que existen en cada País Miembro de la CRM participante (en adelante: País de la CRM).
3. Se puede prever que una Guía de Prácticas Efectivas para la Admisión y Estancia de Personas en Tránsito por Fronteras en el Contexto de Desastres (en adelante Guía de Prácticas Efectivas) aborde las medidas de protección humanitaria que los países participantes, dependiendo de sus leyes nacionales, podrían aplicar de forma temporal para responder a las necesidades de extranjeros en tres situaciones específicas que suponen un reto, generadas por un desastre ocasionado por una amenaza natural: (i) personas que se ven forzadas a huir a través de fronteras internacionales en el contexto de un desastre; (ii) migrantes que ya se encuentran en el extranjero cuando ocurre un desastre en su país de origen y (iii) extranjeros que quedan atrapados en un país afectado por un desastre en donde se encuentran, residen o están en tránsito.
4. Este documento tiene la intención de servir como base para el diálogo durante el *Taller Regional en Materia de Protección Temporal y/o Visa Humanitaria en Situaciones de Desastres*, a realizarse en febrero de 2015, aprobado durante la Reunión Viceministerial que se llevó a cabo los días 26 y 27 de junio de 2014.[[1]](#footnote-1) El Taller está basado en la segunda Consulta Regional de la Iniciativa Nansen denominada “Desastres y desplazamiento transfronterizo en América Central: Necesidades Emergentes, Nuevas Respuestas”, que se llevó a cabo del 2 al 4 de diciembre de 2013.[[2]](#footnote-2) Se sugiere que una eventual Guía de Prácticas Efectivas aproveche las buenas prácticas de los Países Miembros de la CRM (y otros Estados de las Américas), identificadas a través de un estudio encargado por la Iniciativa Nansen.[[3]](#footnote-3)

**II. Antecedentes**

1. En los últimos veinte años, los Países Miembros de la CRM, así como otros países de las Américas, han enfrentado muchas veces los desafíos de responder a las necesidades de protección y asistencia de personas desplazadas como resultado de desastres repentinos. Los Estados miembros de la CRM se ven afectados por desastres repentinos (como por ejemplo, terremotos, tormentas tropicales y erupciones volcánicas, entre otros) que tienen consecuencias graves, que incluyen daños a infraestructura, muertes, lesiones y desplazamiento interno de la población. Los desafíos para rehacer vidas y reconstruir el futuro son inmensos.
2. Como resultado de los desastres que ocurren en estos países, se han dado desplazamientos desde y hacia los Países Miembros de la CRM y otros países, en las Américas y fuera de la región. El desafío de dar respuesta a tales desplazamientos transfronterizos en situaciones de desastres y cambio climático se reconoció específicamente en la Declaración y Plan de Acción de Brasilia de 2014, adoptados en el contexto del proceso de Cartagena +30. Esto refleja la preocupación general de los Estados miembros de la CRM y muchos otros Estados de las Américas con respecto a este desafío contemporáneo relacionado con los desplazamientos.
3. Algunos gobiernos de los Países Miembros de la CRM han identificado el reto de proveer protección temporal humanitaria a extranjeros desplazados a través de fronteras en el contexto de desastres. Usualmente, en estas situaciones ocurren tres tipos de desplazamientos: (i) evacuación espontánea o asistida para evitar los riesgos inmediatos que implican las amenazas naturales; (ii) huida espontánea durante el desastre para evitar lesiones o la muerte; y (iii) movimiento para obtener acceso a protección y asistencia como por ejemplo, atención médica y alojamiento de emergencia.
4. Otros tipos de movimientos a través de fronteras que ocurren en el contexto de desastres, como los movimientos secundarios que se observan después de un desplazamiento interno o en respuesta a los efectos graduales de una amenaza natural de evolución lenta o degradación ambiental, usualmente son predominantemente voluntarios.
5. Adicionalmente, algunos gobiernos de los Países Miembros de la CRM han identificado un segundo escenario que plantea desafíos, donde pueden presentarse temas de protección para extranjeros en un contexto transfronterizo, como resultado de un desastre provocado por una amenaza natural. Esto está relacionado con la situación de migrantes provenientes de países afectados por desastres que ya se encuentran en el territorio de otro país de la CRM cuando ocurre el desastre. Puede suceder que a raíz del impacto del desastre, estos extranjeros no puedan retornar a su país de forma segura o que enfrenten otro tipo de desafíos urgentes como por ejemplo, tratar de mantener su condición migratoria regular.
6. Finalmente, se presenta un tercer tipo de preocupaciones para los extranjeros que se ven afectados por un desastre repentino que ocurre en el territorio del Estado miembro de la CRM donde se encuentran. Por ejemplo, es posible que estas personas no tengan acceso a asistencia humanitaria o que teman solicitar asistencia si su condición migratoria es irregular. O pueden requerir asistencia para obtener acceso a servicios consulares que les faciliten su retorno a su país de origen después del desastre. Muchas veces, estas necesidades son aún mayores para las personas en condición migratoria irregular, especialmente para las que no viven en el país, sino que están en tránsito por su territorio.
7. Los desafíos particulares que enfrentan los Países Miembros de la CRM, y que por lo regular tienen en común, se deben en gran medida a la ausencia de un enfoque acordado para brindar una respuesta humanitaria a estos desafíos. De hecho, no existe un marco legal o criterios a nivel internacional o regional para abordar específicamente las implicaciones transfronterizas del desplazamiento en el contexto de desastres. La ausencia de una respuesta común acordada tiene el potencial de generar tensiones entre los países de la región debido a movimientos irregulares primarios y secundarios, el riesgo de que redes criminales exploten a estas personas y el sufrimiento de migrantes en condiciones de vulnerabilidad.
8. La CRM ha señalado un interés en ver las consecuencias de los desastres en términos de protección humanitaria y de las prácticas humanitarias de sus Países Miembros en este ámbito. A este respecto, su función es complementada por el enfoque positivo para abordar este tema que ha sido afirmado y repetido por otros órganos regionales de las Américas, en algunos de los cuales también participan los Países Miembros de la CRM; éstos incluyen el Proceso de Esquipulas, la Alianza Bolivariana de los Pueblos de Nuestra América, la Unión de Naciones Suramericanas y la Organización de Estados Americanos.[[4]](#footnote-4) Una futura Guía de Prácticas Efectivas podría basarse en este precedente regional positivo.
9. Adicionalmente, en los Países Miembros de la CRM y otros países de las Américas existe un rico tejido de leyes, políticas y prácticas nacionales que podrían ser de utilidad en el desarrollo de tal enfoque dentro de la CRM. De hecho, este cuerpo de buenas prácticas es extenso, no solo en cuanto a su presencia en los diferentes países sino además, en cuanto a las inquietudes y principios compartidos subyacentes que expresa. De nuevo, una futura Guía de Prácticas Efectivas podría basarse en estos enfoques y desarrollarse más para perfeccionar su aplicación.
10. La Guía de Prácticas Efectivas sugerida no pretende crear una nueva serie de obligaciones ni exigir la promulgación de leyes o ampliar las obligaciones de los países en el campo de la inmigración o protección internacional basada en el derecho de refugiados y las leyes de protección complementaria. Más bien, se debería basar en gran medida en el principio de utilizar las leyes, políticas y prácticas existentes con más eficacia y congruencia para responder adecuadamente a las necesidades de los desplazados y migrantes afectados por desastres. De esta manera, se mejora la respuesta humanitaria general a la crisis más difícil que enfrentamos en estos tiempos.

**PARTE I**

**ELEMENTOS SUGERIDOS PARA UN BORRADOR**

**I. Entendimiento común y principios básicos**

1. Se sugiere que una Guía de Prácticas Efectivas se base en los siguientes principios básicos relativos a los desafíos de protección humanitaria que enfrentan los extranjeros cuando ocurre un desastre:
* La respuesta humanitaria a estos desafíos es de carácter no político, está afianzada en el concepto de solidaridad con el Estado afectado y su población y se basa en el respeto de los derechos humanos fundamentales y el principio de no discriminación;
* Esté basada en un enfoque compartido y de cooperación entre los Estados miembros de la CRM para hacer frente a estos desafíos, que brinda orientación para la aplicación práctica de las disposiciones estipuladas en las leyes nacionales en estos contextos, más que para la creación de nuevas leyes;
* El principal énfasis está en facilitar el ejercicio de una facultad discrecional favorable en la aplicación de las leyes de inmigración, por razones humanitarias, sobre la base de un marco que aprovecha las buenas prácticas que existen en toda la región y está circunscrito por ciertas obligaciones comunes;
* La adopción de medidas especiales en beneficio de los extranjeros constituye solo un componente de una respuesta humanitaria más general en situaciones de desastres provocados por amenazas naturales; igualmente, es necesario apoyar las iniciativas de más largo plazo para una recuperación y reconstrucción sostenible; y
* Esta Guía de Prácticas Efectivas se entiende sin perjuicio de posibles temas de responsabilidad bajo leyes internacionales en materia de causalidad de desastres o la aplicación de las leyes internacionales o nacionales existentes, incluidas las leyes sobre refugiados y las leyes internacionales en materia de respuesta a desastres.

**II. Alcance**

**A. Aplicabilidad *ratione materiae***

1. Se propone que una Guía de Prácticas Efectivas cubra la admisión y estadía en el contexto de desastres repentinos provocados por amenazas naturales. Se sugiere que el término “desastre” se refiera a una situación donde ocurre:

Una perturbación grave del funcionamiento de una comunidad o sociedad – que implica pérdidas e impactos extensos a nivel humano, material, económico o ambiental que superan la capacidad de la comunidad o sociedad afectada de dar respuesta a ellos con sus propios recursos – la cual es provocada en parte o en su totalidad por una amenaza natural repentina y grave.

1. Las consecuencias humanitarias de desastres repentinos en cuanto al desplazamiento transfronterizo y su impacto en los extranjeros pueden adoptar diversas formas que incluyen, pero no se limitan a las siguientes:
* La afluencia repentina y, a veces, masiva de extranjeros que buscan encontrar seguridad y recibir asistencia al atravesar la frontera con un país cercano;[[5]](#footnote-5)
* Los flujos de más largo plazo hacia otros países (a menudo más distantes) de extranjeros que se desplazan porque sus medios de subsistencia en su propio país han sido destruidos debido a la ocurrencia de un desastre;[[6]](#footnote-6)
* La incapacidad de los extranjeros que ya se encuentran fuera del país para retornar a su país de origen de forma segura debido al impacto del desastre que ocurrió allí;
* La incapacidad de los extranjeros que ya viven fuera del país de mantener una condición migratoria regular, como consecuencia del impacto que el desastre tiene en sus familias y recursos, entre otros, en su país de origen;
* Los desafíos particulares que enfrentan los extranjeros que viven en un país afectado por un desastre o que se encuentran en tránsito por éste, para obtener acceso a asistencia de emergencia, servicios consulares y otros, particularmente si su condición migratoria es irregular.

**B. Aplicabilidad *ratione personae***

1. Se sugiere que una Guía de Prácticas Efectivas cubra tres diferentes categorías de personas:
2. Extranjeros que buscan viajar a un país extranjero o ingresar y/o permanecer en éste durante o después de un desastre que ocurrió en su país de origen o previendo que ocurrirá tal desastre, y que:

a. Enfrentan un riesgo real para su vida o seguridad en su país de origen debido a los efectos del desastre; O

b. Resultan afectados gravemente a nivel personal por el desastre de algún otro modo.

1. Extranjeros cuyo país de origen es afectado por un desastre y que buscan no ser deportados de un país extranjero donde ya se encuentran físicamente y/o permanecer en él, y que:

a. Enfrentan un riesgo real para su vida o seguridad en su país de origen debido a los efectos del desastre; O

b. Resultan afectados gravemente a nivel personal por el desastre de algún otro modo.

1. Extranjeros que viven en un país extranjero o que están en tránsito por este país y que resultan afectados por un desastre.
2. La Guía de Prácticas Efectivas sugerida debería cubrir estas categorías de personas, sin importar su condición específica de protección humanitaria (o la falta de ella) bajo las leyes nacionales que son aplicables en ese momento. La discriminación sobre esta o cualquier otra base está expresamente prohibida, según lo dictan las leyes nacionales e internacionales pertinentes.

**C. Aplicabilidad de los cuerpos de leyes existentes**

1. Junto a las leyes relativas a la respuesta en casos de desastre, los Países Miembros de la CRM pueden utilizar tres áreas específicas de leyes y políticas nacionales existentes para la protección temporal humanitaria para extranjeros en el contexto de desastres. Con respecto a esto, se favorece el uso de las leyes de inmigración. En cada uno de los Países Miembros de la CRM, éstas abarcan, cuando sea aplicable, una diversidad de categorías de protección humanitaria “regulares” y “excepcionales”, cada una de las cuales se aborda aquí de forma separada. Posteriormente, se considera cómo el uso del derecho de refugiados como un marco paralelo a las disposiciones de inmigración estipuladas en las leyes nacionales de los Países Miembros de la CRM podrían incluirse en una Guía de Prácticas Efectivas.

***1. Uso de categorías migratorias regulares***

1. Las leyes de los Países Miembros de la CRM (y otros Estados de las Américas) estipulan categorías migratorias regulares que se utilizan para facilitar el viaje, admisión y estadía de extranjeros en el territorio para propósitos de trabajo, reunificación familiar y turismo, entre otros. Es importante que los países consideren cómo pueden utilizar estas categorías migratorias para dar una respuesta humanitaria a las consecuencias, en términos de protección humanitaria, de un desastre que ocurre en el extranjero; de hecho, muchos Países Miembros de la CRM y otros de las Américas ya lo hacen. Por lo tanto, se sugiere basarse en estas prácticas regionales.
2. El uso de categorías migratorias regulares para resolver los casos pertinentes es particularmente ventajoso, dado que usualmente estas categorías confieren a los extranjeros afectados por un desastre una condición de protección humanitaria más estable que las categorías migratorias “excepcionales”, que a menudo son más temporales y precarias.[[7]](#footnote-7) Además, los funcionarios públicos que utilizan categorías regulares en este contexto pueden estar seguros que, en última instancia, en el curso normal de los acontecimientos el beneficiario puede haber cumplido de cualquier forma los criterios generales pertinentes para ser admitido y obtener la autorización de permanecer en el país, entre otros.
3. Sin embargo, este enfoque no siempre será suficiente para responder a las necesidades humanitarias que se presentan en este contexto. Además, hacer un uso excepcional de las categorías migratorias regulares, de una de las formas descritas a continuación (extraídas de las prácticas nacionales existentes en los Países Miembros de la CRM y otros de las Américas), facilita las respuestas efectivas según se requiera en cada situación particular. Asimismo, podría ser necesario considerar otras medidas especiales de protección humanitaria, que no se incluyen acá pero que se consideren apropiadas en tales circunstancias.

***2. Uso de categorías migratorias excepcionales***

1. Muchos Países Miembros de la CRM (y en general, muchos países de las Américas) han adoptado leyes que estipulan explícitamente categorías migratorias “excepcionales”, con frecuencia por razones humanitarias.[[8]](#footnote-8) Estas categorías constituyen un medio alternativo, pero no necesariamente complementario, para hacer frente al desafío de brindar una respuesta temporal humanitaria para extranjeros afectados por desastres y otros acontecimientos excepcionales, y es un medio que en la práctica se ha utilizado en muchos de estos países.
2. A menudo es conveniente utilizar categorías migratorias excepcionales para resolver casos de migrantes que no pueden cumplir los requisitos para el viaje, admisión o estadía en el país bajo las categorías migratorias regulares, incluso cuando se obvia alguno de estos requisitos, pero para los que se justifica la protección humanitaria especial por “razones humanitarias”. Sin embargo, estas categorías excepcionales también se pueden utilizar como una herramienta para conceder rápidamente una condición migratoria temporal a las personas afectadas por un desastre en situaciones de afluencia masiva de personas.

***3. Uso de las categorías de refugiado y protección complementaria***

1. Bajo el derecho internacional, usualmente la ocurrencia de un desastre no es suficiente por sí sola para convertir en refugiados a los ciudadanos de ese país una vez que han abandonado su territorio. Concretamente, la ocurrencia de un desastre no es indicativa de una ruptura de la relación entre el país y el individuo, que es lo que sirve de premisa para otorgar la condición de refugiado. No obstante, esto no quiere decir que jamás se producirán necesidades de protección internacional en el contexto de desastres. Más bien, estar dispuestos a examinar cuidadosamente las circunstancias de las personas provenientes de un país afectado por un desastre, a la luz de sus leyes sobre refugiados y/o protección complementaria, es una práctica efectiva para asegurar el completo respeto de las leyes de refugio.

**III. Discrecionalidad por razones humanitarias en el ámbito de la inmigración**

1. La autoridad para regular el viaje, admisión y estadía de extranjeros en territorio nacional es un derecho inherente de cada país. Esta autoridad se ejerce con un amplio margen de discrecionalidad por parte de los funcionarios públicos. Sin embargo, no es ilimitada; existen normas de derecho internacional y nacional que pueden servir para circunscribir la naturaleza y alcance de esta facultad discrecional en circunstancias particulares. No obstante, la capacidad de ejercer esta discrecionalidad de manera positiva en casos excepcionales donde existen razones humanitarias de peso, constituye la base para resolver muchos de los desafíos relativos a la protección temporal humanitaria de extranjeros en el contexto de desastres que ocurren en el territorio del país o fuera de él.

**A. Disposiciones sobre discrecionalidad por razones humanitarias**

1. Los Países Miembros de la CRM y otros países de las Américas tienen en común la práctica habitual de permitir que los funcionarios públicos ejerzan esta facultad discrecional de forma positiva por “razones humanitarias”. En muchos países, las leyes estipulan expresamente el ejercicio de facultades discrecionales de forma positiva por “razones humanitarias” en el ámbito de la inmigración. En otros lados, esto se puede evidenciar como el ejercicio específico de una facultad discrecional más general, legalmente reconocida, aplicada en el campo de la inmigración. En otros Estados los oficiales correspondientes han utilizado la potestad inherente de ejercer tal discrecionalidad aun cuando las leyes no la confieren expresamente.
2. Una Guía de Prácticas Efectivas podría sugerir que los países que aún no han estipulado expresamente esta facultad en sus leyes o políticas, consideren seriamente hacerlo; sobre todo en los casos donde se emprenden o se prevén reformas más generales en materia de protección humanitaria a nivel nacional. La existencia de una disposición que confirma formalmente a los oficiales de inmigración que de hecho tienen la potestad para ejercer esta facultad, les da certeza legal a ellos y por consiguiente, también a los migrantes, y de esta manera, se reduce el riesgo de demoras e ineficacia al enfrentar el desafío de brindar protección temporal humanitaria a extranjeros afectados por un desastre.

**B. Ejercicio de facultades discrecionales por razones humanitarias**

1. Generalmente, los funcionarios públicos tienen el derecho de ejercer su discreción en cuestiones de inmigración en referencia a “razones humanitarias”, sin importar si el solicitante ya se encuentra en el país o si aún está fuera del territorio de éste. En cualquier caso, al atender una solicitud basada en las consecuencias de un desastre, la tarea más urgente es decidir cuándo las razones humanitarias son lo suficientemente convincentes como para que el oficial ejerza su discreción de forma positiva. En general, cuanto más peso tengan las razones humanitarias, mayor será la expectativa de que la facultad discrecional se ejercerá de manera positiva.

**C. Alcance del concepto “humanitario” en el contexto de desastres**

***1. “Razones humanitarias” en casos individuales***

1. Hay numerosos factores, que pueden estar relacionados con el desastre o no, que se pueden considerar “humanitarios”. No obstante, en el contexto de responder a las consecuencias de los desastres en términos de protección humanitaria, la práctica de una serie de países en la región de la CRM sugiere que es que usualmente los funcionarios públicos ejercen su discrecionalidad de manera positiva por “razones humanitarias” en los casos donde la persona en cuestión está “afectada gravemente a nivel personal por el desastre”. Con base en esto, una Guía de Prácticas Efectivas podría considerar incluir los siguientes seis párrafos así como otras herramientas o guías para ayudar a los funcionarios a determinar cuándo utilizar dicha discrecionalidad.
2. Aquí, el impacto directo y grave del desastre en la persona es clave. Este impacto se puede aducir al ver hacia el pasado o el futuro; el primer caso incluye la situación de “víctimas” donde, como resultado directo del desastre, la persona ha perdido a familiares, propiedades y/o su medio de subsistencia; y el segundo incluye la situación donde la persona enfrenta “dificultades extremas” en su país como resultado directo del desastre. En ambas situaciones, el nivel de gravedad deberá ser evidente.
3. Se espera que el impacto grave en una persona ocurre como resultado de la confluencia de factores inmediatos y de antecedentes. Por ejemplo, una persona puede haber perdido a familiares como resultado directo de un desastre, aunque el hecho que estas personas fallecieran en lugar de sobrevivir refleje su edad o condición socioeconómica, entre otros. De manera similar, una persona podría enfrentar dificultades extremas como resultado directo de un desastre incluso si sus recursos ya eran limitados y si enfrentaba ciertas dificultades antes de que ocurriera el desastre. El elemento crucial en ambas situaciones es el deterioro repentino y grave de las circunstancias de la persona, que debe ocurrir como resultado directo del desastre.
4. Aunque esta prueba práctica es objetiva en cuanto que se deberá ejercer una facultad discrecional de manera positiva en los casos donde una persona resulta afectada gravemente a nivel personal por el desastre, también existe un elemento subjetivo. De hecho, es evidente que situaciones o acontecimientos objetivos idénticos pueden afectar a diferentes personas con un nivel de “gravedad” mayor o menor. Por ejemplo, la vulnerabilidad especial de los niños puede significar que resulten más afectados por un desastre o sus consecuencias que los adultos. Por lo tanto, es necesario tomar en cuenta el perfil de cada persona al analizar el nivel de “gravedad” del impacto que el desastre tuvo en esta persona.
5. Entonces, en tales situaciones estas razones humanitarias de peso significan que generalmente los funcionarios públicos ejercerían su discreción de forma positiva. La principal excepción es cuando existen factores contrarios considerables como, por ejemplo, si la persona constituye un riesgo para la seguridad nacional o si ha cometido crímenes graves, que indican que la facultad discrecional no se deberá ejercer de forma positiva. En tales situaciones es necesario sopesar cuidadosamente las razones humanitarias en cada caso individual (que en algunos casos pueden ser más apremiantes que en otros) frente a los factores negativos particulares, para decidir cuáles son más importantes.
6. Por supuesto que en cada cado individual, los oficiales tienen el derecho de considerar una gama más amplia de factores, además de los que están vinculados directamente al desastre, al decidir si existen “razones humanitarias” generales que señalan que es apropiado ejercer la facultad discrecional de manera positiva. Por lo tanto, aunque el impacto de un desastre en una persona no es suficiente por sí solo como para indicar automáticamente que se debe ejercer la facultad discrecional de forma positiva, a veces la combinación de otros factores humanitarios adicionales (familiares mayores en el país, entre otros) puede servir para orientar la decisión hacia esa dirección.
7. Por lo general, el hecho que una persona haya resultado afectada gravemente a nivel personal por un desastre debería ser suficiente como para que los funcionarios públicos ejerzan su discreción de forma positiva, sin importar cuál es la situación de protección humanitaria en cuestión (por ejemplo, viaje, admisión, no expulsión o estadía). Sin embargo, esto no obvia la posibilidad de que en otras situaciones donde se requiere una protección humanitaria (por ejemplo, incumplimiento de requisitos de procedimiento, entre otros), podría ser suficiente que existan “razones humanitarias” menores para justificar el ejercicio de una discrecionalidad de forma positiva. Los países tienen una amplia facultad inherente para establecer un umbral más bajo cuando es conveniente.

***2. “Razones humanitarias” en situaciones grupales***

1. Hay ciertas situaciones en donde los países pueden considerar que es conveniente responder a situaciones de personas afectadas mediante el uso de una “clase” o grupo *prima facie* en lugar de analizar detalladamente cada solicitud individual. Por ejemplo, esto puede ocurrir en situaciones de una afluencia masiva de personas o cuando un número considerable de migrantes potencialmente afectados ya viven en el territorio del país en cuestión. En tales situaciones, los Países Miembros de la CRM tienen la libertad de ejercer su discreción para adoptar una política de generalización este tipo cuando es conveniente, especialmente como base para suspender temporalmente la expulsión o admisión de estas personas bajo una categoría migratoria excepcional.

**D. Obligaciones como límite de la facultad discrecional**

1. Existe una serie de circunstancias definidas donde los oficiales *deben* (y no solo *deberían*) ejercer esta facultad discrecional de forma positiva por razones humanitarias, particularmente en situaciones de admisión o no expulsión. En tales situaciones, la facultad que se ejerce puede ser de origen inherentemente discrecional, pero en la práctica, su ámbito de ejercicio está circunscrito a restricciones de carácter obligatorio. Éstas usualmente se derivan de normas de derecho internacional aplicables, que se pueden transponer directa o implícitamente al derecho nacional,[[9]](#footnote-9) y de las normas aplicables de las leyes nacionales de cada país.

***1. Consideraciones de derechos humanos***

1. Las circunstancias bajo las cuales los funcionarios públicos deben ejercer su discreción de manera positiva para migrantes afectados por un desastre están relacionadas principalmente con situaciones de admisión y no expulsión donde, de no hacerlo, se violarían los derechos humanos fundamentales de la persona en cuestión. Particularmente, en cualquiera de las circunstancias temporales descritas a continuación, los efectos de una discreción utilizada de forma negativa con respecto a la provisión de protección humanitaria, constituirían un trato degradante y por lo tanto, serían contrarios a los deberes de derechos humanos:[[10]](#footnote-10)
* Cuando el efecto sería que el extranjero quedara expuesto a un desastre inminente y previsible en el exterior, que constituiría un riesgo real para su vida o seguridad o
* Cuando el efecto sería que el extranjero quedara expuesto a condiciones de vida que constituirían un riesgo real para su vida o seguridad, como resultado de un desastre que ocurrió en el exterior o
* Cuando el efecto sería que la vida o seguridad de un extranjero estuvieran en riesgo real si se le denegara el acceso a servicios médicos de emergencia para tratar lesiones o enfermedades cuando no hubiera servicios adecuados disponibles en el país de origen debido a los efectos del desastre

***2. Consideraciones de derechos de los niños***

1. Específicamente en relación con niños, niñas y adolescentes, los funcionarios públicos deberán asegurar que las decisiones referentes a la protección humanitaria sean congruentes, además, con el principio del interés superior del niño.[[11]](#footnote-11) Por lo tanto, al considerar solicitudes de viaje, ingreso, estadía o no expulsión que implican a niños, niñas y adolescentes, los funcionarios públicos deberán tomar en cuenta todos los factores pertinentes que afectan la situación del niño, niña o adolescente en ese país y en el país afectado por el desastre.[[12]](#footnote-12) En particular, no se puede devolver a un niño, niña o adolescente a un país si esto no es en su interés superior; y está prohibido enviar a un niño, niña o adolescente a un país cuando esto lo expone a un riesgo real de violación de sus derechos fundamentales, según lo estipulado en el derecho internacional.[[13]](#footnote-13) En este sentido, se debe prestar especial atención en los casos de niños, niñas y adolescentes separados o no acompañados.[[14]](#footnote-14)

***3. Consideraciones relativas a víctimas de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas***

1. La vulnerabilidad de las personas afectadas por desastres puede exponerlas a la explotación por parte de grupos de crimen organizado que participan en actividades de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes. Las personas afectadas por desastres se seguirán beneficiando de las disposiciones sobre la protección de víctimas de estos crímenes que se estipulan en las leyes internacionales o nacionales.[[15]](#footnote-15) Estas leyes no establecen obligaciones de amplio alcance relativas a la no expulsión y estadía; sin embargo, el hecho de ser víctima de tales crímenes puede constituir una “razón humanitaria” adicional a tomar en cuenta al considerar ejercer la facultad discrecional de manera positiva en cada caso particular.

***4. Consideraciones relativas a la condición de refugiado y protección complementaria***

1. En el caso de las personas que son refugiados o que tienen derecho a recibir protección complementaria bajo las leyes pertinentes, los funcionarios públicos no pueden ejercer tal facultad discrecional de una forma que vaya en contra de la protección contra devolución que se brinda a estas personas como cuestión de obligación legal.[[16]](#footnote-16) Normalmente, a estas personas se les otorgaría la condición de refugiado o se les brindaría protección complementaria y además, se les autorizaría permanecer en el país sobre esta base, durante el período establecido en las leyes nacionales pertinentes. Una Guía de Prácticas Efectivas podría considerar incluir consejos adicionales sobre cuándo otorgar la condición de refugiado en el contexto de desastres.
2. Sin embargo, cuando un presunto refugiado o beneficiario de protección complementaria cumple además los requisitos para obtener una categoría migratoria regular que estipula un período de permanencia más favorable u otros beneficios, entonces el funcionario público deberá considerar autorizar la estadía sobre esta base. En tales casos, se deberá tomar en cuenta el punto de vista del presunto refugiado antes de tomar una decisión. Adicionalmente, se deberá hacer una anotación en el expediente de la persona para hacer constar que también es refugiado (a no ser que la condición migratoria consiguiente active las cláusulas de cesación pertinentes).[[17]](#footnote-17)

**E. Revisión de un ejercicio de facultades discrecionales de forma negativa**

1. En general, los funcionarios públicos tienen una amplia discrecionalidad al decidir si las circunstancias de una persona dada son lo suficientemente apremiantes como para que se justifique brindarle una atención especial por razones humanitarias. No obstante, en los casos donde tal facultad discrecional se ejerce de manera irracional o en violación de las normas de debido proceso[[18]](#footnote-18), se deberá prever la posibilidad de realizar una revisión, por parte del mismo funcionario o incluso por las cortes nacionales. Por supuesto que el ámbito de aplicación de la facultad discrecional es mucho más restringido para las solicitudes que tienen un aspecto obligatorio, y la revisión de estos casos puede realizarse con más facilidad.

**V. Conclusión**

1. Este documento para discusión ha presentado una serie de elementos generales para ser considerados durante el *Taller Regional en materia de Protección Temporal y/o Visa Humanitaria en Situaciones de Desastres*. Dichos elementos se basan en prácticas existentes como se indica en el estudio de antecedentes “Leyes, políticas y prácticas en materia de protección temporal humanitaria de extranjeros en el contexto de desastres”. Por lo tanto, se sugiere que estas prácticas se utilicen como base para desarrollar una Guía de Prácticas Efectivas sobre la Admisión y Estancia de Personas en Tránsito por Fronteras en el Contexto de Desastres.
1. Conferencia Regional sobre Migración, Declaración: Por una Región Libre de Trata de Personas, XIX Reunión Viceministerial de la Conferencia Regional sobre Migración, 26 y 27 de junio de 2014, decisión 6. [↑](#footnote-ref-1)
2. “Desastres y desplazamiento transfronterizo en América Central: necesidades emergentes, respuestas nuevas”, consulta regional de la Iniciativa Nansen, San José, Costa Rica, 2 al 4 de diciembre de 2013, conclusiones <http://www.nanseninitiative.org/sites/default/files/Conclusions%20Central%20American%20Consultation%20in%20English%20%28FINAL%29.pdf>. [↑](#footnote-ref-2)
3. D.J. Cantor, “Law, Policy and Practice Concerning the Humanitarian Protection of Aliens on a Temporary Basis in the Context of Disasters: States of the Regional Conference on Migration and Others in the Americas”, diciembre de 2014. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver Cantor, nota 2, sección 4. [↑](#footnote-ref-4)
5. Esto se denomina “desplazamiento transfronterizo”, Cantor, nota 2 (ver la sección 2.2.1). [↑](#footnote-ref-5)
6. Esto se denomina “desplazamiento al extranjero”, Cantor, nota 2 (ver la sección 2.2.2). [↑](#footnote-ref-6)
7. Ver los párrafos de abajo. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cabe notar que a veces se estipulan categorías migratorias excepcionales en las disposiciones sobre la afluencia masiva de personas incluidas en las leyes de refugiados nacionales del Estado en cuestión, en lugar de (o en conjunto con) las disposiciones estipuladas en las leyes de inmigración de ese país (para ver ejemplos, ver Cantor, nota 2, sección 3.4). [↑](#footnote-ref-8)
9. Por ejemplo, en los países de derecho civil esto puede ser a través del concepto del bloque constitucional. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ver, *mutatis mutandis*, las normas del derecho internacional en materia de derechos humanos citadas en Cantor, nota 2, sección 3.6. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ciertamente, esto ocurre en los casos donde el país ha firmado la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989. Incluso en los Estados que no son parte de la Convención, las decisiones relativas a la inmigración deberán ser congruentes con este principio, en la medida de lo posible dadas las circunstancias. [↑](#footnote-ref-11)
12. Por ejemplo, ver la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional* (2014), Serie A, No. 21, párrafo 222. [↑](#footnote-ref-12)
13. *Ibíd.*, párrafo 231. [↑](#footnote-ref-13)
14. *Ibíd.*, párrafo 241. [↑](#footnote-ref-14)
15. Por ejemplo, ver el Protocolo para prevenir, suprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños de 2000 y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire de 2000. [↑](#footnote-ref-15)
16. La norma pertinente para los refugiados es el Artículo No. 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Las disposiciones sobre protección complementaria relativas a la devolución (*refoulement),* usualmente se derivan de las disposiciones estipuladas en acuerdos de derecho internacional en materia de derechos humanos (ver Cantor, nota 2, sección 3.6). [↑](#footnote-ref-16)
17. Las cláusulas de cesación están definidas detalladamente en el Artículo 1C de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. [↑](#footnote-ref-17)
18. Por ejemplo, ver los criterios identificados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia* (2013) Serie C, No. 272*.* [↑](#footnote-ref-18)