

Nota del ACNUR sobre solicitudes de asilo por motivo de leyes o políticas de planificación familiar forzada

2005

A. Introducción

1. Las políticas de planificación familiar representan un ejercicio de la autoridad del Estado en asuntos de desarrollo socioeconómico, y pueden estar legítimamente encaminadas a mejorar la calidad de vida y el bien común de la población. Como lo establece el Principio 5 del Programa de Acción adoptado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo auspiciada por las Naciones Unidas (ICPD, por sus siglas en inglés) de 1994: “Los objetivos y políticas de población son parte integrante del desarrollo social, económico y cultural, cuyo principal objetivo es mejorar la calidad de la vida de todas las personas.”¹ Por tanto, no existe conexión inherente entre las políticas de planificación familiar y la persecución. La planificación familiar *per se* es ampliamente aceptada como una respuesta apropiada a las presiones de población, siempre que no se dirija hacia algún grupo o comunidad particular, sino que sea de aplicación general, y no exista discriminación en la intención subyacente ni en la aplicación de la política o la legislación relevantes
2. Al mismo tiempo, si bien sirven objetivos socioeconómicos legítimos, las políticas de población deben ser consecuentes con las normas de derechos humanos reconocidas internacionalmente, así como la justicia y la sobrevivencia de grupos nacionales, regionales y minoritarios.² Por tanto, como es evidente en la redacción de los 15 Principios del Programa de Acción, acordado en la ICPD, es preciso mantener un equilibrio entre el reconocimiento de los derechos humanos individuales y el derecho de las naciones a desarrollarse.³
3. A lo largo de las últimas cuatro décadas, se ha desarrollado el derecho de las madres y padres a decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos e hijas, como un aspecto clave de los derechos reproductivos. La Conferencia Internacional de Derechos Humanos de 1968, realizada en Terán, llegó a un acuerdo sobre este asunto particular, al proclamar que los progenitores tienen el derecho humano fundamental de determinar

¹ Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (en adelante ICPD por sus siglas en inglés) auspiciada por las Naciones Unidas, 5-13 de septiembre de 1994, El Cairo, Egipto. Asimismo, la Asamblea General de Naciones Unidas ha afirmado que “la principal meta del desarrollo social, económico y humano, de la cual los objetivos y políticas de población son parte integrante, es mejorar el nivel y la calidad de vida de las personas”, A/RES/39/228, 18 de diciembre de 1984, reunión no. 104, párr. 5.

² Plan de Acción Mundial sobre Población, adoptado por consenso de los 137 Estados representados en la Conferencia Mundial sobre la Población y el Desarrollo, auspiciada por las Naciones Unidas, realizada en Bucarest en agosto de 1974, párr. 14(d).

³ ICPD, “Follow-up action to be taken by the United Nations: Implications of the recommendations of the International Conference on Population and Development for the work programme on population”, Informe del Secretario General, E/CN.9/1995/5, párr. 9.

libremente el número y espaciamiento de sus hijos e hijas.⁴ Este derecho humano emergente fue afirmado en la Conferencia Mundial de Población, que se realizó en Bucarest en 1974⁵; posteriormente se le dio expresión dentro del derecho convencional en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979), Artículo 16(1)(e), que establece:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: . . . Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

4. Puede surgir un conflicto potencial entre el interés de los individuos por decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos e hijas, y por otra parte, el interés de los Estados por procurar políticas económicas y sociales a favor del bienestar común de sus habitantes, por medio de políticas de control de población. En las situaciones en las que puede existir un conflicto potencial, es necesario evaluar si al procurar su objetivo socioeconómico, el Estado puede legítimamente restringir la capacidad de un individuo de ejercer el derecho en cuestión, y en su caso, a qué grado, ya que tal interferencia no debe ser desproporcionada con el propósito legítimo buscado.
5. En este contexto, se ha reconocido ampliamente que las políticas de planificación familiar no deben ser coactivas ni coercitivas. Por ejemplo, al aclarar el Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966),⁶ el Comité de Derechos Humanos declaró en su Observación General No. 19: “. . . Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni *obligatorias*. . .”⁷ Se reitera lo mismo en el Programa de Acción de la ICPD, que establece, *inter alia*: “Los programas de atención de la salud reproductiva deberían proporcionar los más amplios servicios posibles *sin ningún tipo de coacción*. Todas las parejas y todas las personas tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos, y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo”.⁸ Asimismo, dispone: “. . . El principio de elección libre e informada es esencial para el éxito a largo plazo de los programas de planificación familiar. Ninguna forma de coerción tiene cabida.”⁹

⁴ El párrafo 16 de la Proclamación de Teherán, resultado de dicha conferencia, dice: “La comunidad internacional debe seguir velando por la familia y el niño. Los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos.”

⁵ Todas la parejas y todas las personas tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo; la responsabilidad de las parejas y los individuos en el ejercicio de este derecho toma en cuenta las necesidades de sus hijos e hijas actuales y futuros, así como sus responsabilidades ante la comunidad (Principio 14f, Plan de Acción Mundial sobre Población).

⁶ El Artículo 23(2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en lo sucesivo denominado ICCPR), así como el Artículo 16(1) de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establecen el derecho de los hombres y las mujeres en edad de matrimonio, a casarse y fundar una familia.

⁷ Observación General N° 19, Protección de la familia, derecho al matrimonio y la igualdad entre los esposos (Artículo 23), 27 de julio de 1990, párr. 5 (énfasis agregado).

⁸ Véase el Principio 8 [del Plan de Acción Mundial sobre Población](#) (énfasis agregado).

⁹ ICPD, Programa de Acción, Capítulo VII, Sección B sobre Planificación Familiar, párr. 7.12. Véase asimismo el Capítulo VII, Sección A sobre Derechos Reproductivos, párr. 7.3, que enuncia:

6. A raíz de lo anterior, las leyes o políticas de planificación familiar coercitiva que prescriben el número de hijos o hijas que las madres y padres pueden tener, y/o que disponen de medidas coercitivas o sanciones para promover el cumplimiento de dichas leyes o políticas, o que castigan a los individuos por contravenirlas, no son acordes con los estándares internacionales de derechos humanos.
7. Adicionalmente, tanto los medios utilizados para aplicar leyes o políticas de planificación familiar coercitiva, como las sanciones impuestas en respuesta a las contravenciones a dichas leyes, pueden resultar en violaciones graves a los derechos humanos y por tanto, pueden constituir persecución.
8. Al proceder sobre la base de que las formas coercitivas de planificación familiar constituyen una violación a los derechos humanos, la presente Nota busca guiar la valoración de las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado; por motivo del temor a la persecución como consecuencia de la oposición a, o la no conformidad con políticas de planificación familiar coercitivas; en especial se refiere a las situaciones en las que se rehúse a abortar cuando la concepción rebasa las cuotas permitidas o a ser sometido/a a esterilización. Se analizarán dos asuntos clave, a saber: el umbral en que el perjuicio temido equivale a persecución, y el nexo con uno o varios de los cinco motivos establecidos en la definición de refugiado, contenida en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

B. Temor fundado de persecución

Leyes y políticas persecutorias

9. Como establecido anteriormente, el objetivo legítimo socioeconómico y demográfico de una ley o política de planificación familiar, no puede estar por sobre al derecho del individuo a fundar una familia y decidir libre y responsablemente sobre el número y espaciado de sus hijos e hijas. En consecuencia, interferir con este derecho como lo establecen las leyes o políticas de planificación familiar coercitiva sería desproporcionado e injustificado. Aun si una ley o política de planificación familiar coercitiva no esté conformada con los estándares aceptados de derechos humanos, esto en sí no necesariamente es inherentemente persecutorio ya que sólo constituye persecución, un perjuicio grave a consecuencia de la violación de los derechos humanos. Al igual que en todos los casos en que una persona señala temer la persecución que resulta de una ley de aplicación general, debe establecerse que dicha persona tiene un temor fundado de persecución como resultado de dicha ley. No sería el caso,

Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en legislaciones nacionales, documentos internacionales de derechos humanos y otros documentos consensuados en las Naciones Unidas. Estos derechos yacen sobre el reconocimiento del derecho fundamental de toda pareja e individuo a decidir libre y responsablemente sobre el número, espaciado y tiempos de sus hijos e hijas, el derecho a contar con la información y los medios para hacerlo, y el derecho a alcanzar el más alto nivel de salud sexual y reproductiva. Asimismo, incluye el derecho de todas las personas a tomar decisiones sobre su reproducción, y que éstas sean libres de discriminación, coerción y violencia, como se establece en los documentos sobre los derechos humanos. En el ejercicio de este derecho, las personas deben tomar en cuenta las necesidades de sus hijos e hijas actuales y futuros, así como sus responsabilidades ante la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de estos derechos de todas las personas, debe ser la base fundamental de políticas y programas de salud reproductiva, incluyendo la planificación familiar, apoyados tanto por el gobierno como por la comunidad. . . .

por ejemplo, cuando una ley persecutoria sigue en vigor pero ya no se aplica.¹⁰ De igual manera, si un individuo no puede tener hijos por razones médicas, no se podría establecer un temor fundado a la persecución con base en dicha ley, ya que el individuo en cuestión no podría contravenir la ley de planificación familiar coercitiva.

10. Una ley o política que restringe el derecho a fundar una familia o a decidir libre y responsablemente sobre el número o espaciamiento de los hijos e hijas, puede considerarse persecutoria si la persona solicitante mantiene fuertes convicciones políticas o religiosas, e irrespetarlas haría su vida intolerable.¹¹ Por lo tanto, una valoración del elemento subjetivo de la definición de refugiado, necesariamente implicaría un diagnóstico de la personalidad de la persona solicitante de asilo.¹² Por ejemplo, una persona con fuertes creencias religiosas o cuya religión le prohíbe planificar la familia, podría sufrir una agonía mental intolerable así como perjuicio, si se le obligara a cumplir con una ley o política de planificación familiar mediante el uso de anticonceptivos, para evitar la ser enjuiciado. Si bien un acto de conformidad en el sentido de no tener mas hijos o hijas que el número permitido, no sea físicamente perjudicial o doloroso, podría sin embargo, ser tan contrario a las creencias mas profundas del individuo, que sería equivalente a persecución.¹³
11. No obstante, una ley o política de planificación familiar coercitiva que prescribe el aborto forzado o la esterilización forzada como método para garantizar el cumplimiento, siempre se consideraría inherentemente persecutoria, a consecuencia de las graves violaciones a los derechos humanos que sufriría toda persona sometida a estas medidas. El aborto forzado y la esterilización forzada violan la integridad física o la seguridad de la persona, y en algunos casos, podrían representar una amenaza a la vida, por ejemplo, cuando se practica un aborto durante un estado avanzado del embarazo. Está ampliamente reconocido en foros internacionales, el impacto perjudicial físico y mental de estas método para garantizar el cumplimiento.
12. Por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, ha declarado que “la esterilización y el aborto obligatorios influyen adversamente en la salud física y mental de la mujer y violan el derecho de la mujeres en decidir el número y espaciamiento de sus hijos. . .”¹⁴ y que “. . . Los Estados Partes no deben permitir formas de coerción, tales como la esterilización sin consentimiento. . . que violan el derecho de la mujer

¹⁰ ACNUR, “Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees” (Directrices para la protección internacional: Persecución por motivos de género en virtud del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados), (en lo sucesivo denominado “Directrices del ACNUR sobre la persecución por motivos de género”), HCR/GIP/02/01, 7 de mayo de 2002, párr. 10.

¹¹ UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status (Manual del ACNUR de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado), 1979, re-editado en 1992 (en lo sucesivo denominado “Manual del ACNUR”), párr. 40.

¹² *Ibidem*.

¹³ “Gender-related persecution: An análisis of recent trends” (La persecución por motivos de género: Un análisis de las tendencias recientes), preparado por el ACNUR, División (ahora Departamento) de Protección Internacional en conexión con un simposio sobre persecución con base en género, Ginebra, 1996, p. 97, refiriéndose a *Fatin v. Immigration and Naturalization Service*, U.S. Court of Appeals, Third Circuit (tercer circuito del tribunal de apelaciones de EE.UU.), 20 de diciembre de 1993, en 1242.

¹⁴ General Recommendation No. 19 (Recomendación general no. 19), Primera décima sesión, 1992, sobre la violencia contra las mujeres, párr. 22 (en referencia a los Artículos 16 y 5 de CEDAW).

a ña dignidad y dar su consentimiento con conocimiento de causa.”¹⁵ Adicionalmente, en las negociaciones que dieron lugar a la adopción de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres (1993), se mencionaron el aborto forzado y la esterilización forzada como dos formas de agresión sexual contra la mujer.¹⁶ La Plataforma de Acción de Beijing (1995) definió el término “violencia contra la mujer” de esta manera: “todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada”. Asimismo, se incluyen entre dichos actos, “la esterilización forzada y el aborto forzado, la utilización coercitiva o forzada de anticonceptivos, el infanticidio de niñas y la determinación prenatal del sexo.”¹⁷ La Declaración de Beijing también reconoció explícitamente y reafirmó que el derecho de todas las mujeres a controlar todos los aspectos de su salud, en particular su fertilidad, es fundamental para su empoderamiento.¹⁸

13. El aborto o la esterilización forzada también pueden ser equivalentes a tortura, o tratos inhumanos o degradantes, que constituyen persecución. De hecho, el Comité de Derechos Humanos declara que con el fin de “evaluar el cumplimiento del artículo 7 del Pacto. . . Los Estados Partes deberán asimismo presentar al Comité información acerca de las medidas para impedir el aborto o la esterilización forzados. . . .”¹⁹
14. Por lo tanto, la ejecución de políticas de planificación familiar coercitiva mediante leyes que imponen el aborto o la esterilización coercitiva, contravendría gravemente los derechos humanos fundamentales de los individuos afectados. Por consiguiente, las leyes que prescriben el uso de tales medidas para aregrar el cumplimiento de las políticas de planificación familiar, son inherentemente persecutorias. En todo caso en que dichas leyes se apliquen, se daría lugar a violaciones graves a los derechos humanos, lo que equivale a persecución.

Formas de aplicar leyes o políticas de planificación familiar coercitiva; penas, sanciones o tratos discriminatorios impuestos por el no cumplimiento

Padres y madres

15. A menudo resulta borrosa la distinción entre, por una parte, el procesamiento y la pena por una ofensa cometida contra el derecho consuetudinario y por otra parte, la persecución. Este puede ser el caso si el individuo es objeto de una pena excesiva, si el o ella debe enfrentar el procesamiento penal debido a uno de los motivos enunciados en la definición de refugiado, o si además de temer el procesamiento o la pena, tiene un temor fundado de persecución, por ejemplo, como resultado de medidas discriminatorias.²⁰
16. Como se indicó anteriormente, una ley o política de planificación familiar coercitiva que restringe el derecho de una persona a fundar una familia y a decidir libre y responsablemente

¹⁵ General Recommendation No. 24 (Recomendación general no. 24), vigésima sesión, 1999, Artículo 12 CEDAW (mujeres y salud), párr. 22.

¹⁶ Resolución de la Asamblea General 48/104, 20 de diciembre de 1993.

¹⁷ Beijing Platform for Action, Strategic Objectives and Actions, Violence against Women (Plataforma de Acción de Beijing, objetivos estratégicos y acciones, violencia contra las mujeres), párr. 113 y 115.

¹⁸ Declaración de Beijing, párr. 17.

¹⁹ General Comment No. 28 (Observación General no. 28) sobre el Artículo 7 del ICCPR, párr. 11.

²⁰ Manual del ACNUR, párr. 57-58.

el número y espaciamento de sus hijos e hijas, no se adecua a los estándares internacionales²¹, a pesar del objetivo social legítimo que busca alcanzar. Por lo tanto, bajo los estándares internacionales de derechos humanos y de derecho penal, cualquier sanción impuesta en respuesta a la contravención de tal ley o política, sería considerada excesiva en relación con la ofensa cometida. Sin embargo, no todas las penas consideradas excesivas con base en los estándares internacionales de derechos humanos y de derecho penal, son necesariamente persecutorias, ya que el impacto en un la persona de una eventual sanción, tendría que ser suficientemente grave para constituir persecución.

17. Como se ha señalado, cuando se garantiza el cumplimiento de una ley de planificación familiar coercitiva mediante el aborto forzado o la esterilización forzada, o cuando estas sanciones se imponen por contravenir tales leyes o políticas, la ejecución de esas medidas para garantizar el cumplimiento y de esas sanciones resultarían en violaciones graves a los derechos humanos, y su impacto sería equivalente a persecución. En este marco, habrá que recordar que pueden darse casos en los que un Estado ha prohibido una práctica persecutoria (p. ej., la esterilización forzada), pero la sigue condonando o tolerando, o es incapaz de poner fin definitivo a la práctica, lo que resulta en que la práctica persecutoria siga en efecto. El hecho de que se apruebe una ley para prohibir o rechazar ciertas prácticas persecutorias, en sí no sería suficiente para determinar que la solicitud de reconocimiento la condición de refugiado de una persona, es inválida.²²
18. Si bien sanciones penales como el encarcelamiento o la detención, no son consideradas formas excesivas de castigo para ciertos tipos de ofensas, como se ha esbozado arriba, éstas serían excesivas en relación con la ofensa de haber concebido un hijo/hija por sobre la cuota permitida por una ley o política de planificación familiar coercitiva,, incluso si el periodo de detención no se considera prolongado o de naturaleza inhumana. Para determinar si se ha alcanzado el umbral de persecución, se debe valorar el impacto eventual de una sanción penal en un individuo en particular, a la luz de la naturaleza y el grado de la pena. Evidentemente, otras formas mas extremas de sanciones, como la “reeducación en campamentos de trabajo”²³ siempre serían equivalentes a persecución para las personas afectadas.
19. Debe notarse asimismo que el procesamiento penal con base en uno de los motivos enunciados en la definición de refugiado, puede ser equivalente a persecución.²⁴ Tomando en cuenta los diversos grupos sociales que pueden existir, como se indica a continuación, el procesamiento penal por haber ejercido el derecho humano a fundar una familia y a decidir libre y responsablemente sobre el número y espaciamento de los hijos e hijas, en sí puede equivaler a persecución.

²¹ *Ibidem*, párr. 59-60. El párrafo 59 dice: “Para determinar si el enjuiciamiento equivale a persecución, será preciso asimismo remitirse a la legislación del país de que se trate, pues cabe la posibilidad de que una ley no esté en consonancia con los principios reconocidos de derechos humanos.” El párrafo 60 dice: “En tales casos, debido a las indudables dificultades que supone la evaluación de las leyes de otro país, las autoridades nacionales pueden muchas veces verse obligadas a adoptar decisiones sirviéndose como criterio de su propia legislación. A este respecto, puede ser útil además recurrir a los derechos humanos, en particular a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, que vinculan a los Estados partes y son instrumentos a los que se han adherido muchos de los Estados Partes en la Convención de 1951.”

²² Directrices del ACNUR sobre la persecución por motivos de género, párr. 11

²³ Boletín de prensa de Amnistía Internacional, 7 de enero de 2005, disponible en <http://amnesty.org.uk/news/press/15852.shtml>.

²⁴ Manual del ACNUR, párr. 57.

20. La imposición de ciertas sanciones administrativas o económicas por contravenir leyes o políticas de planificación familiar coercitiva, también pueden ser persecutorias. Entre las sanciones que se han aplicado por violar leyes o políticas de planificación familiar coercitiva, se encuentran las multas excesivas (a menudo en exceso de un año de salario), incluyendo “multas de compensación social”, la negativa a brindar servicios sociales, la democión y otras penas administrativas que a veces resultan en la pérdida del empleo; además están la confiscación o destrucción del hogar o la propiedad personal, por parte de las autoridades locales. Al igual que en el caso de las sanciones penales descritas con anterioridad, si bien las sanciones económicas o administrativas serían consideradas excesivas por el Derecho internacional de los Derechos Humanos, , dado el interés reconocido del individuo por ejercer los derechos en cuestión, se debe valorar el impacto de una sanción particular sobre un individuo, con el fin de determinar si alcanza a constituir persecución. Por ejemplo, el impacto de una cuota de compensación social en una familia, podría ser muy grave y podría, por ejemplo, resultar en la amenaza a la vida o la libertad de las personas involucradas, o restringir severamente la capacidad de los niños a disfrutar de su derecho a la educación; mientras que en otra familia, el impacto podría ser mucho menos grave.
21. Las medidas discriminatorias, como el disfrute restringido del derecho al trabajo, también podrían equivaler a persecución, si tienen consecuencias de carácter esencialmente lesivo para la persona de que se tratase (p. ej., las restricciones graves al derecho a ganarse la vida),²⁵ o si producen “una sensación de aprehensión o inseguridad” respecto a la “existencia futura” del individuo y su familia.²⁶ Diversas medidas discriminatorias impuestas sobre los individuos debido a su oposición a, o no conformidad con leyes de planificación familiar coercitiva, podrían por ejemplo, violentar su derecho a disfrutar de condiciones justas y favorables para el trabajo;²⁷ un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentos, vestido y vivienda; el derecho a vivir libre de interferencias arbitrarias o ilícitas, a la privacidad, la familia, el hogar o la correspondencia; el derecho a vivir libre de ataques ilícitos al honor y la reputación,²⁸ así como el derecho a no ser privado arbitrariamente de la propiedad.²⁹ Se tendría que evaluar el impacto de dichas violaciones en un individuo, para determinar si el impacto del trato temido equivaldrá a persecución.
22. Aun cuando las medidas específicas en sí no equivalen a persecución, al sumarse a otros factores adversos, podrían constituir persecución. Dependiendo de los hechos del caso, podría darse la situación en que un individuo o los miembros de una familia se arriesguen a ser objeto de numerosas sanciones administrativas y económicas y/o a medidas discriminatorias, que tomados en su conjunto, harían la vida intolerable y constituirían persecución con base en motivos concurrentes.³⁰

Niños y niñas

23. El temor fundado de persecución también puede ser analizado desde la perspectiva de los menores de edad. En algunos casos, los niños o las niñas nacidas en contravención de políticas de planificación familiar coercitiva, han sido objeto de discriminación concertada y severa, se les ha negado el registro y el acta de nacimiento, y se les ha dado acceso

²⁵ *Ibidem*, párr. 54.

²⁶ *Ibidem*, párr. 55.

²⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, Artículo 7.

²⁸ ICCPR, Artículo 17.

²⁹ DUDH, Artículo 17.

³⁰ Manual del ACNUR, párr. 53.

restringido a alimentos, educación, atención en salud y otros derechos sociales. El trato discriminatorio no siempre focaliza el niño o la niña en sí, sino que por ejemplo, el padre o la madre sufre una democión, o son obligados a pagar “cuotas de compensación social” o se les niega acceso a la educación subsidiada; lo que redundaría en que el niño o la niña sea quien sufra las consecuencias de la grave situación social o financiera de sus padres. Por lo tanto, ante una solicitud de asilo presentada por un menor, se debe valorar el impacto de las penalidades o medidas impuestas con el fin de obligar el cumplimiento de las leyes o políticas de planificación familiar coercitiva, tomando en cuenta la situación de los padres y la familia en su conjunto.

24. Al evaluar si el perjuicio sufrido o temido equivale a persecución, debe recordarse que existen ciertos derechos específicos de los menores de edad (derechos disfrutados exclusivamente por los niños y las niñas) reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, incluyendo la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. El reconocimiento de estos derechos específicos plantea la pregunta de si ¿Las violaciones a dichos derechos equivalen a persecución y por tanto, llevan a formas de persecución que sólo pueden experimentar los menores de edad? Para dar respuesta a esta pregunta, es preciso determinar si la violación de un derecho específico de los niños y niñas es de naturaleza grave. Viene al caso especialmente cuando la vida o la libertad del niño o la niña se encuentra amenazada como consecuencia de negarle la protección básica del Estado.
25. Más aún, debido a su edad o vulnerabilidad, el niño o la niña puede experimentar mayor perjuicio como resultado de una violación a sus derechos humanos, que el impacto que tendría la contravención del mismo derecho en un adulto sano. Por lo tanto, una violación de derechos humanos que por su gravedad no necesariamente constituiría persecución para un adulto, podría equivaler a persecución si afectara a un niño o a una niña, tomando en cuenta su vulnerabilidad particular.³¹ Actos u omisiones, como el negar alimentos u otras formas de asistencia o proveerlas de manera discriminatoria, que siempre constituyen una violación de los derechos humanos, posiblemente no pondrían en peligro la vida o la salud de un adulto y por lo tanto no equivaldrían a persecución; empero tendrían consecuencias graves, si no fatales, en un menor de edad.

C. Nexos con los motivos enumerados en la Convención

26. En el marco de la determinación de la condición de refugiado, es necesario analizar si el trato en cuestión (p. ej., el aborto y/o la esterilización forzada, así como diversas sanciones o medidas discriminatorias, ya sean penales, administrativas o económicas) es temido por *razón de* uno o varios de los cinco motivos establecidos en la Convención. En este contexto, es importante recordar que en ninguna parte de la historia de la elaboración de la Convención de 1951, se sugiere que el motivo o la intención del persecutor iba a ser considerado como factor *determinante*, ya sea en la definición o la determinación de la condición de refugiado.³² Cabe notar este punto, ya que en varios casos de solicitudes de asilo por motivo de políticas de planificación familiar coercitiva, se ha considerado la cuestión del motivo o la intención del

³¹ Véase asimismo, referencias al elemento subjetivo del temor a la persecución, Manual del ACNUR, párr. 40 – 42 y 52.

³² Guy. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (El refugiado en el derecho internacional), Clarendon Press, 2ª edición, 1996, pp. 50-51.

persecutor, dejando de reconocer la condición de refugiado del o la solicitante por falta de evidencia sobre la intención persecutoria.³³

Por motivos de opinión política

27. Se han presentado solicitudes de asilo, por temor a la persecución debido a la oposición a, o la violación de leyes o políticas de planificación familiar coercitiva, sobre la base de fundados temores de persecución por motivos de opinión política.

28. Debe entenderse opinión política en el sentido amplio, abarcando cualquier opinión acerca de cualquier asunto en el que el aparato del Estado, el gobierno, la sociedad o las políticas estén involucradas. Esto puede incluir una opinión acerca de cómo ejecuta el gobierno sus políticas de población. Incluiría también la conducta no conformista, que lleva al persecutor a imputar una opinión política al individuo. En este sentido, no existe una actividad que sea per se política o apolítica, sino que su naturaleza se debe determinar en el contexto del caso teniendo particularmente en cuenta, el entorno en que el Estado está aplicando sus políticas de control de población. Las Directrices del ACNUR sobre persecución por motivos de género señalan lo siguiente:

Una solicitud con base en opinión política presupone, sin embargo, que la persona solicitante mantiene o supuestamente mantiene opiniones que no son toleradas por las autoridades o la sociedad, por ser críticas de las políticas, tradiciones o métodos de estas últimas. Asimismo, presupone que tales opiniones han sido notadas o podrían ser notadas por las autoridades o las partes relevantes de la sociedad, o son atribuibles por éstas, a la persona solicitante. No siempre es necesario haber expresado tal opinión, o ya haber sufrido alguna forma de discriminación o persecución. En tales casos, se basaría la prueba de temor fundado, en una valoración de las consecuencias que teniendo ciertas disposiciones, la persona solicitante tendría que enfrentar si regresara [a su país].³⁴

29. La resistencia activa o la contravención de una política de Estado de planificación familiar coercitiva, puede ser considerada una declaración relacionada directamente con una política gubernamental relevante que caería en el ámbito de la definición de opinión política plasmada arriba, independientemente de que el individuo desafíe la política conscientemente (ya sea de manera verbal o mediante la concepción de hijos/hijas más allá del número permitido), o se rehúse a cumplirla simplemente porque desea tener otro hijo o hija. Más aun, la negativa o incumplimiento de un individuo con un programa forzado de control de población, o su asociación con otras personas que se resisten o se oponen expresamente a tal programa, puede llevar a que se le impute dicha opinión política al individuo.³⁵ Por lo tanto, las solicitudes de asilo fundadas en estos motivos no se deberían rechazar de plano, con el argumento de que las acciones de un funcionario de gobierno en contra del individuo constituyen una forma de

³³ En estos casos, quienes toman las decisiones han argumentado que la aplicación de una política de planificación familiar coercitiva, aun mediante el uso de métodos equivalentes a persecución, no está basada en ninguna motivación diferente al control general de la población. Véase *Cheung v. Canadá (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 FC 314 (CA), 319, en el que Linden JA declaró que la División de Refugiados había “indebidamente requerido que existiera ‘intención persecutoria’, cuando es suficiente el ‘efecto persecutorio’”.

³⁴ Directrices del ACNUR sobre persecución por motivos de género, párr. 32.

³⁵ *En re C.Y.Z, Applicant*, Interim Decision No. 3319 (Decisión interina no. 3319) Departamento de Justicia de Estados Unidos, BIA [Bureau of Indian Affairs - buró de asuntos indígenas], 4 de junio de 1997, p. 10.

cumplimiento de una ley común de aplicación general, es decir persecución y no persecución. Con el fin de realizar una valoración integral, es necesario contemplar todos los factores relevantes del caso y del contexto; incluyendo el tema de si en vista del carácter invasivo y excesivo de las sanciones impuestas a personas que contravienen la política, dichas sanciones sólo constituyen esfuerzos neutrales de un gobierno por alentar o asegurar el cumplimiento de una política gubernamental.³⁶

30. Por lo tanto, como la oposición o resistencia a una política estatal de planificación familiar coercitiva puede verse como expresión de una opinión crítica de una política de Estado, quedaría establecido el nexo con el motivo de opinión política, si el trato persecutorio es temido o infligido por razón de la oposición o resistencia de un individuo a la política (ya sea verbalmente y/o mediante sus actos).

Por motivos de raza

31. Al evaluar solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado con base en temor a la persecución por oposición a, o violación de leyes o políticas de planificación familiar coercitiva, también será necesario analizar si dichas leyes o políticas, medios de aplicación, penas o medidas discriminatorias, focalizan a ciertos grupos étnicos específicamente.

Por motivos de religión

32. La resistencia a, o la no conformidad con una ley o política de planificación familiar coercitiva puede, en casos específicos, caracterizarse como manifestación de la creencia religiosa, identidad o forma de vida de una persona.³⁷ Si se puede mostrar que se viola una política de planificación familiar coercitiva, debido a convicciones religiosas (p. ej., si la religión es el motivo por el cual un padre o una madre se opone a los métodos anticonceptivos impuestos), se podría argumentar que se temía la persecución por motivos de religión; porque las creencias religiosas de una persona le impedían cumplir con una ley o política de planificación familiar coercitiva, o le exigían actuar de tal manera que provocó el castigo. Nuevamente, se debe determinar cada caso con base en sus méritos.

Por motivos de pertenencia a un determinado grupo social

Padres y madres

33. También se han presentado casos de solicitudes de asilo fundadas en el temor a la persecución por oposición a, o violación de leyes o políticas de planificación familiar

³⁶ Es bastante posible que una ley o política de aplicación general sea persecutoria, si la pena es desproporcionada con el objetivo de dicha ley, independientemente de la intención de la autoridad. Véase Legal Services Immigration and Refugee Board, Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case Law (Junta de servicios legales migratorios y de refugiados, interpretación en la jurisprudencia, de la definición de refugiado contenida en la Convención), 31 de diciembre de 1999, capítulo 9, sección 9.3.2; *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Education)*, [1993] 2FC 314 (CA), respecto a Linden JA.

³⁷ Véase ACNUR, “Guidelines on International Protection, Religión-Based Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees” (Directrices del ACNUR para la protección internacional, solicitudes de asilo con base en religión en virtud del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados), HCR/GIP/04/06, 28 de abril de 2004, párr. 5-8.

coercitiva, con el argumento de un temor fundado por motivos de pertenencia a un determinado grupo social.

34. En las Directrices del ACNUR sobre pertenencia a un determinado grupo social,³⁸ Los términos “características protegidas” y “percepción social” incluidos en muchas legislaciones se han unido en la siguiente definición:

Un grupo social es un grupo de personas que comparten características comunes, más allá del riesgo de persecución, o bien, que son percibidas como grupo por la sociedad. A menudo, la característica será innata, inmutable, o de alguna manera fundamental para la identidad, la conciencia o el ejercicio propio de los derechos humanos.³⁹

Como señalan las Directrices, “Es ampliamente aceptado en la práctica del Estado, que la persona solicitante no tiene que demostrar que los miembros de un determinado grupo se conocen entre sí o que se asocian entre sí como grupo. Es decir, no existe el requerimiento de que el grupo esté ‘cohesionado’”.⁴⁰

35. Por lo tanto, al aplicar el elemento de “percepción social” establecido en esta definición, se tendría que analizar, *inter alia*, si la sociedad en cuestión percibe como grupo reconocible, a las personas que se oponen a, o contravienen una política de planificación familiar coercitiva, ya sea verbalmente o mediante la concepción de un hijo o una hija más allá del número permitido.

36. Al aplicar el elemento de “características protegidas” de la definición, se tendría que analizar si el grupo está definido:

(1) por alguna característica innata e inmutable, (2) por una condición pasada temporal o voluntaria, que es inmutable debido a su permanencia histórica, o (3) por alguna característica o asociación que es tan fundamental para la dignidad humana, que los miembros del grupo no deben ser obligados a renunciar a ella⁴¹

37. En algunos países, los padres/las madres que tienen más hijos o hijas que el número permitido, podrían constituir un determinado grupo social, bajo ambos enfoques mencionados arriba. Un padre o una madre que espera un hijo o una hija, o que ya tiene más (o menos) hijos o hijas que el número permitido por una ley o política de planificación familiar coercitiva, probablemente forma parte de un grupo perceptible por la sociedad, en la que un número determinado de hijos/hijas sea la norma. En su papel como tal, los padres y las madres de uno o más hijos o hijas, también comparten una característica común que es innata e inmutable, así como fundamental y protegida.⁴² Más aún, las madres embarazadas con un hijo o una hija concebida en contravención a una ley o política de planificación familiar, comparten otra característica que es tan fundamental para la dignidad humana, que no deben ser obligadas a renunciarla, a saber, su derecho a la vida, la libertad y la seguridad como

³⁸ ACNUR, “Guidelines on International Protection: Membership of a particular social group within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees” (Directrices para la protección internacional: Pertenencia a un determinado grupo social en virtud del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados), HCR/GIP/02/02, 7 de mayo de 2002 (en lo sucesivo denominado “Guidelines on Membership of a Particular Social Group” (Directrices sobre pertenencia a un determinado grupo social)).

³⁹ *Ibidem*, párr. 11.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 15.

⁴¹ *Ibidem*, párr. 6.

⁴² ICCPR, Artículo 23(1), dispone que la familia es la “unidad grupal natural y fundamental de la sociedad” y “tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

persona, y su derecho a dar a luz sin interferencia. En este caso, el riesgo de persecución que pueden enfrentar las mujeres embarazadas, ayuda a identificar al grupo social, sin menoscabo a la regla que establece que la persecución no puede definir al grupo.

38. Adicionalmente, es posible argumentar que los hombres y las mujeres unidos en su compromiso con el ejercicio de su derecho humano fundamental “a fundar una familia” y “a decidir libre y responsablemente sobre el número y espaciamiento de sus hijos e hijas” pueden constituir un determinado grupo social en una sociedad en la que se restringe seriamente este derecho.
39. En este contexto, también se puede definir a un determinado grupo social, como las mujeres que han “transgredido las normas sociales de la sociedad en la que viven”, al tener mas hijos o hijas que el número permitido por una ley o política nacional.⁴³

Niños y niñas

40. Pertenencia a un determinado grupo social es quizás el motivo que establece la Convención más relevante en los casos relacionados con los niños y las niñas nacidas en contravención a leyes o políticas de planificación familiar coercitiva (por ejemplo, un niño o una niña nacida fuera de un matrimonio autorizado, o nacido después del hijo o la hija única, permitido bajo una ley o política restrictiva de planificación familiar); aunque otros motivos también pueden ser aplicables, dependiendo de los hechos del caso. Al aplicar la definición de grupo social, el segundo, tercer o cuarto hijo nacido en violación a una política de planificación familiar coercitiva en una sociedad en la que la norma es un solo hijo, podría considerarse miembro de un determinado grupo social que comprende a los niños y la niñas nacidas en contravención a una política o ley de planificación familiar. Esta característica común e inmutable, une al grupo de niños y niñas, quienes además pueden ser percibidos como grupo reconocible en la sociedad en cuestión. Las personas encargadas de decidir las solicitudes han utilizado etiquetas ligeramente diferentes para definir a este grupo de niños y niñas, incluyendo “niños y niñas nacidas en violación a políticas de planificación familiar coercitiva, “segundos niños/niñas”, o los llamados “niños/niñas negros” (*hei haizi*).

D. Conclusión

41. Las políticas de planificación familiar no discriminatorias y no coercitivas, promovidas con base en el bienestar común, ya sea que alienten a familias más grandes o más pequeñas, representan un ejercicio legítimo de la autoridad del Estado. Sin embargo, las leyes o políticas de planificación familiar deben ser consecuentes con los estándares internacionales de derechos humanos, y deben reconocer que el principio de la elección libre e informada es esencial para el éxito a largo plazo de la planificación familiar.
42. Las leyes o políticas de planificación familiar coercitiva, que pueden violar el derecho humano de los individuos y las parejas a fundar una familia y a decidir libre y responsablemente sobre el número y espaciamiento de sus hijos e hijas, pueden llevar a la presentación de solicitudes de asilo justificadas por motivo de temor a la persecución; debido al impacto que puede tener una restricción de este derecho en una persona en particular, y/o

⁴³ ANCUR, Executive Committee, Conclusion No. 39 (XXVI), 1985, refugee women and international protection (Comité Ejecutivo, Conclusión No. 39 (XXVI), 1985, las mujeres refugiadas y la protección internacional), párr. (k).

por el perjuicio que esta persona podría sufrir como resultado de los medios utilizados por los funcionarios para aplicar la política, o como consecuencia de las penalidades o sanciones impuestas por el no cumplimiento. Es probable que las solicitudes de asilo basadas en los medios de aplicación o en las penas excesivas impuestas, satisfagan el umbral de persecución contenido en la definición de refugiado, especialmente si existe una amenaza de aborto forzado y/o esterilización forzada. Sin embargo, también se pueden presentar casos en los que el requerimiento de apegarse a la política de planificación familiar coercitiva, sería tan aberrante de acuerdo con las creencias más profundas del individuo, que equivaldrían a persecución. Siempre sería el caso cuando una ley o política prescribe el uso del aborto forzado o la esterilización forzada, como medio para garantizar el cumplimiento o como pena por el no cumplimiento.

43. En la mayoría de los casos, se podrá argumentar que el temor al trato persecutorio está vinculado a motivos de opinión política, ya que la oposición a, o el no cumplimiento de una política estatal de planificación familiar coercitiva, es una forma de expresión política. También se puede argumentar que la solicitud se fundamenta en el temor a la persecución por motivos de pertenencia a un determinado grupo social y en algunos casos, se puede temer la persecución por motivos de religión o raza.

Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal
Departamento de Protección Internacional
ACNUR, Ginebra, Agosto de 2005

Traducción realizada por la Unidad Legal Regional del Bureau de las Américas