

ANÁLISIS CRÍTICO DEL CONCEPTO DE APÁTRIDA *DE FACTO*

CRITICAL ANALYSIS OF THE CONCEPT OF DE FACTO STATELESSNESS

Juan Fuentes & David Sánchez *

Resumen

El presente artículo tiene como finalidad analizar de forma concisa la definición de apatridia *de iure* contenida en el artículo 1, inciso 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954) y criticar el concepto de apatridia *de facto* que ha desarrollado un grupo de expertos convocado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

Palabras clave: Derecho Internacional – Derechos Humanos – Nacionalidad – Apatridia – Refugiados

Abstract

This article studies the definition of *de iure* statelessness contained in article 1, (1) of the Convention Relating to the Status of Stateless Persons (1954) and criticizes the UNHCR'S concept of *de facto* statelessness.

Keywords: International Law – Human Rights – Nationality – Statelessness – Refugee.

.....

Introducción

Hacia el segundo semestre del 2017, una masiva vejación de derechos humanos tuvo lugar en el sudeste asiático. Las voces de protesta dentro de la comunidad internacional no repercutieron en la medida en que un hecho de estas proporciones merecía. En la fecha antes señalada, medio millón de rohingyas se vieron forzados a cruzar la frontera de Bangladesh, huyendo de la persecución que sufrían en Myanmar, Estado del cual son originarios, pero que les niega, desde hace un par de décadas atrás, el reconocimiento de la nacionalidad. El

* Juan Andrés Fuentes Véliz

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Internacional por la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica). Magíster en Derecho de los Negocios por la McGeorge School of Law University of the Pacific (Estados Unidos de América). Doctor en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres (Perú). Correo electrónico: fuentes.ja@pucp.edu.pe

David Sánchez Velásquez

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudiante del Máster Universitario en Políticas Públicas y Sociales en la Barcelona School of Management de la Universidad Pompeu Fabra, España. Correo electrónico: david.sanchez@pucp.pe

padecimiento que afrontaron y que, aún hoy, penosamente deben encarar los rohingyas puede sintetizarse en el siguiente comentario: “*They are derided as ‘illegal immigrants’ [...] They need government permission to leave their villages, to marry, or to have more than two children*” (Fullerton, 2014:147). El caso de los rohingyas es de suma importancia, pues este grupo étnico conforma alrededor del 10% de los cerca de diez millones de apátridas que existen en el mundo¹.

A pesar de que los apátridas representan a un colectivo en especial situación de vulnerabilidad y, además, constatando que algunos Estados no defienden ni protegen los derechos fundamentales de este grupo con la debida diligencia, la doctrina peruana dedicada al Derecho Internacional Público no ha profundizado en el estudio del fenómeno de los apátridas y ni en la problemática que los aquejan. En ese sentido, el presente artículo busca resarcir escuetamente esa falencia. Por consiguiente, analizará la definición de apatridia *de iure* contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954) y planteará una visión crítica del concepto de apatridia *de facto* elaborado por un grupo de expertos convocado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Todo ello, en aras de concientizar a los lectores sobre este grave problema.

1. La definición de apátrida *de iure* de acuerdo a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954

La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, suscrita el 28 de septiembre de 1954 en Nueva York, Estados Unidos de América –Convención que, por el momento, tan solo cuenta con 94 Estados parte²–, estipula en su artículo 1, inciso 1 la definición del término apátrida:

“A los efectos de la presente Convención, el término «apátrida» designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”.

Si bien pareciera que la definición citada es clara en sus términos –un apátrida es un individuo sin nacionalidad–, esta ha merecido un destacable trabajo exegético por parte del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), encargada también de velar por la protección de los apátridas³.

Tanto las Directrices sobre la Apatridia N° 1 (2012:2) como el Manual sobre la protección de las personas apátridas (2014:9), dos importantes documentos elaborados por el ACNUR, señalan que la definición de apátrida, siguiendo lo establecido por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, forma parte del Derecho Internacional Consuetudinario. Ello resulta de relevancia, pues, todos los Estados, en principio, se

¹ Para mayor información véase Deutsche Welle (2017).

² Vale la pena mencionar que son 193 los Estados parte de la Carta de las Naciones Unidas, marcando así una notoria diferencia comparativa con relación a los que son Estados parte de la Convención de sobre el Estatuto de los Apátridas (1954). El Estado peruano ratificó la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas el 17 de diciembre de 2013 y entró en vigor para nuestro país el 23 de abril de 2014. Para mayor detalle, véase Archivo Nacional de Tratados Juan Miguel Bákula Patiño.

³ Recordemos que la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante las Resoluciones 3274 (XXIX) de 1974, 31/36 de 1976, 50/152 de 1996 y 61/137 de 2006, le encargó al ACNUR proteger y defender los derechos de los apátridas.

encontrarían obligados a reconocer y respetar tal definición, en tanto, a partir de lo dispuesto en el tratado, que solo obligaba a los Estados parte, se ha ido generando una práctica internacional, con conciencia de vinculatoriedad, de reconocer a los apátridas bajo los parámetros de esa definición, dando pie al nacimiento de una norma consuetudinaria –de observancia obligatoria para los Estados parte y Estados no parte de la Convención de 1954– coincidente con la convencional.

Entrando propiamente al análisis de la definición de apátrida, ambos textos arriba citados indican que “[e]l artículo 1(1) puede ser analizado mediante la división de la definición en dos elementos constitutivos: ‘no sea considerada como nacional suyo... conforme a su legislación’ y ‘por ningún Estado’” (ACNUR, 2012:4; ACNUR, 2014:11). En lo concerniente a esta última frase, cabe recordar que la Reunión de Expertos que discutió el concepto de apátridas *de iure* en el año 2010, determinó que,

“[c]uando se aplique la definición a menudo será prudente revisar primero la cuestión de ‘Estado’, como un análisis más de la relación del individuo con la entidad bajo consideración cuando es discutible si la entidad no califica como un ‘Estado’. En situaciones donde un Estado no existe bajo el derecho internacional, las personas serán, ipso facto consideradas apátridas a menos que tengan otra nacionalidad” (ACNUR, 2010:2) (el énfasis es nuestro).

En síntesis, un individuo calificaría como apátrida cuando mantiene una relación con una entidad en la que no confluya, al menos, uno de los cuatro elementos constitutivos del Estado (territorio, población, gobierno y soberanía) que estipula la teoría predominante del Derecho Internacional Público al respecto⁴. Por ello, es importante evaluar, primero, la estatalidad de la entidad con la que el individuo afirma tener vínculos, pues en caso no sea propiamente un Estado, el individuo devendría en apátrida.

Ahora bien, corresponde analizar la última parte de la oración mencionada, es decir, “no sea considerada como nacional suyo...conforme a su legislación”. En este punto, se debe profundizar en el concepto y la relevancia de la nacionalidad en la protección y defensa de los derechos humanos. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia esbozó una breve, pero clara definición de nacionalidad en los considerandos de la conocida y ampliamente estudiada sentencia del asunto *Nottebohm* (1955):

“la nacionalidad es un vínculo jurídico (...), [es] la expresión jurídica del hecho de que el individuo al cual se confiere [la nacionalidad] (...) está (...) más estrechamente vinculado a la población del Estado que se la ha conferido que a la de cualquier otro” (Casanovas y La Rosa, 1984:341-342).

Por su parte, Novak y García-Corrochano precisan que, cuando se define a la nacionalidad como un vínculo jurídico entre el Estado y el individuo, quiere expresarse “la existencia de ciertos derechos y deberes recíprocos [entre el Estado y el individuo, claro está]”

⁴ Para mayor información, véase Novak y García Corrochano (2001), así como el primer capítulo de la tesis de Sánchez Velásquez, David (2017).

(2001:315). De esta manera, el no ser considerado nacional por un Estado implica no ostentar su nacionalidad y, por lo tanto, estar impedido de ejercer los derechos civiles y políticos que esa comunidad política le reconoce a sus miembros (Corte IDH, 2006:248).

Finalmente, el ACNUR ha señalado que el término “legislación” no solo debe abarcar a las leyes propiamente dichas, es decir, aquellas normas jurídicas emanadas del Poder Legislativo, sino también los decretos, los reglamentos y la costumbre.

Aunque no forman parte del análisis exegético del ACNUR, consideramos pertinente tener en cuenta las siguientes reflexiones. Como bien indica Herías Fernández, “es conveniente atender al momento temporal en el que la persona deviene apátrida, si lo es en el momento del nacimiento o con posterioridad a lo largo de su vida (...) [;] llamaremos al primer tipo de apatridia ‘apatridia originaria’; y al segundo, ‘apatridia sobrevenida’” (2012:6-7). Sobre la apatridia originaria, Remiro Brotons nos recuerda que “[e]s un hecho que las causas por las que una persona deviene en apátrida provienen generalmente (...) de los efectos perversos que provoca el juego de los criterios [jurídicos] de atribución de nacionalidad al confluir en una persona dada” (1997:478). A fin de explicar lo antes citado, el mismo autor ejemplifica lo dicho:

“[S]i C nace en un país regido por el *ius sanguinis*, siendo sus padres nacionales de otro país cuya nacionalidad se adquiere estrictamente por aplicación del *ius soli*, entonces C [...] será apátrida” (Remiro Brotons, 1997:478).

En contraposición, la apatridia *de iure* sobrevenida puede darse cuando una persona pierde la única nacionalidad que ostentaba y no opta por ninguna otra. Al respecto, el profesor Remiro Brotons también nos brinda un ejemplo:

“[E]n caso de matrimonio entre A y B, supongamos que el Estado de A impone la pérdida de la nacionalidad al que lo contrae con un extranjero, mientras que el Estado de B no contempla la adquisición de nacionalidad por matrimonio con un nacional; en ese caso A devendrá apátrida” (1997:478).

Por otro lado, otras situaciones en las cuales una persona se convierte en apátrida *de iure* pueden deberse a que dicha persona renuncia a su nacionalidad o hay un caso de sucesión de Estados en el que el Estado sucesor decide no reconocer a la población del Estado predecesor como sus nacionales.

Con el propósito de evitar el surgimiento de casos de apatridia como lo anteriormente apuntados, la comunidad internacional adoptó la Convención para Reducir los casos de Apatridia (1964). Dentro del cuerpo normativo de la Convención se instruye a los Estados parte a incluir en su legislación interna el otorgamiento de la nacionalidad bajo los principios del *ius soli* (artículo 1) y el *ius sanguinis* (artículo 4), así como el de regular la pérdida, privación y renuncia de la nacionalidad solo si el interesado cuenta con otra nacionalidad (artículos 5, 6, 7, 8).

2. La definición de apátrida *de facto* de acuerdo a la Reunión de Expertos del ACNUR sobre el concepto de personas apátridas bajo el Derecho Internacional

Conforme hemos visto en el acápite anterior, el concepto de apátrida *de iure* es aquel que encuadra dentro de la definición del artículo 1, inciso 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954). Sin embargo, es necesario recordar que existe un concepto paralelo al apátrida *de iure*, el denominado apátrida *de facto* o de hecho. Este término realiza su aparición formal en la Resolución I del Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Supresión o la Reducción de la Apatridia en lo Porvenir (1961), que, a la letra, señala:

“La Conferencia

Recomienda que **los apátridas de hecho** sean tratados en la medida de lo posible como apátridas de derecho a fin de que puedan adquirir una nacionalidad efectiva” (el énfasis es nuestro).

Debe mencionarse que el término apátrida *de facto* no está conceptualizado en ningún instrumento jurídico internacional (ACNUR, 2012:3; ACNUR, 2014:5). En consecuencia, el ACNUR, en el marco del 50 aniversario de la Convención para Reducir los casos de Apatridia (1961), convocó en la ciudad de Prato, Italia a un grupo de expertos internacionales para elaborar, entre otras cosas, las directrices que permitan arribar a una definición consensuada del apátrida *de facto* (ACNUR, 2010:1). En base a lo señalado, el referido cónclave puntualizó la noción de apátridas *de facto* o de hecho como a continuación se transcribe:

“[S]on personas fuera del país de su nacionalidad que no pueden o, por razones válidas, no están dispuestas a acogerse a la protección de ese país. La protección, en este sentido, se refiere al derecho de protección diplomática ejercida por el Estado de la nacionalidad (...) así como protección diplomática y consular y asistencia general, incluso en relación con el regreso al Estado de la nacionalidad” (ACNUR, 2010:6).

Ahora bien, es menester formularse la siguiente pregunta: ¿cuáles son las circunstancias bajo las cuales una persona no puede acogerse a la protección diplomática de su Estado? La reunión de expertos del ACNUR que estableció la definición arriba citada determina que esa “imposibilidad puede ser causada ya sea porque el país de nacionalidad niega su protección o porque el país de nacionalidad no pueda brindar protección debido a que, por ejemplo, está en un estado de guerra y/o no tiene relaciones diplomáticas o consulares con el país de acogida” (ACNUR, 2010:6).

De otro lado, el ACNUR ha determinado que los conceptos de apátrida *de iure* y apátrida *de facto* son excluyentes (2010:6). Ello es así, en tanto el apátrida *de iure* es aquel que no cuenta con una nacionalidad, mientras que el apátrida *de facto* sí cuenta con una, mas esta no le permite acceder a la protección diplomática.

Finalmente, cabría mencionar que los apátridas *de facto*, al no estar incluidos en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954), no cuentan con un régimen convencional especial de protección, solo están amparados por el Sistema Universal de los Derechos Humanos (ACNUR, 2010:7).

3. Aspectos críticos de la definición de apátrida *de facto*

En este acápite, es menester analizar los aspectos críticos sobre el concepto de apátrida *de facto* que el presente artículo desea plantear. En tal sentido, resulta interesante traer a colación la definición de refugiado:

“[aquella persona] [...] que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”⁵.

Profundizando en la materia y siguiendo lo propuesto por Bazay, la definición de refugiado antes referida tiene cinco aspectos relevantes: (i) “que la persona tenga temores fundados de ser perseguida”; (ii) “debe existir una persecución”; (iii) “los motivos [de] la persecución deben basarse en la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas”; (iv) “la persona debe encontrarse fuera del país [de su nacionalidad o] donde antes tuviera residencia habitual”; y (v) “la persona no puede o no quiere acogerse a la protección del país de origen o residencia” (2014:53).

Tomando en cuenta lo señalado, el concepto de refugiado tiene dos puntos en común con la definición de apátrida *de facto*: i) la persona debe hallarse fuera del Estado de su nacionalidad o de su residencia habitual y ii) no puede o no quiere acogerse a la protección de dicho Estado.

En primer lugar, hemos de anotar que durante la elaboración de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954), no solo se buscó incluir a los apátridas *de iure*, sino también a los *de facto*. Sin embargo, Weissbrodt nos recuerda que “*the drafters of the two Statelessness Conventions incorrectly assumed that all de facto stateless persons were, and would conceivably be, refugees*” (2006:252).

Dado, pues, que se consideró que el concepto de refugiado subsumía al de apátrida *de facto*, se obvió su inclusión y regulación en la Convención de 1954, entendiendo que ya se encontraba amparado por la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (1951). No obstante, no todos los apátridas *de facto* sufren de persecución, por lo que no califican como refugiados, imposibilitando la subrogación de un concepto por el otro. Queda claro, entonces, que la definición de refugiado no subsume al de apátrida *de facto*, como, equivocadamente, consideraron los negociadores de la Convención de 1954.

No obstante lo anterior, la definición de apátrida *de facto* elaborada por el grupo de expertos convocado por el ACNUR presenta un serio inconveniente: todos los refugiados con nacionalidad encuadran en la noción de apátridas *de facto*. Expliquémonos mejor. Como señaláramos párrafos atrás, la definición de refugiado engloba los dos elementos constitutivos del concepto de apátrida *de facto*: i) hallarse fuera del Estado de su nacionalidad o del Estado en el cual residían habitualmente y ii) no poder o no desear acogerse a la protección de su Estado, pues este se las niega o no puede brindárselas.

⁵ Artículo 1.a de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (1951).

Desde esa perspectiva, el concepto de refugiado entraña al de apátrida *de facto* y es allí, justamente, donde reside el problema, pues se da pie a la confusión terminológica entre dos estatutos jurídicos. Si bien es cierto que los apátridas *de iure* pueden ser a su vez refugiados, en el supuesto que esos apátridas sufran de persecución; ello no implica, *per se*, que todos los refugiados sean apátridas *de iure*. De similar forma, si bien puede haber apátridas *de facto* que califiquen como refugiados; no todos los refugiados pueden calificar como apátridas *de facto*.

En efecto, la definición de una determinada categoría jurídica no debe ser ambigua en términos que permita su superposición con otra. La elaboración de definiciones jurídicas se hace justamente con el fin de brindar claridad respecto a las diversas instituciones del derecho y no confusión. Lamentablemente, esto último está ocurriendo con la definición de apátrida *de facto*, la cual, como repetimos, encaja dentro de la noción de refugiado, obviando las notas características que deben diferenciarlas.

4. Conclusión

Habiéndose detectado un error en la definición del concepto de apátrida *de facto*, elaborado por el grupo de expertos de ACNUR, en la medida que se presta a confusión con el concepto de refugiados, y tras recoger la primera de las definiciones dos de sus elementos característicos –i) que el individuo esté fuera del Estado de su nacionalidad y ii) que el individuo no pueda o, por motivo fundado, no esté dispuesto a acogerse a la protección del Estado del cual es nacional–, entendemos que resulta necesario replantear tal definición. Lo anterior adquiere mayor importancia aún si se pondera el peso que la opinión de dicho grupo de expertos tiene no solo para la definición de la línea de acción de ACNUR, sino por la influencia que pueda tener para entes jurisdiccionales supranacionales, la doctrina y la comunidad internacional en general.

En tal sentido, dado que uno de los propósitos del presente artículo es, precisamente, dar cuenta de los problemas de la definición de apátrida *de facto*, no resulta pertinente brindar una nueva definición. De ello se encargarán los expertos participantes de una futura conferencia internacional, que esperamos se convoque prontamente.

5. Bibliografía

Documentos internacionales

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2012). *Directrices sobre la Apatridia Nro. 1: La definición de “Apátrida” en el artículo 1(1) de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954*, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8471>

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2010). *Reunión de Expertos. El concepto de personas apátridas bajo el Derecho Internacional. Resumen de las conclusiones*, disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4cea266d2>

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2014). *Manual sobre la protección de las personas apátridas*, disponible en <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=55e94c964>

Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (1951)

Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954)

Convención para Reducir los casos de Apatridia (1964)

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2005). Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre.

International Law Commission. *Draft Draft articles on Diplomatic Protection*. Disponible en http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf

Artículos

Deutsche Welle (2017). “Los rohingya en Myanmar: las claves del conflicto”, disponible en <http://www.dw.com/es/los-rohingya-en-myanmar-las-claves-del-conflicto/a-40359299>

Fullerton, Maryellen (2014). “The Intersection of Statelessness and Refugee Protection in US Asylum Policy”, en *Journal on Migration and Human Security*, volume 2, number 3, 144-164.

Ruda Santolaria, Juan José (1998). “Algunas reflexiones en materia de nacionalidad”, en *Ius et Veritas*, año IX, número 17, 222-225.

Weissbrodt, David (2006). “The Human Rights of Stateless Persons”, en *Human Rights Quarterly*, 28, 245-276.

Tesis

Bazay, Lorena (2014). *El lado humano del cambio climático. Nuevos retos para el derecho internacional*. Tesis para optar por el título de Abogado. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Herías Fernández, Borja Manuel (2012). *Los apátridas como grupo vulnerable: concepto y regulación*. Trabajo de fin de máster. Maestría en Protección Jurídica de las Personas y Grupos Vulnerables. Universidad de Oviedo, España, disponible en <http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/4027/1/TFM%20Borja%20Her%C3%ADas.pdf>

Sánchez Velásquez, David (2017). “La nacionalidad en el contexto de la extinción de Estados por efectos del cambio climático”. Tesis para optar el título de Abogado. Facultad de Derechos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, disponible en <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/8546>

Libros

Casanovas y La Rosa, Oriol (1984). *Casos y textos de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.

Novak Talavera, Fabián y Luis García-Corrochano Moyano (2001). *Derecho Internacional Público. Tomo II. Sujetos de Derecho Internacional. Volumen I*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Remiro Brotons, Antonio *et al.* (1997). *Derecho Internacional*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.