

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



**ESTÁNDARES JURÍDICOS PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA NO DEVOLUCIÓN EN
EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: ESPECIAL
ATENCIÓN A ALGUNOS GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD**

Tesis para optar por el Título de Abogada, que presenta la bachillera:

CRISBETH LORENA VIGO FLORIÁN

Asesora:

Dra. ELIZABETH SALMÓN GÁRATE

LIMA, 2019

Resumen

Las políticas de control migratorio que han adoptado los Estados en los últimos años, a fin de hacer frente a la grave crisis de movilidad humana, se han traducido en la adopción de medidas que transgreden el derecho a la no devolución, pese a que este derecho goza de un amplio reconocimiento y aceptación universal en diversos instrumentos internacionales. En este contexto, existe la necesidad urgente de efectivizar y armonizar la protección de no devolución en los procesos de movilidad humana.

Por esta razón, proponemos la aplicación de estándares jurídicos en los procedimientos de devoluciones o expulsiones en el marco del SIDH. Esencialmente, estándares que consideren las necesidades particulares de las personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad; ya sea por la concurrencia de un factor o de la intersección de diversos factores de vulnerabilidad, como el género, la edad, la orientación sexual, el origen técnico, religión, discapacidad, opinión política, entre otros.

A fin de conocer y comprender los estándares jurídicos para garantizar el derecho a la no devolución en el marco del SIDH, partimos de la premisa que el principio de no devolución no es único. Por el contrario, actualmente, en el DI co-existen el “principio de no devolución de los refugiados”, el “derecho a la no devolución causal” y el “derecho a la no devolución ampliado”. Además, en el caso de las personas en situación de especial vulnerabilidad, el derecho a la no devolución (de refugiados, causal y ampliado) presenta un contenido reforzado; por lo que, constituye una herramienta adicional para garantizar el goce de sus derechos humanos.

GLOSARIO DE TÉRMINOS

| | |
|-------------------------------------|--|
| AG | : Asamblea General |
| ACNUR | : Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados |
| ACNUDH | : Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos |
| CADH | : Convención Americana de Derechos Humanos |
| CAI | : Conflicto Armado Internacional |
| CAT | : Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes |
| CDPD | : Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad |
| CDN | : Convención de los Derechos del Niño |
| CEDH | : Convenio Europeo de Derechos Humanos |
| CEDAW | : Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer |
| CIDH | : Comisión Interamericana de Derechos Humanos |
| CIJ | : Corte Internacional de Justicia |
| Corte IDH | : Corte Interamericana de Derechos Humanos |
| CPI | : Corte Penal Internacional |
| Convención de 1933. | : Convención sobre el Estatuto Internacional de los Refugiados de 1933 |
| Convención de 1951. | : Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 |
| Convención de la OUA de 1969 | : Convención de la Organización de la Unión Africana por la cual se regulan aspectos específicos de los refugiados en África de 1969 |

| | |
|---|---|
| Convención De Belem Do Para | Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer |
| Convención Europea contra la Trata de Seres Humanos. | Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha Contra la Trata de Seres Humanos |
| Convención Europea sobre la Prevención del Terrorismo. | Convenio del Consejo de la Unión Europea para la Prevención del Terrorismo |
| Comité DESC | Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales |
| Comité CEDAW | Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer |
| Comité CDPD | Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad |
| CVDT | Convención de Viena de sobre el derecho de los tratados de 1969 |
| DESC | Derechos Económicos, Sociales y Culturales |
| DEVAW | Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer |
| DPI | Derecho Penal Internacional |
| DI | Derecho Internacional |
| DIR | Derecho Internacional de los Refugiados |
| DIDH | Derecho Internacional de los Derechos Humanos |
| DIH | Derecho Internacional Humanitario |
| DUDH | Declaración Universal de los Derechos Humanos |
| FRONTEX | Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea |

| | |
|------------------------------|--|
| MGF | : Mutilación Genital Femenina |
| ONU | : Organización de las Naciones Unidas |
| OEA | : Organización de los Estados Americanos |
| OIM | : Organización internacional para las Migraciones |
| OUA | : Organización de la Unión Africana |
| PIDCP | : Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos |
| Principios de Bangkok | : Principios de Bangkok relativos al Estatus y Tratamiento de Refugiados |
| Protocolo de 1967 | : Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 |
| SIDH | : Sistema Interamericano de Derechos Humanos |
| SEDH | : Sistema Europeo de Derechos Humanos |
| TEDH | : Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TJUE | : Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| UE: | : Unión Europea |



ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| Resumen | 2 |
| GLOSARIO DE TÉRMINOS | 3 |
| INTRODUCCIÓN | 11 |
| AGRADECIMIENTOS | 19 |
| CAPÍTULO I: HACIA LA REGIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN | 20 |
| 1.PUNTO DE PARTIDA: EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN NO ES ÚNICO | 20 |
| 1.1. Contenido consensuado a nivel universal del principio de no devolución en el DIR: El principio de no devolución de los refugiados..... | 21 |
| 1.1.1. Componentes básicos del principio de no devolución a nivel universal, a partir de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 | 23 |
| a) Las partes obligadas con el principio de no devolución de los refugiados ... | 23 |
| b) Ámbito personal del principio de no devolución de los refugiados | 24 |
| c) Ámbito objetivo del principio de no devolución | 28 |
| 1.2. Contenido consensuado a nivel universal del derecho a la no devolución en el DIDH: El derecho a la no devolución causal..... | 36 |
| 1.3. La naturaleza universalmente aceptada del principio de no devolución como una norma de derecho internacional consuetudinario | 42 |
| 1.4. La controversial naturaleza jurídica del principio de no devolución como una norma de <i>ius cogens</i> | 45 |
| 2.LA AMPLIACIÓN DEL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN: EL APOORTE DE LAS REGIONES EUROPEA Y LATINOAMERICANA | 52 |
| 2.1. Del principio al derecho a la no devolución: El derecho humano autónomo a la no devolución..... | 52 |
| 2.2. La ampliación del ámbito personal del derecho a la no devolución: Todos los extranjeros como titulares del derecho a la no devolución | 54 |
| 2.3. La ampliación del ámbito objetivo del derecho a la no devolución: Del riesgo de persecución al riesgo y causas ampliadas | 58 |
| 2.4. La consolidación del alcance extraterritorial del derecho a la no devolución | 68 |
| 2.5. La prohibición de las expulsiones colectivas | 73 |

| | | |
|--|--|------------|
| 2.6. | El principio del tercer país seguro como alternativa para devolver solicitantes de refugio..... | 78 |
| 2.7. | La inserción de algunos grupos en situación de vulnerabilidad en el estatuto de los refugiados a fin de gozar una protección adicional | 85 |
| CAPÍTULO 2: LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LA NO DEVOLUCIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: ESPECIAL ATENCIÓN A ALGUNOS GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD | | 98 |
| 1.EL | CASO DE LAS PERSONAS REFUGIADAS | 99 |
| 1.1. | Refugiados de la Convención de 1951 y de su Protocolo de 1967: Los refugiados por persecución..... | 99 |
| a) | Entrada ilegal de las personas refugiadas ¿importa para el ejercicio del derecho a la no devolución? | 100 |
| b) | ¿El derecho a la no devolución protege a la persona que se encuentre en la frontera del Estado de acogida?: la prohibición del rechazo en frontera | 103 |
| 1.2. | La inclusión en la titularidad del derecho a la no devolución a las personas refugiadas según la definición ampliada del término “refugiado”..... | 106 |
| a) | Personas refugiadas según la Convención de la OUA de 1969 | 107 |
| b) | Personas refugiadas según la Declaración de Cartagena de 1984 | 111 |
| 2.EL | CASO DE LAS PERSONAS SOLICITANTES DE REFUGIO | 117 |
| 2.1. | El carácter declarativo del estatuto del refugiado como fundamento de aplicación del derecho a la no devolución de las personas solicitantes de refugio | 117 |
| 3.EL | CASO DE LOS SOLICITANTES DE ASILO DIPLOMÁTICO | 123 |
| 4.EL | CASO DE ALGUNOS GRUPOS EN SITUACIÓN DE ESPECIAL VULNERABILIDAD..... | 127 |
| 4.1. | Niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados | 133 |
| 4.2. | Mujeres | 154 |
| 4.3. | Víctimas de la trata de la personas | 172 |
| 4.4. | Personas con discapacidad..... | 184 |

| | |
|---|------------|
| CAPÍTULO 3: ESTÁNDARES JURÍDICOS PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA NO DEVOLUCIÓN EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS..... | 201 |
| 1. ELIMINANDO BARRERAS: EL DERECHO A ENTRAR Y RESIDIR EN EL TERRITORIO DEL POTENCIAL ESTADO DE ACOGIDA..... | 201 |
| 2. VALORANDO CASO A CASO: LA OBLIGACIÓN DE INICIAR UN PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN QUE RESPETE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO..... | 218 |
| a. Garantías mínimas del debido proceso en procedimientos de devolución. | 229 |
| 3. EXAMINANDO EL RIESGO DE DEVOLUCIÓN: LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LAS CIRCUNSTANCIAS GENERALES DEL ESTADO DE ENVÍO Y LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DE LA PERSONA, A FIN DE DETERMINAR EL RIESGO REAL, PERSONAL Y PREVISIBLE DE DEVOLUCIÓN..... | 248 |
| a. El umbral y criterios para determinar el riesgo de devolución de los niños, niñas y adolescentes, en especial, los no acompañados o separados..... | 262 |
| b. El umbral y criterios para determinar el riesgo de devolución de las mujeres..... | 264 |
| c. El umbral y criterios para determinar el riesgo de devolución de las víctimas de la trata de personas | 265 |
| d. El umbral y criterios para determinar el riesgo de devolución de las personas con discapacidad | 268 |
| 4. ALTERNATIVAS PARA DEVOLVER: LA OBLIGACIÓN DE SEGUIR LAS DIRECTRICES PARA APLICAR EL PRINCIPIO DE TERCER PAÍS SEGURO Y LAS EXCEPCIONES AL DERECHO A LA NO DEVOLUCIÓN DE LA CONVENCIÓN DE 1951..... | 269 |
| a. Directrices para aplicar el principio del “tercer país seguro” garantizando el respeto del derecho a la no devolución..... | 270 |
| b. Criterios para aplicar las excepciones al derecho a la no devolución establecidas en el artículo 33(2) de la Convención de 1951..... | 278 |
| b.1. Diferencias con las excepciones al derecho a la no devolución establecidas en el artículo 27 de la CADH..... | 288 |
| b.2. Diferencias con las “garantías diplomáticas” | 294 |
| CONCLUSIONES..... | 301 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 311 |

| | |
|--|------------|
| DOCTRINA..... | 311 |
| NORMATIVA INTERNACIONAL Y OTROS INSTRUMENTOS..... | 325 |
| NORMATIVA NACIONAL Y OTROS INSTRUMENTOS | 328 |
| JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y COMPARADA..... | 329 |
| JURISPRUDENCIA NACIONAL | 337 |
| DOCUMENTOS DE ÓRGANOS INTERNACIONALES Y NACIONALES..... | 337 |
| ANEXOS | 351 |
| ANEXO N° 1: Normativa interna de los Estados latinoamericanos vinculada con el derecho a la no devolución..... | 351 |



*A mis adorados padres,
Luz y Ernesto.*



INTRODUCCIÓN

“Sueño con sangre. Es un abuso. Sólo quiero que mi hija Aisha pueda ser más fuerte que yo cuando sea mayor. En nuestro país no tenemos elección en eso.

No comprendí que tenía derechos hasta que llegué al Reino Unido” - Binte Jobe, solicitante de refugio gambiana en el Reino Unido, que sufre infecciones, problemas sexuales y dolores recurrentes como resultado de la MGF¹.

“Soy de una aldea de Malí donde se practica la ablación. Mi hermana tenía una hija, y cuando ésta ni siquiera había cumplido dos años, la mutilaron. Cuando yo estaba embarazada de cuatro meses y mi médico me dijo que era una niña, tuve miedo por ella y huí a Francia. No quería que mi hija sufriera lo que me hicieron a mí cuando era joven”- Aissata, joven maliense, refugiada en Francia².

Podríamos dedicar páginas enteras a reproducir las historias que narran las mujeres que huyen de su Estado de origen, víctimas de la violencia de género, como lo es la MGF, o de otras formas grave de discriminación. Es más, podríamos narrar, no sólo historias de mujeres que se ven obligadas a huir, sino también de niñas, niños, de personas discapacitadas, o de personas que huyen de sus Estados por haber sido víctimas de un delito grave como la trata de personas, entre otros. Las experiencias traumáticas de estas personas no deben continuar invisibles, por el contrario, nos obligan a replantear los conceptos jurídicos tradicionales.

En cifras, actualmente, el contexto internacional de movilidad humana forzada es desalentador. El 2017 se caracterizó por la existencia de múltiples crisis de desplazamiento en curso y el surgimiento de otras nuevas. Como consecuencia, la población mundial de desplazados forzosos aumentó a 68,5 millones de personas, frente a los 65,6 millones de 2016. De ellos, 25,4 millones son refugiados y otros 3,1 millones son solicitantes de refugio. Asimismo, en la población refugiada, el 50% de la son mujeres. La proporción de menores en la población de refugiados aumentó ligeramente, un punto porcentual, respecto a los últimos años, hasta el 52% de la

*A fin de facilitar la lectura de las notas de página, los enlaces web pueden revisarse en la bibliografía.

¹ ACNUR. Demasiado dolor. Mutilación Genital Femenina y asilo en la Unión Europea. Ginebra: 2014.

² Ibídem, pp. 32.

población de refugiados³. Estas cifras sin precedentes, representan un incremento anual jamás registrado por el ACNUR⁴.

Pues bien, en los últimos setenta años, la protección jurídica internacional de la persona humana ha motivado la proliferación de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos a nivel universal y regional. Dentro de los cuales, podemos mencionar a la DUDH de 1948⁵, el PIDCP de 1966⁶, la CADH de 1969⁷, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981⁸ y el CEDH de 1950⁹. En cuanto a la protección específica de las personas mencionadas líneas atrás, también existen instrumentos internacionales que se ocupan de ellas, como la CDN¹⁰, la CEDAW¹¹ y la CDPD¹². Igualmente, en el campo del DIR, la protección jurídica de los refugiados motivó la aprobación de la Convención de 1951¹³, de la Declaración de Cartagena de 1984¹⁴ y de la Convención de la OUA de 1969¹⁵.

A pesar de la consagración formal de los derechos humanos, la respuesta del sistema internacional de derechos humanos a las violaciones de los derechos humanos de las personas en situación especial de vulnerabilidad ha sido y es deficiente en muchos aspectos al existir un gran margen de diferencia entre las garantías formales y el

³ ACNUR. Tendencias Globales. Desplazamiento Forzado en 2017. Ginebra: 2018, ACNUR.

⁴ ACNUR. Informe Anual 2017. Locos por hacerles sonreír. Madrid: 20 de setiembre de 2018.

⁵ ONU. Asamblea General. Declaración Universal de Derechos Humanos. Aprobada el 10 de diciembre de 1958 en la Resolución 217 A (III).

⁶ ONU. Asamblea General. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

⁷ OEA. Asamblea General. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adoptada el 7 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978.

⁸ OUA. Asamblea General. Carta Africana de Derechos Humanos y de los pueblos. Adoptada el 27 de julio de 1981 y entró en vigor el 21 de octubre de 1986.

⁹ CONSEJO DE EUROPA. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Adoptado el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en 1953.

¹⁰ ONU. Asamblea General. Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada el 20 de noviembre de 1989, y entró en vigor el 2 de setiembre de 1990.

¹¹ ONU. Asamblea General. Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer. Adoptada el 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor el 3 de setiembre de 1981.

¹² ONU. Asamblea General. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aprobada el 13 de diciembre de 2006 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

¹³ ONU. Asamblea General. Convención sobre el estatuto de los Refugiados. Adoptada en Ginebra, el 28 de julio de 1951 y entró en vigor el 22 de abril de 1954.

¹⁴ Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Adoptado por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá : Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

¹⁵ OUA. Asamblea General. Convención por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. Adoptada el 10 de setiembre de 1969 y entro en vigor el el 20 de junio de 1974.

disfrute real de los derechos¹⁶. Precisamente, el contexto internacional actual de grandes flujos de movilidad humana forzada referido inicialmente, refleja esta disparidad entre los marcos jurídicos existentes con el disfrute efectivo de los derechos humanos.

Así, es evidente que dado la situación actual existe una clara incapacidad de los Estados para hacer frente a los nuevos flujos de movilidad humana, ya sea a escala mundial o regional. Lamentablemente, esta incapacidad se está traduciendo en la adopción de políticas, leyes y prácticas defensivas y excluyentes que están atacando, en ocasiones, principios esenciales del DIR. Esto se debe a que, los Estados bajo el amparo de políticas de control migratorio:

“[...] i. Han asimilado las sanciones criminales y de extranjería; ii. Han conjugado la política criminal con la migratoria, las cuales son redefinidas como políticas de seguridad nacional; y, iii. Han otorgado un mayor poder de vigilancia a la policía y a los servicios de inteligencia, mientras que, al mismo tiempo, se ha reducido el catálogo de derechos y garantías de las personas en movilidad que es alarmantemente bajo e inferior a los derechos que se aseguran a la población en general en otros procesos que pueden dar lugar a la aplicación de sanciones, incluso del ámbito criminal”¹⁷.

Este escenario, ha desencadenado el aumento de las expulsiones y la mayor severidad del régimen sancionador donde se configuran procedimientos sumarios de deportación expeditiva¹⁸. Esta tendencia global, se verifica también en nuestra región. En 2015, la CIDH observó que a pesar de la migración forzada de cientos de miles de personas en la región, lejos de generarse políticas efectivas para la protección de estas personas, muchas de las medidas adoptadas han estado enfocadas en el control migratorio, en virtud del cual, la utilización generalizada de la detención migratoria y de

¹⁶ CASTRO-RIAL GARRONE, Fanny. “Los derechos de las personas en situación vulnerable: Mujeres, niños y inmigrantes”. Antonio BLANC (Edit.). *La protección Internacional de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*. Madrid: 2001, Tecnos.

¹⁷ MENDIOLA HIDALGO, Mariana Cecilia. “Movilidad Humana en tiempos de inseguridad ciudadana. Un análisis crítico sobre los procedimientos actuales de expulsión de personas en situación de movilidad en el Perú”. Tesis para optar por el grado de Magíster en Derechos Humanos. Lima: 2017, PUCP.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 77-78.

procedimientos de deportación sumaria han pretendido desestimular la llegada de otros migrantes¹⁹.

Como resultado de ello, la CIDH ha recibido información abundante sobre situaciones en las que los solicitantes de refugio y refugiados son rechazados o deportados en puertos de entrada, tales como fronteras terrestres o zonas internacionales de aeropuertos o mientras se desplazaban en embarcaciones en el mar²⁰. Recientemente, en el contexto de la grave crisis migratoria de personas venezolanas, la CIDH ha resaltado prácticas de los Estados que preocupan, tales como “rechazos en frontera, expulsiones o deportaciones colectivas, la dificultad de muchas personas venezolanas para obtener pasaportes u otros documentos oficiales exigidos por algunos Estados para regularizarse o ingresar de forma regular a sus territorios”²¹.

La situación descrita atenta contra uno de los principios esenciales del DIR, el principio de no devolución o *non-refoulement*. Este principio está contemplado en la Convención de 1951, es un concepto que prohíbe a los estados devolver o expulsar a un refugiado o solicitante de refugio a territorios donde existe el riesgo de que su vida o libertad se vean amenazadas a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social, u opinión política²². Pese a ser un principio universalmente reconocido y aceptado por los Estados, existe evidencia sobre la constante violación del mismo por parte de los Estados, lo que podemos verificar ya sea en la jurisprudencia de los órganos del SIDH y del SEDH con las condenas a Estados y en diversos informes de organizaciones no gubernamentales²³.

¹⁹ CIDH. “Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Informe de Movilidad Humana)”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31 diciembre 2015.

²⁰ *Ibidem*, pp. 48.

²¹ CIDH. Resolución 2/18. Migración forzada de personas venezolanas. Aprobada en Bogotá, en el marco de su 167º periodo de sesiones. 2 de marzo de 2018.

²² De acuerdo con el artículo 33(1) de la Convención de 1951.

²³ También, puede verse: AMNISTÍA INTERNACIONAL. Informe 2017/208. La Situación de los Derechos Humanos en el Mundo. Reino Unido: 2018. HUMAN RIGHTS WATCH. Informe Mundial 2018: Unión Europea, eventos de 2017.

En este contexto, creemos que existe la necesidad urgente de efectivizar y armonizar la protección de no devolución en el marco de los procesos de movilidad humana. Particularmente, nos llama la atención la ausencia de la aplicación de estándares jurídicos mínimos al momento de efectuar devoluciones o expulsiones en el marco estos procesos. Esencialmente, estándares que consideren que dentro de la población que se ve obligada a huir de sus países de origen o residencia, existen personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de un factor o de la intersección de diversos factores de vulnerabilidad, como el género, la edad, la orientación sexual, el origen técnico, religión, discapacidad, opinión política, entre otros.

Precisamente, con base en algunas guías publicadas por el ACNUR que detallaremos más adelante, hemos identificado que en un contexto de movilidad humana forzada, las mujeres, las niñas y niños no acompañados o separados, las víctimas de la trata de personas y las personas con discapacidad, se encuentran en situación de especial vulnerabilidad. Por lo que, se ha instado a los Estados a:

“[...] abordar la migración internacional por medio de la cooperación y el diálogo a nivel internacional, regional o bilateral y de un enfoque amplio y equilibrado, que reconozca las funciones y responsabilidades de los países de origen, tránsito, destino y retorno en la promoción y protección de los derechos humanos [...] en el contexto de la migración internacional, a fin de conseguir una migración segura, ordenada y regular, en el pleno respeto de los derechos humanos y evitando actitudes que podrían agravar su vulnerabilidad²⁴.

De este modo, con la realización de la presente investigación se busca conocer y comprender cuáles son los estándares jurídicos que deben respetar los Estados a fin de garantizar el derecho a la no devolución en el SIDH, con especial atención en los grupos en situación especial de vulnerabilidad que hemos mencionado. A fin de lograr

²⁴COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. Observación General Conjunta N° 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

ello, en nuestra hipótesis de investigación partimos de la premisa que el principio de no devolución no es único, por el contrario, actualmente, en el DI co-existen el “principio de no devolución de los refugiados”, el “derecho a la no devolución causal” y el “derecho a la no devolución ampliado”. Además, en el caso de las personas en situación de especial vulnerabilidad, el derecho a la no devolución (de los refugiados, causal y ampliado) presenta un contenido reforzado, convirtiéndose en una herramienta adicional para garantizar el goce de sus derechos humanos.

En este contexto, identificamos cuatro estándares jurídicos necesarios para garantizar el derecho a la no devolución (nos referimos también al principio de no devolución de los refugiados, al derecho a la no devolución causal y ampliado), en el marco del SIDH: (a) El derecho a entrar y residir en el territorio del potencial Estado de acogida. (b) La obligación de iniciar un procedimiento de devolución que respete las garantías mínimas del debido proceso. (c) La obligación de evaluar las circunstancias generales del Estado de envío y las circunstancias personales de la persona, a fin de determinar el riesgo real, personal y previsible de devolución. (d) La obligación de seguir las directrices para aplicar el principio de tercer país seguro y los criterios para aplicar las excepciones al derecho a la no devolución de la Convención de 1951.

En atención a ello, partiendo desde un enfoque integral de derechos humanos y de derechos de los refugiados, de género, de interseccionalidad, del modelo social y de derechos humanos de la discapacidad, este estudio busca conocer y comprender estos estándares jurídicos mínimos para garantizar el derecho a la no devolución, a la luz de la normativa internacional universal y regional, de la normativa comunitaria europea, de la normativa interna de los Estados de nuestra región, de la jurisprudencia del SEDH y del SIDH, y de la doctrina autorizada.

Para ello, se ha dividido la presente investigación en tres capítulos. En el primer capítulo, planteamos la clasificación del principio de no devolución y estudiamos su naturaleza jurídica, a fin de conocer el contenido universalmente consensuado de este principio. Posteriormente, identificamos que la protección jurídica de los refugiados evolucionó notablemente en las regiones europea y latinoamericana, producto de ello evidenciamos el proceso de “regionalización del principio de no devolución”, cuyo resultado fue la ampliación de este principio hasta convertirlo en un derecho humano autónomo.

El segundo capítulo, se centra en el análisis de la titularidad del derecho a la no devolución en el SIDH. Considerando que en nuestro sistema esta titularidad recae en una categoría amplia de personas, verificaremos su aplicación para favorecer a refugiados de la Convención de 1951, de la Declaración de Cartagena de 1984 y de la Convención de la OUA de 1969, solicitantes de refugio y de asilo diplomático. Luego, identificaremos el derecho a la no devolución de titularidad de algunos grupos en situación de vulnerabilidad, cuyo contenido se refuerza por los instrumentos de derechos humanos específicos de estas personas.

El tercer capítulo, se ocupa de los estándares jurídicos mencionados en nuestra hipótesis. Estos estándares se desprenden de instrumentos jurídicos vinculantes y de la interpretación de ellos realizada por los principales órganos jurisdiccionales regionales y los órganos de control de la ONU. Además, se encuadran dentro de las obligaciones positivas específicas que son exigibles en el marco del derecho a la no devolución a los que se ha referido la Corte IDH²⁵ y serán interpretados considerando la situación de especial vulnerabilidad de algunos grupos.

²⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional. 29 de agosto de 2014, párraf. 235.

Para alcanzar los objetivos propuestos en cada capítulo y demostrar la hipótesis de la presente investigación, se utilizará la misma metodología en los tres capítulos. Así, se realiza un análisis exegético, dogmático, sistemático y teleológico de diversos instrumentos internacionales vinculados con el derecho a la no devolución y sobre los derechos humanos de los grupos en situación especial de vulnerabilidad materia de estudio; así como, un análisis jurídico de la normativa interna de los Estados latinoamericanos y de la normativa comunitaria europea, ya que el derecho a la no devolución ampliado se desarrolló en estas regiones.

Finalmente, de la jurisprudencia de los principales órganos jurisdiccionales del SIDH y del SEDH, de la doctrina autorizada en la materia (principalmente, se ha utilizado artículos de las revistas "*International Journal of Refugee Law*" "*European Journal of Migration Law*", "*Harvard International Law Journal*", "*Revista de Derecho Comunitario Europeo*", entre otras), de los pronunciamientos de algunos órganos de control de la ONU (como el Comité de los Derechos del Niño, el Comité Contra la Tortura, el Comité CDAW y el Comité CDPD), y de los informes de distintos órganos internacionales (como la ONU, el ACNUR y el ACNUDH); utilizando el método deductivo, extraemos una serie de criterios a fin de alcanzar el objetivo propuesto en cada capítulo.

AGRADECIMIENTOS

A la Dra. Elizabeth Salmón, un agradecimiento especial por la confianza que depositó en mí, por todo lo enseñado, por el tiempo que dedicó a mi investigación, por toda la paciencia que ha tenido conmigo a lo largo de este periodo, y por guiarme a llegar a la meta. Sin su apoyo, no hubiera sido posible.

A mi madre, no enumeraré todas las razones que tengo para agradecerte porque me tomaría páginas enteras, sólo quisiera dejar por escrito mi amor infinito hacia a ti y mi admiración a tu fortaleza, gracias por acompañarme en este camino, motivarme, y aconsejarme a diario. A mi padre y hermano, hoy y siempre los querré, y les agradezco por acompañarme siempre con cada meta que me trazo.

A mi abuelita Edita, a mis tías, Mirla, Marisol y Cecilia, a mis primos; los quiero y gracias por no dejar que abandone mis sueños. A Rosita, Brenda, Daniel, Kathya; quienes vivieron conmigo de cerca este proceso, gracias por el café, por los consejos y sobre todo por escuchar mis dudas e ideas. Espero que compartan conmigo la alegría de haberlo logrado.

CAPÍTULO I: HACIA LA REGIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN

Este capítulo tiene como objetivo principal demostrar que los componentes del principio de no devolución, originalmente concebido en la Convención de 1951, se han ampliado gracias al aporte normativo de las regiones europea y latinoamericana, y de la jurisprudencia de sus principales órganos. A este proceso, hemos denominado “la regionalización del principio de no devolución”, en virtud de la cual, los límites inherentes al principio de no devolución en la Convención de 1951, se han ido superando regionalmente.

Para ello, en primer término, se analizará el alcance de cada componente del principio a la no devolución a nivel universal, de acuerdo con la regulación de la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 y otros instrumentos internacionales universales. En donde, advertiremos que este principio ha dejado de ser un principio propio del DIR a ser un principio recogido en otros instrumentos de derechos humanos. Posteriormente, examinaremos la naturaleza jurídica de este principio como una norma consuetudinaria y si ha alcanzado la categoría de una norma de *ius cogens*.

En la segunda parte de este capítulo, examinaremos los componentes específicos de la “regionalización del principio de no devolución” que se deducen, principalmente, de una serie de pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales del SIDH y del SEDH; así como, de instrumentos internacionales regionales, de la normativa comunitaria europea, y de diversas declaraciones de los Estados de América Latina.

1. PUNTO DE PARTIDA: EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN NO ES ÚNICO

1.1. Contenido consensuado a nivel universal del principio de no devolución en el DIR: El principio de no devolución de los refugiados

El principio de no devolución debe su origen a los instrumentos internacionales vinculados con la protección internacional de refugiados²⁶. Nació en Europa, en el periodo entre la Primera y la Segunda Guerra Mundial. En 1928, en la Liga de las Naciones se aprobaron acuerdos relativos al estatuto jurídico de los refugiados rusos y armenios, en donde se recomendó que las medidas para expulsar a los extranjeros o para iniciar otra acción en su contra, fueran anuladas o suspendidas respecto de los refugiados rusos y armenios en aquellos casos en que la persona no estuviere en condiciones de ingresar a un Estado vecino en forma regular²⁷.

Posteriormente, después de la Segunda Guerra Mundial, observando que era conveniente revisar y codificar los acuerdos internacionales anteriores referentes al estatuto de los refugiados, y ampliar mediante un nuevo acuerdo la aplicación de tales instrumentos, se adoptó la Convención de 1951²⁸. Así, es con el artículo 33(1) de la Convención de 1951, que se consagra el principio de no devolución de los refugiados a nivel universal, en los siguientes términos:

“1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas [...]”²⁹

A partir de esta disposición, se apuntó que el principio de no devolución de la Convención de 1951 contiene una paradoja, ya que los Estados se han comprometido a su cumplimiento, pero ningún instrumento de DI define su contenido. En otras

²⁶ GARRETÓN, Roberto. “El principio de no devolución”. *10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados: declaración de San José sobre refugiados y personas desplazadas*. 1994: IIDH-ACNUR, San José.

²⁷ *Ibidem*, pp. 215.

²⁸ De acuerdo con el preámbulo de la Convención de 1951.

²⁹ La segunda parte del artículo 33 de la Convención de 1951 contempla las excepciones al principio de no devolución, de las cuales nos vamos a ocupar en el tercer capítulo de la presente investigación.

palabras, los Estados se han obligado a un principio cuyo contenido fue expresado en términos abstractos y generales. De esta manera, se postula que el principio de no devolución es un concepto abierto, con componentes no definidos universalmente, pero que en la práctica se les ha ido asignado un contenido³⁰.

Lo anterior confirma que, vía interpretación, se puede dotar de contenido a cada componente del principio de no devolución de los refugiados del artículo 33 de la Convención de 1951. De esta manera, a fin de comprender el alcance universalmente consensuado del principio de no devolución en este instrumento internacional, recurriremos a la regla general de interpretación de tratados del artículo 31 de la CVDT y, en algunos casos, a los criterios auxiliares de interpretación del 32 de la CVDT³¹.

Recordemos que, la regla general de interpretación del artículo 31 de la CVDT propone tres métodos: (i) buena fe, es decir, debe existir un criterio de razonabilidad al momento de interpretar el tratado; (ii) conforme al sentido corriente de los términos del tratado, es decir, el análisis del texto debe realizarse en el contexto del tratado; y, (iii) de acuerdo al objeto y fin del tratado, que se refiere a la adecuación del tratado al propósito que guió a las partes a contratar (principio de la *ratio legis*)³².

Habiendo señalado las reglas de interpretación que seguiremos para comprender el alcance de los componentes inherentes del principio de no devolución de la

³⁰ PIRJOJA, Jari. "Shadows in Paradise-Exploring *Non-Refoulement* as an Open Concept". *International Journal of Refugee Law*. 2007, Vol. 19, Nº 4, pp. 639-660.

³¹ ONU. Asamblea General. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor el 27 de enero de 1980. Artículo 32: "Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable".

³² SALMÓN GARATE, Elizabeth. Curso de Derecho Internacional Público. Lima: 2014, Fondo Editorial PUCP, pp. 211-212.

Convención de 1951, cabe tener siempre en consideración el carácter humanitario de este tratado³³ que subyace de su preámbulo. Pues, en él se reconoció que:

“[...] las Naciones Unidas han manifestado en diversas ocasiones su profundo interés por los refugiados y se han esforzado *por asegurar a los refugiados el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales* [...] Expresando el deseo de que todos los Estados, reconociendo el carácter social y humanitario del problema de los refugiados, hagan cuanto les sea posible por evitar que este problema se convierta en causa de tirantéz entre Estados”³⁴.

1.1.1. Componentes básicos del principio de no devolución a nivel universal, a partir de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967

a) Las partes obligadas con el principio de no devolución de los refugiados

Este principio obliga a los Estados que son parte de la Convención de 1951; y, de acuerdo al artículo I (1) de su Protocolo de 1967, también a todo Estado parte del mismo. La referencia a Estados contratantes incluye, siguiendo el artículo 4 del proyectos de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícitos, el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado³⁵.

Asimismo, como veremos más adelante, actualmente, se acepta que los Estados también son responsables por causas de riesgo que emanan de agentes no estatales³⁶. Esta posición encuentra respaldo en el artículo 8 del proyectos de artículos

³³ COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. Conclusión N° 94 (LIII). Conclusion on the civilian and humanitarian character of asylum. 8 de octubre de 2002.

³⁴ Preámbulo de la Convención de 1951. *Cursivas añadidas.*

³⁵ ONU. Asamblea General. Resolución A/RES/56/83. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. 28 de enero de 2002.

³⁶ UE. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración. Luxemburgo: 2014, Consejo de Europa, pp. 76. En el mismo sentido: ACNUR. Opinión

sobre la responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícitos, en virtud del cual se dispone que: “[s]e considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento”.

Esto último es particularmente relevante, si consideramos que la persecución por motivos de género suele llevarse a cabo por agentes no estatales, normalmente esposos y familiares, y no directamente por agentes estatales³⁷. Al respecto, el ACNUR reconoce que dentro de la definición de refugiado, y por tanto, dentro del alcance del principio de no devolución, cabe reconocer agentes de persecución tanto estatales como no estatales.

Esto se debe a que, según el ACNUR, si bien los actos de persecución son normalmente perpetrados por las autoridades oficiales de un Estado, “el trato gravemente discriminatorio y otro tipo de ofensas perpetradas por la población local o por individuos pueden equipararse a persecución si las autoridades los toleran de manera deliberada o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo”³⁸.

b) Ámbito personal del principio de no devolución de los refugiados

El lenguaje de la Convención de 1951 es aparentemente claro, pues menciona expresamente que el principio de no devolución beneficia a “un refugiado”.

Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. 2007: Ginebra, párraf. 9.

³⁷ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Carolina. “La persecución de género en el derecho internacional de los refugiados: nuevas perspectivas”. *Revista electrónica de Estudios Internacionales*. 2017, Vol. 33, pp. 1-31.

³⁸ ACNUR. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. 1992: ACNUR, párraf. 65. ACNUR. Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas. Guía para la prevención y respuesta. Mayo de 2003, pp. 127.

Naturalmente, esta norma se refiere a las personas refugiadas que califican como tal de acuerdo con la definición que proporciona el artículo 1A (2) de la misma Convención, es decir, a los denominados “refugiados por persecución”³⁹.

A la letra, el artículo 1A (2) de la Convención de 1951, señala que para los efectos de la misma, el término "refugiado" se aplicará a toda persona:

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

A partir de la definición citada, subyacen las cláusulas de inclusión, es decir, las condiciones fundamentales que debe satisfacer un individuo para la determinación de su condición de refugiado. Las cuales son⁴⁰: (a) la persona debe encontrarse fuera de su Estado de nacionalidad y, en caso de una persona apátrida, fuera de su Estado de residencia; (b) la persona debe encontrarse fuera de su Estado por acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951, sin embargo, el Protocolo de 1967 eliminó esta limitación; (c) la persona debe tener fundados temores de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política y pertenencia a un grupo social; y, (c) la persona a causa de dichos temores no puede o no quiere acogerse a la protección de su Estado.

A criterio del ACNUR, el elemento esencial de la definición de refugiado en virtud de la Convención de 1951, es la presencia del fundado temor de sufrir persecución. A partir

³⁹ SALVADOR POMALAZA, Karen Morgana. *La huida y el miedo: La calificación y protección jurídicas de personas que abandonan sus Estados a causa de conflictos armados*. Tesis para optar el Título de Abogada. Lima: PUCP, Facultad de Derecho.

⁴⁰ En el mismo sentido: GALINDO VÉLEZ, Francisco. “Consideraciones sobre la determinación de la condición de refugiado”. *Derecho Internacional de los Refugiados*. Sandra NAMIHAS (coord.) Lima: Fondo Editorial PUCP, 2001. SALMÓN GARATE, Elizabeth. Óp. Cit., pp. 161-162.

de ello, establece que la definición de refugiado está compuesta por: (i) un elemento subjetivo, referido al concepto de 'temor', el cual requiere primordialmente una evaluación de las declaraciones del solicitante en lugar que un juicio sobre la situación imperante en su país de origen; y, (ii) un elemento objetivo, referido al concepto de 'fundado', que requerirá que el temor de sufrir persecución se base en un situación objetiva⁴¹.

Asimismo, considero que otro aspecto fundamental en la definición de refugiado de la Convención de 1951 es la persecución. A criterio del ACNUR⁴², toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas es siempre persecución. Asimismo, para este órgano, también constituiría persecución otras violaciones graves de los derechos humanos por las mismas razones.

En la UE, mediante la Posición Común relativa a la aplicación armonizada de la definición del término "refugiado", emitida por el Consejo de Europa en marzo de 1996, adoptaron una definición más adecuada de persecución. De este modo, en Europa, es considerada causal de refugio "toda amenaza a los derechos humanos por los motivos descritos en la Convención de 1951, lo que no sólo incluye los derechos a la vida, libertad e integridad, sino a otras violaciones graves de derechos humanos por las mismas razones"⁴³.

A nivel de la doctrina, coincido con Hathaway, quien considera que "persecution is most appropriately defined as the sustained or systemic failure of state protection in relation to one of the core entitlements which has been recognized by the international

⁴¹ ACNUR. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967. Ginebra: ACNUR, 1992.

⁴² Ibidem. numeral 51.

⁴³ UE. 96/196/JAI: Posición común, de 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la aplicación armonizada de la definición del término «refugiado» conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

community”⁴⁴. Así, para este autor, el temor fundado de persecución “exists when one reasonably anticipates [...] a form of serious harm which the government cannot or will not prevent, including either specific hostile acts or [...] an accumulation of adverse circumstances such as discrimination existing in an atmosphere of insecurity and fear”⁴⁵.

En síntesis, Valdez apunta cuatro aspectos respecto al concepto de persecución⁴⁶: 1) la persecución consiste tanto en una amenaza como el daño efectivo de los derechos fundamentales de la persona; 2) puede efectuarse contra un individuo como a un grupo de personas; 3) la persecución contiene un elemento discriminatorio, que comprende la selección de un determinado grupo por causa de su raza, religión, opinión política u otros, orientada a la vulneración de los derechos fundamentales de la persona; y, (4) la persecución puede proceder de agentes del Estado como de individuos o grupos particulares.

Por otro lado, de acuerdo con el ACNUR, dentro de la definición general de refugiado de la Convención de 1951, se incluye a los denominados refugiados “*sur place*”, quienes son “individuos que se encuentran fuera de su país de residencia o nacionalidad y que por alguno de los motivos sufre la persecución de su país de origen, por lo que, deciden solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado. Es decir, la persona que no era un refugiado al dejar su país, pero que adquiere posteriormente tal calidad”⁴⁷.

La cuestión controvertida en este punto, consiste en conocer si la no devolución de la Convención de 1951 se limita a aquellos formalmente reconocidos como refugiados. Si

⁴⁴ HATHAWAY, James C. The Law of Refugee Status. Toronto: 1991, Butterworths, pp. 112.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 105.

⁴⁶ VALDEZ, Flor de María. Ampliación del Concepto de Refugiado en el Derecho Internacional Contemporáneo. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2004.

⁴⁷ ACNUR. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Óp. Cit, párraf. 94.

bien abordaremos este aspecto detenidamente en el segundo capítulo de la investigación, adelantamos que el estatuto del refugiado tiene un carácter declarativo; de esta manera, beneficia también a solicitantes de refugio, y a los refugiados que no han sido aún reconocidos oficialmente como tales, es oponible por aquellos que quieran hacer valer su derecho a buscar y recibir refugio y se encuentren ya sea en la frontera o crucen la misma sin ser admitidos formal o legalmente en el territorio del país, pues de lo contrario se tomaría este derecho ilusorio y vacío de contenido⁴⁸.

Por lo expuesto, nótese que la Convención de 1951 limita la titularidad del principio de no devolución a los refugiados por persecución, dejando fuera de su alcance a aquellas personas que huyen de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Es decir, el principio de no devolución de la Convención de 1951 no beneficia a los refugiados bajo la categoría ampliada de “refugio”.

c) Ámbito objetivo del principio de no devolución

El ámbito objetivo del principio de no devolución de los refugiados está conformado por:

- (i) Comportamiento prohibido. Textualmente el artículo 33(1) señala como actos prohibidos a la “devolución o expulsión en modo alguno”. Es así que, el lenguaje abierto del artículo 33 (1) permite que se interprete que la intención evidente fue prohibir cualquier acto de expulsión o rechazo que colocara a la persona en

⁴⁸ COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. Conclusión N° 6, (XXVIII) de 1997.

cuestión en peligro⁴⁹. Así, la descripción formal del acto prohibido mediante el principio de no devolución (expulsión, deportación, regreso, rechazo en frontera, etc.), no resultará relevante para la aplicación del principio de no devolución.

Cabe precisar que, el término “expulsar” describe cualquier medida, judicial, administrativa, policial, que establezca la salida de un extranjero que, según el artículo 32 de la Convención de 1951, ha ingresado legalmente al territorio y ha tenido la residencia en dicho Estado⁵⁰. Mientras que, el término “devolución”, cuyo equivalente en francés es “*refouler*”, que significa retornar o rechazar, se refiere a los solicitantes de refugio⁵¹.

- (ii) Amenaza contra la vida o la libertad. La Convención de 1951, artículo 33(1), contempla el principio a la no devolución sólo cuando la vida o libertad del refugiado o solicitante de refugio peligran. El significado de este aspecto, debe establecerse en concordancia con el artículo 1A(2) de la Convención de 1951, debido al vínculo íntimo entre ambos artículos que fue reconocido en los trabajos preparatorios de la Convención de 1951, en los cuales, incluso, no se estableció que la no devolución incluyera otro estándar de persecución.⁵²

En este sentido, el principio de no devolución de la Convención de 1951 se extiende a las personas que aleguen “temores fundados de ser persecución”⁵³, es decir, protege a aquellas personas que huyen de la persecución en su Estado

⁴⁹ WEIS, Paul. *The refugee convention, 1951: The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary* by Dr. Paul Weis. 1995: Cambridge University Press.

⁵⁰ GHAFUR HAMID, Abdul y Majeed HIRI SHABAN. “Protecting asylum-seekers prior to determination of refugee status: reinterpreting the refugee convention and assessing contemporary state practice on Non-Refoulement”. *Law Journal of the International Islamic University Malaysia*. 2017, N° 25, Vol. 1, pp. 29-61.

⁵¹ KHAN, Fatima. “The principle of Non-Refoulement”. Fatima KHAN y Tal SCHREIER (Edits.) *Refugee Law in South Africa*. Cape Town: 2014, Juta & Co, pp. 4-5.

⁵² GOODWIN-GILL, Guy S. y Jane MCADAM. *The refugee in International Law*. Reino Unido: Oxford University Press, 2007.

⁵³ SIRELIHULAUTER, Pacht y Daniel BETHLEHEM. “La no devolución”. Erika FELLER y otros (Edit.) *Protección de los Refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional*. Barcelona: 2010, Icaria Editorial, pp. 97-199.

de origen o en un tercer Estado⁵⁴. Para ello, será necesario identificar los elementos objetivo y subjetivo que abarca este concepto, de acuerdo con los criterios señalados por el ACNUR mencionados líneas atrás.

Lógicamente, bajo estas consideraciones, el principio de no devolución se limitaría, también, al concepto de persecución y, de acuerdo a la interpretación textual de la norma, sólo contemplaría el riesgo de vulneración a los derechos a la vida y libertad personal.

- (iii) Las causas de la amenaza. Aquí, se verifica de igual modo, la íntima relación entre el artículo 33(1) y el artículo 1A(2) de la Convención de 1951, pues para la no devolución, se necesita que el refugiado o solicitante de refugio alegue una amenaza por motivos de su raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a un determinado grupo social.

A fin de determinar el significado de cada uno de estos motivos, se puede recurrir al Manual de procedimientos del ACNUR⁵⁵, pues el significado de estos términos en el artículo 33(1) será idéntico a su significado en el artículo 1A(2)⁵⁶. Sin perjuicio de ello, podemos mencionar algunos casos vistos en el sistema universal de protección de derechos humanos, en donde se aplicó el principio de no devolución por riesgo de persecución por cada uno de estos motivos.

En relación a la raza como un motivo de persecución y el principio de no devolución, el Comité contra la Tortura, en el dictamen sobre el caso *S.M. y A.M. contra Suecia* de 2011, reconoció la persecución por motivo de raza como una

⁵⁴ GHAFUR HAMID, Abdul y Majeed HIRI SHABAN. Óp. Cit., pp. 645.

⁵⁵ ACNUR. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Óp. Cit., párrafs. 66 en adelante. También, ver: VALDEZ ARROYO, Flor de María. Óp. Cit., pp. 39-72.

⁵⁶ SIRELIHULAUTER, Pacht y Daniel BETHLEHEM. Óp. Cit., pp. 142.

transgresión del principio de no devolución, considerando las experiencias anteriores del autor y:

[...] la información general a disposición del Comité, según la cual la actitud hostil de la población en general hacia los armenios étnicos que viven en Azerbaiyán es aún generalizada, 13 personas de origen armenio están en riesgo de discriminación en su vida diaria, 14 son acosadas o los funcionarios de bajo rango solicitan sobornos cuando solicitan pasaportes y, a menudo, ocultan su identidad al cambiar legalmente la designación étnica en sus pasaportes, el Comité considera que el regreso de los demandantes a Azerbaiyán los expondría a un riesgo previsible, real y personal de tortura en el sentido del artículo 3 de la Convención⁵⁷.

En cuanto a la persecución por motivo de religión y el principio de no devolución, el Comité de los Derechos Humanos, en el dictamen sobre el caso *Naveed Akram Choudhary contra Canadá*, encontró que la expulsión del demandante constituiría una violación del artículo 6 y 7 del PIDCP, pues:

“[...] según informes recientes *las minorías religiosas, incluida la chiita*, siguen siendo objeto de feroz persecución e inseguridad; las autoridades del Pakistán no pueden o no quieren protegerlas [...] A la luz de la situación imperante en el Pakistán, es preciso calibrar debidamente las alegaciones del autor. En este contexto, el Comité ha tomado nota de las alegaciones en el sentido de que se dictó una *fatwa* contra el autor y se presentó una denuncia contra él al amparo de la Ley sobre la blasfemia y del hecho de que los cargos de blasfemia comportan la pena capital en el derecho penal del Pakistán. Si bien, por lo que se informa, no ha habido ejecuciones de la pena capital, sí se ha informado de varios casos de *ejecuciones extrajudiciales, a manos de agentes privados, de miembros de minorías religiosas acusados en virtud de la Ley sobre la blasfemia*, y las autoridades pakistaníes no han querido o no han podido protegerlos[...]⁵⁸”.

En relación a la persecución por motivo de opinión política y el principio de no devolución, el Comité de Derechos Humanos, en el dictamen del caso *Zhakhongir Maksudov, el Sr. Adil Rakhimov, el Sr. Yakub Tashbaev y el Sr.*

⁵⁷ COMITÉ CONTRA LA TORTURA. Comunicación N° 374/2009. Decisión del caso S.M. y A.M. contra Suecia. Adoptada por el Comité en su 15-17 sesión, del 31 de octubre al 25 de noviembre de 2011, párraf. 9.7. En este caso, se discutió la deportación de los demandantes a Azerbaiján.

⁵⁸COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Comunicación N° 1898/2009, vinculada con el caso de Naveed Akram Choudhary contra Canadá. Dictamen aprobado por el Comité en su 109° sesión, del 14 de octubre a 1 de noviembre de 2013, párraf. 9.7 y 9.9.

Rasuldzhon Pirmatov contra Kirguistán, concluyó la violación del artículo 6 y 7 del PIDCP, pues:

“[...] cuando se extraditó a los autores, las autoridades del Estado parte sabían, o debían haber sabido, que, según informaciones públicas ampliamente conocidas y fidedignas, *Uzbekistán recurría de manera sistemática y generalizada al uso de la tortura contra los detenidos y que el riesgo de ser objeto de este trato era generalmente elevado en el caso de los detenidos por razones políticas o de seguridad.* [...] Además, los delitos por los que se buscaba a los autores en Uzbekistán eran sancionables con la pena capital en ese país”⁵⁹.

En cuanto a la persecución por pertenencia a un determinado grupo social y el principio de no devolución, el Comité de los Derechos Humanos examinó el caso *M.I. contra Suecia*, quien alegaba que si Suecia lo retornaba a Bangladesh trasgrediría el artículo 7 del PIDCP debido a su orientación sexual. Ante ello, el Comité concluyó que su expulsión vulneraría el artículo 7 del PIDCP, al considerar que:

“[...] su orientación sexual era de dominio público y bien conocida por las autoridades, que sufre depresión grave con alto riesgo de suicidio pese al tratamiento médico recibido en el Estado parte, que el artículo 377 del Código Penal de Bangladesh prohíbe los actos homosexuales y que los homosexuales son estigmatizados en la sociedad de Bangladesh. El Comité considera que la existencia de esa legislación fomenta de por sí la estigmatización de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y constituye un obstáculo a la investigación y el castigo de los actos de persecución contra estas personas [...] Habida cuenta de la situación a que se enfrentan las personas pertenecientes a minorías sexuales, de la que se da cuenta en los informes presentados por las partes, el Comité opina que, en el caso particular de la autora, el Estado parte no tomó debidamente en consideración las alegaciones de la autora sobre lo que le ocurrió en Bangladesh a causa de su orientación sexual, en particular los malos tratos sufridos a manos de la policía, al evaluar el supuesto riesgo que correría si regresara a su país de origen[...]”⁶⁰.

⁵⁹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Comunicaciones Nos. 1461/2006, 1462/2006, 1476/2006 y 1477/2006, del caso Zhakhongir Maksudov, el Sr. Adil Rakhimov, el Sr. Yakub Tashbaev y el Sr. Rasuldzhon Pirmatov contra Kirguistán. 93º período de sesiones. 7 a 25 de julio de 2008, párraf. 12.5.

⁶⁰ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Comunicación N° 2149/2012, vinculada al caso M.I. contra Suecia. Dictamen aprobado por el Comité en su 108º período de sesiones. De 8 a 26 de julio de 2013, párraf. 7.5.

- (iv) El lugar al que se prohíbe la devolución o la expulsión. Según la redacción del artículo 33(1) de la Convención de 1951, este lugar es “las fronteras de los territorios”. Sobre ello, se precisa que: (i) se refiere a los territorios en plural, comprendiendo no sólo el Estado de origen o de procedencia del refugiado o solicitante, sino también a terceros Estados; (ii) el asunto clave es si se trata de un lugar donde la vida o libertad de la persona en cuestión correrá peligro⁶¹.

Bajo estos términos, el principio de no devolución incluye dos formas de devolución por parte del Estado donde se encuentra el solicitante de refugio o el refugiado: la no devolución directa y la no devolución indirecta. La primera se dará cuando se regrese a la persona a su Estado de origen o de residencia⁶²; mientras que la segunda, implica la expulsión a un tercer Estado en circunstancias donde existe un riesgo de que pueda ser enviado de allí a un territorio donde correría peligro⁶³. Es a partir de esta disposición que se comenzó a utilizar, *contrario sensu*, el principio del tercer país seguro como una alternativa para expulsar a solicitantes de refugio, sobre el cual ahondaremos más adelante.

Sin dudas, la relevancia que posee la Convención de 1951 se debe a que es el primer y único instrumento convencional universal que unificó el lenguaje en materia de refugiados⁶⁴. Además, se apunta que debemos pensar en la Convención de 1951 como “our basic guiding framework, which sets out the minimum standards and conditions within which States must operate”⁶⁵. No obstante, en su origen, tuvo una serie de limitaciones, como las limitaciones temporales y espaciales a la definición de

⁶¹ SIRELIHULAUTER, Pacht y Daniel BETHLEHEM. Óp. Cit., pp 136.

⁶² Traducción libre. CLAYTON, Gina. Textbook on Immigration and Asylum Law. 2008: Oxford, Oxford University Press, pp. 409.

⁶³ Traducción libre. HATHAWAY, James C. The Law of Refugee Status, pp. 325.

⁶⁴ RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. “Derechos Humanos, Derechos de Refugiados, evolución y convergencias”. *Derecho Internacional de los Refugiados*. Lima: 2001, Fondo Editorial de la PUCP, pp. 6-40.

⁶⁵ MCADAM, Jane. “The enduring relevance of the 1951 Refugee Convention”. *International Journal of Refugee Law*. 2017, Vol. 29, N° 1, pp. 1-9.

refugiado, establecidas inicialmente en su artículo 1, superadas con su Protocolo de 1967.

En relación al principio de no devolución, también se evidencian algunas limitaciones, las cuales hemos ido apuntado a medida que se ha comentado cada componente de este principio. Encontramos que la titularidad de este principio se restringe a los solicitantes de refugio y refugiados por persecución, excluyendo a las nuevas categorías de refugiados. La amenaza se circunscribe sólo cuando haya temor fundado a sufrir persecución; y, a los derechos a la vida y libertad, dejando de lado las nuevas causas generadoras de refugiados y la protección de otros derechos humanos.

En este contexto, diversos instrumentos convencionales de carácter universal y regional, sobre la base de la Convención de 1951, han ido reconociendo un alcance amplio del principio de no devolución. De igual manera, la presencia de este principio se extiende en declaraciones y resoluciones de *soft law* emitidas por diversos Estados. Asimismo, el carácter fundamental de este principio ha sido constantemente destacado en diversas conclusiones del Comité Jurídico del ACNUR⁶⁶. De este modo, “la Convención de 1951 ha sido el punto de partida para los perfeccionamientos que se han recibido gracias al aporte de los diferentes sistemas regionales⁶⁷”.

A manera de síntesis, en el siguiente cuadro detallamos los instrumentos internacionales a los que nos referimos:

Cuadro N° 1: Fuentes del principio de no devolución

| INSTRUMENTO CONVENCIONAL UNIVERSAL | ARTÍCULO: NO DEVOLUCIÓN |
|---|--------------------------------|
| Convención de 1951 | Artículo 33 |

⁶⁶ Puede verse a detalle en: ACNUR. Índice temático de las Conclusiones del Comité Ejecutivo.

⁶⁷ RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. Óp. Cit., pp. 75.

| | |
|---|--------------------------------|
| CAT | Artículo 3 |
| PIDCP | Artículo 6 y 7 |
| Convenio de Ginebra relativo a la protección de vida de la población civil de 1949 | Artículo 45 |
| INSTRUMENTO CONVENCIONAL REGIONAL | ARTÍCULO: NO DEVOLUCIÓN |
| Convención OUA de 1969 | Artículo 2, inciso 3 |
| Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura | Artículo 13 |
| Convención Americana de Derechos Humanos | Artículo 22, numeral 8. |
| Convención Interamericana sobre Extradición | Artículo 4 (5) |
| Carta de los Derechos Fundamentales de la UE | Artículo 19 |
| Tratado de Fundación de la Unión Europea | Artículo 78 |
| Convenio Europeo de Derechos Humanos | Artículos 2 y 3 |
| Convenio sobre extradición de los estados miembros de la UE | Artículo 3 (2) |
| DECLARACIONES Y RESOLUCIONES | ARTÍCULO: NO DEVOLUCIÓN |
| Declaración de Cartagena de 1984 | Conclusión Quinta |
| Declaración sobre Asilo Territorial | Artículo 3 |
| Principles concerning Treatment of Refugees adoptados por la Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano | Artículo III (2) |
| Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina | Párrafo 7 |
| Declaración de San José sobre Refugiados y de Personas Desplazadas | Conclusión XVI (a) |
| Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano | Párrafo 7 |
| Declaración de Brasil: Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe | Párrafo 12 |
| Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina | Numeral 45, 46 y 47 |
| Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions de 1989. UNGA. Res 44/162. | Párrafo 5 |
| Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance | Artículo 8 (1) |
| Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially women and children | Artículo 14 (1) |
| Protocol against the Smuggling of Migrants by Land | Artículo 19 (1) |
| Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes | Numeral 24 y 67 |

Finalmente, es importante apuntar que, pese a las limitaciones del artículo 33(1) de la Convención de 1951, los componentes del principio de no devolución analizados, son conceptos legales básicos, que pueden ser aplicados complementariamente en aquellos sistemas donde se reconoce el derecho a la no devolución ampliado, como en el SIDH⁶⁸.

1.2. Contenido consensuado a nivel universal del derecho a la no devolución en el DIDH: El derecho a la no devolución causal

La principal contribución del DIDH ha sido fortalecer la protección contra la devolución y el reconocimiento del derecho al asilo como un derecho humano⁶⁹. Si bien el DIR ofrece un estándar de tratamiento específico y único, el DIDH fortalece ese marco legal al permitir que los refugiados invoquen la protección de normas cuyo ámbito de aplicación puede ser más amplio que los del régimen de refugiados⁷⁰. Como lo es, la prohibición absoluta de devolución a situaciones en las que existe un riesgo real de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes regulada en el artículo 3 de la CAT, como sigue:

- “1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.
2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”⁷¹.

⁶⁸ Aplicamos analógicamente el criterio en virtud del cual se establece que la definición ampliada de refugiado es complementaria a la definición de la Convención de 1951. JACKSON, Ivor. “The 1951 Convention relating to the status of refugee: A universal basis of protection”. *International Journal of Refugee Law*. 1991, Vol. 3, N° 3, pp. 411-412.

⁶⁹ Traducción libre. GIL-BAZO, María Teresa. *The Right to Asylum as an Individual Human Right in International Law. Special Reference to European Law*. Ann Arbor: UMI, 1999.

⁷⁰ Traducción libre. GIL-BAZO, María Teresa. “Refugee Protection under International Human Rights Law: From *Non-Refoulement* to residence and citizenship”. *Refugee Survey Quarterly*. 2015, N° 34, pp. 11-42.

⁷¹ ONU. Asamblea General. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT). Adoptada el 10 de diciembre de 1984 y entró en vigor el 26 de junio de 1987.

De esta manera, la CAT fue el primer instrumento internacional de derechos humanos que incluyó el derecho a la no devolución, que denominó el “derecho a la no devolución causal”. Sin embargo, el texto del artículo 3 de la CAT tiene una limitación evidente. Mientras que en la CAT se prohíbe tanto la tortura como los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, la protección del artículo 3 se extiende sólo a las personas que pueden sufrir tortura⁷².

Con el fin de superar esta limitación derivada de una interpretación literal, el Comité contra la Tortura señala que también en el artículo 3 de la CAT se protege contra los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, al apuntar que:

[...] el Comité observa que los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, independientemente de que constituyan o no tortura, a los que una persona o sus familiares estuvieron expuestos en su Estado de origen o a los que estaría expuesta la persona en el Estado al que se prevé expulsarla constituyen un indicio de que la persona estaría en peligro de ser sometida a tortura si fuera expulsada a uno de esos Estados. Los Estados partes deben tener en cuenta ese indicio como elemento fundamental que justifica la aplicación del principio de no devolución⁷³.

Igualmente, en el plano regional, se incluye el derecho a la no devolución cuando haya razones para creer que la persona sería sometida a tortura y tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes en algunos instrumentos internacionales. Al respecto, cabe citar el artículo 13 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, el cual dispone que: “[n]o se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o *ad hoc* en el Estado requirente”⁷⁴.

⁷² Traducción libre. VON STERNBERG, Mark. “The evolving law of *non-refoulement* and its influence on the Convention Refugee definition”. *In defence of the alien*. 2001, Vol. 24, pp. 205-223.

⁷³ COMITÉ CONTRA LA TORTURA. Observación General N° 4 (2017), relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22. 4 de setiembre de 2018, párraf. 9.

⁷⁴ OEA. Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. Adoptada en Cartagena de Indias el 12 de setiembre de 1985 y entró en vigor el 2 de agosto de 1987.

A propósito de ello, y en concordancia con el artículo 5 de la CADH, la Corte IDH apuntó que:

“[...] a partir del artículo 5 de la Convención Americana, leído en conjunto con las obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección de los derechos humanos, se desprende el deber del Estado de no deportar, devolver, expulsar, extraditar o remover de otro modo a una persona que esté sujeta a su jurisdicción a otro Estado, o a un tercer Estado que no sea seguro, cuando exista presunción fundada para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.”⁷⁵

A nivel europeo, el CEDH regula la prohibición de tortura, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes en el artículo 3. A partir de dicha norma, en el reconocido *asunto Soering contra Reino Unido*, el TEDH interpretó que a pesar que el CEDH no contiene una disposición expresa de prohibición de no devolución, dicha prohibición está “already inherent in the general terms of article 3”.⁷⁶ Para ello, el Tribunal se refirió a un caso anterior, en virtud del cual se había determinado que “the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions”⁷⁷.

Adicionalmente, en virtud del artículo 7 del PIDCP, que consagra la prohibición de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 20 (1992), estipuló que los Estados Partes no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución⁷⁸. En donde, también se reafirmó que el artículo 7 no admite limitación alguna, es más, nada autoriza la suspensión de la cláusula del artículo 7, y las disposiciones de dicho artículo deben permanecer en vigor⁷⁹.

⁷⁵ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing contra Perú. Sentencia de excepción preliminar, fondo y reparaciones. 30 de junio del 2015, párraf. 127.

⁷⁶ TEDH. Asunto Soering contra Reino Unido. Demanda N° 14038/88. Sentencia de 7 de julio de 1989, párraf. 88.

⁷⁷ TEDH. Asunto Tyrer contra Reino Unido. Demanda N° 5856/72. Sentencia de 25 de abril de 1978.

⁷⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 20 (1992). Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 7). 20 de setiembre de 1992, párraf. 9.

⁷⁹ *Ibidem*, párraf. 3.

Ahora bien, a diferencia del principio de no devolución de los refugiados del artículo 33 de la Convención de 1951, el derecho a la no devolución causal no admite derogaciones ni excepciones. Actualmente, no existe dudas que el derecho a la no devolución en la CAT tiene una naturaleza absoluta, pues el Comité Contra la Tortura, en la Observación General N° 4 (2017), reconoció que “[e]s igualmente absoluto el principio de “no devolución” de personas a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estarían en peligro de ser sometidas a tortura”⁸⁰.

Recordemos que fue el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, en el caso *Furundžija*, en el que se reconoció que la prohibición de la tortura había adquirido el carácter de una norma de *ius cogens*, según el siguiente análisis:

“It should be noted that the prohibition of torture laid down in human rights treaties enshrines an absolute right, which can never be derogated from, not even in time of emergency (on this ground the prohibition also applies to situations of armed conflicts). This is linked to the fact, discussed below, that the prohibition on torture is a peremptory norm or *jus cogens*. This prohibition is so extensive that States are even barred by international law from expelling, returning or extraditing a person to another State where there are substantial grounds for believing that the person would be in danger of being subjected to torture”⁸¹

Cabe añadir que, de acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, algunos derechos del PIDCP son inderogables (de *ius cogens*), a los que en ningún caso cabe formular reservas dada su condición de normas perentorias. Uno de estos derechos es la prohibición de la tortura y la prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes⁸². En este sentido, el Comité contra la Tortura recuerda que, también la

⁸⁰ COMITÉ CONTRA LA TORTURA. Observación General N° 4 (2017). Óp. Cit., párraf. 28.

⁸¹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Furundžija*. Caso N° IT-95-17/1-T. Sentencia de 10 de diciembre de 1998, párraf. 144

⁸² COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 24. Sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto. 11 de noviembre de 1994, párraf. 10.

prohibición de los malos tratos tiene carácter absoluto⁸³. En el mismo sentido, el TEDH en el *asunto Saadi contra Italia*, resaltó que:

“Article 3, which prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, enshrines one of the fundamental values of democratic societies. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15, even in the event of a public emergency threatening the life of the nation. As the prohibition of torture and of inhuman or degrading treatment or punishment is absolute, irrespective of the victim’s conduct, the nature of the offence allegedly committed by the applicant is therefore irrelevant for the purposes of Article 3”⁸⁴.

En consecuencia, la naturaleza de *ius cogens* de la prohibición de tortura y de los tratos o penas, crueles, inhumanos o degradantes; se extiende al derecho a la no devolución en aquellos casos en donde haya razones fundadas para considerar que con la expulsión se expondría a la persona un riesgo real de ser sometida a tortura o tratos o penas, crueles, inhumanos o degradantes.⁸⁵ En palabras del Comité contra la Tortura, “es igualmente absoluto el principio de no devolución de personas a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estarían en peligro de ser sometidas a tortura”⁸⁶.

Ahora bien, otra diferencia entre el derecho a la no devolución causal con el principio de no devolución de los refugiados, es quizá la más evidente: el ámbito personal. En el principio de no devolución de los refugiados, los titulares son los refugiados y solicitantes de refugio de la Convención de 1951; mientras que, en el derecho a la no devolución causal, la titularidad recae en todos los individuos. Por este motivo, de acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, “la obligación de no extraditar, deportar o trasladar de algún otro modo prevista en el PIDCP es más amplia que el alcance del

⁸³ COMITÉ CONTRA LA TORTURA. Observación General N° 4 (2017). Óp. Cit., párraf. 8.

⁸⁴ TEDH. Asunto Saadi contra Italia. Demanda N° 37201/06. Sentencia de 28 de febrero de 2008, párraf. 127.

⁸⁵ Traducción libre. BRUIN, Rene y Kees WOUTERS. “Terrorism and the Non-derogability of *Non-Refoulement*”. *International Journal of Refugee Law*. 2003, Vol. 15, N° 1, pp. 6-29.

⁸⁶ COMITÉ CONTRA LA TORTURA. Observación General N° 4 (2017). Óp. Cit, párraf. 9.

principio de no devolución previsto en el DIR, pues puede exigir la protección de los extranjeros que no tienen derecho al estatuto de refugiado⁸⁷.

En esa línea, no sólo el ámbito personal difiere con el principio de no devolución de los refugiados, sino que en el derecho a la no devolución causal se deja de lado la consideración de que la amenaza responda a “el temor fundado de sufrir persecución”. Así, mientras que en el contexto de los refugiados, el principio de no devolución se sustenta en la amenaza de persecución por uno de los motivos prohibidos de la Convención de 1951; en el DIDH, el elemento esencial del derecho a la no devolución es que haya razones fundadas para creer que la persona sería sometida a tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Sobre los criterios para determinar este riesgo, nos ocuparemos en el punto 3 del capítulo 3. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que el Comité contra la Tortura, en la Observación General N° 1 (1997), sostuvo que “el Estado parte y el Comité están obligados a evaluar si hay razones fundadas para creer que el autor estaría en peligro de ser sometido a tortura si se procediese a su expulsión, devolución o extradición a otro Estado, el riesgo de tortura debe fundarse en razones que vayan más allá de la pura teoría o sospecha⁸⁸”.

Finalmente, ambos coinciden en relación al comportamiento prohibido. Al igual que en el principio de no devolución de los refugiados, en el artículo 3 de la CAT se prohíbe la “expulsión, la devolución y extradición”, es decir, implica una conducta amplia. A propósito, el Comité contra la Tortura, menciona que “el término “expulsión” abarca, sin que la enumeración sea exhaustiva, la expulsión propiamente dicha, la extradición,

⁸⁷ Traducción libre. COMITÉ DE LOS DERECHOS HUMANOS. General Comment N° 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life. CCPR/C/GC/26. 30 de octubre de 2018, párraf. 32.

⁸⁸ COMITÉ CONTRA LA TORTURA. Observación General N° 1. Aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención. 21 de noviembre de 1997.

la devolución por la fuerza, el traslado por la fuerza, la entrega, el rechazo en la frontera y la devolución “en caliente” (incluso en el mar) de una persona o de un grupo de personas de un Estado parte a otro Estado⁸⁹.

1.3. La naturaleza universalmente aceptada del principio de no devolución como una norma de derecho internacional consuetudinario

Actualmente, existe un consenso universal en el carácter consuetudinario del principio de no devolución⁹⁰; considerado, por ende, vinculante para todos los Estados, sean o no parte en la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967⁹¹. Incluso, se ha apuntado que “la práctica estatal antes de 1951 es, al menos, equívoca en cuanto a si, en ese año, el artículo 33 de la Convención reflejaba o cristalizaba una norma de derecho internacional consuetudinario. La práctica estatal desde entonces, sin embargo, es una evidencia persuasiva de la concretización de una regla consuetudinaria, incluso en ausencia de cualquier pronunciamiento judicial formal⁹²”.

Recordemos que, las normas consuetudinarias de alcance general, la jurisprudencia de la CIJ y la doctrina coinciden en que la existencia de la costumbre internacional requiere dos elementos: la práctica de los Estados (elemento material) y la *opinio juris* (elemento espiritual)⁹³. Los requisitos que debe reunir la práctica de los Estados para que se cristalice en costumbre, son: una aceptación general o universal (basta con la mayoría representativa), una práctica uniforme y una duración considerable⁹⁴.

⁸⁹ COMITÉ CONTRA LA TORTURA. Observación General N° 4 (2017). Óp. Cit., párraf. 4.

⁹⁰ Traducción libre. BERNHARDT, Rudolf y North-Holland (Coord.) Encyclopaedia of Public International Law. Amsterdam: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 1985, vol. 8, p. 456.

⁹¹ Ver también: ACNUR. Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, publicada el 26 de enero de 2007.

⁹² GOODWIN-GILL, Guy S. y Jane McAdam. Óp. Cit., pp. 204.

⁹³ MILLÁN MORO, Lucia. La *Opinio Juris* en el Derecho Internacional Contemporáneo. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 90. Los cuales se derivan de la sistematización hecha por el juez De Castro en su opinión individual en las sentencias de la CIJ de 1974 en los asuntos de las pesquerías.

Finalmente, la *opinio juris*, se refiere a la convicción de que la práctica se ha convertido en obligatoria por la existencia de una regla de derecho⁹⁵.

En 1994, el ACNUR analizó si el principio de no devolución se había convertido en una norma de derecho consuetudinario, basándose en evidencia concluyente a partir de la combinación de la práctica de los Estados y del reconocimiento de su carácter normativo. En esa oportunidad, el ACNUR concluyó que el principio de no devolución ha adquirido un carácter normativo y constituye una norma de derecho internacional consuetudinario.⁹⁶

Así, en cuanto a la práctica coherente y el reconocimiento general de la norma, el ACNUR considera que la incorporación del principio de no devolución en diversos instrumentos internacionales a los que se han suscrito un gran número de Estados es evidencia de una práctica coherente, dando al principio una importancia más allá de una mera obligación contractual limitada a un tratado particular⁹⁷. Ello puede corroborarse en el Cuadro N° 1 de la presente investigación, en donde recogemos las fuentes del principio de no devolución a nivel universal y regional.

Asimismo, se menciona la amplia práctica por los Estados de incorporar expresamente en su legislación interna tratados que recogen la no devolución, o de promulgar leyes más específicas que reflejan el principio directamente. De acuerdo a un estudio realizado en el 2003, alrededor de 80 estados habían promulgado leyes específicas sobre no devolución o habían incorporado expresamente la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 en su legislación interna⁹⁸.

⁹⁵ *Ibidem*, pp.148. La autora extrae este concepto de la sentencia de la CIJ de 1969 sobre los asuntos de la plataforma continental del Mar del Norte.

⁹⁶ Traducción libre. ACNUR. The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93. Publicada el 31 enero de 1994.

⁹⁷ *Ibidem*, párraf. 8.

⁹⁸ SIRELIHULAUTER, Pacht y Daniel BETHLEHEM. Óp. Cit., pp. 164.

Como soporte de la *opinio juris*, se han resaltado las innumerables conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR, el cual es un cuerpo compuesto por los representantes de Estados que tienen “un demostrado interés en, y devoción a la solución del problema de los refugiados”⁹⁹. Además, en el 2001, con motivo del 50º aniversario de la Convención de 1951, en la “Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967”, los Estados reconocieron que la aplicabilidad del principio de no devolución se centra en el derecho consuetudinario internacional.¹⁰⁰ Igualmente, en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes, adoptada por la AG de la ONU el 2016, los Estados reafirmaron el respeto y el cumplimiento del principio fundamental de no devolución¹⁰¹.

Por ejemplo, prueba de lo anterior es que, en Indonesia, un Estado no parte de la Convención de 1951, se emitió una Directiva que “prohibits refoulement by Indonesian immigration officials, stating that ‘deportation to a country where [the] life or freedom of an asylum seeker or a refugee may be threatened shall not be taken’”¹⁰². Asimismo, un Tribunal en Hong Kong determinó la aplicación de este principio, a pesar que la República Popular China no es parte de la Convención de 1951. En dicho caso, el Tribunal argumentó la aplicación de este principio, considerando que:

“Hong Kong constitutional law arguably contains an implicit right to non-*refoulement* that reflects the provisions in international human rights instruments and the broad principle in customary international law discussed above. Its content includes, at least, *non-refoulement* to torture, cruel, inhuman, degrading treatment or punishment and violations of other fundamental rights – especially those which are non-derogable – including the arbitrary deprivation of life [...]”¹⁰³.

⁹⁹ Ibidem, pp. 165.

¹⁰⁰ Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Adoptada el 13 de diciembre 2001 en Ginebra en la Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.

¹⁰¹ ONU. Asamblea General. Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes. A/RES/71/1. Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de septiembre de 2016.

¹⁰² Directive from the Director-General of Immigration of 2002 on Procedures Regarding Aliens Expressing Their Desire to Seek Asylum or Refugee Status N° F-IL.01.10-1297. 30 de setiembre de 2002. Para un mayor análisis, ver: FEITH TAN, Nikolas. “The Status of Asylum Seekers and refugees in Indonesia”. *International Journal of Refugee Law*. 2016, Vol. 28, n° 3, pp. 365-383.

¹⁰³ LOPER, Kelley. “Human Rights, *Non-refoulement* and the Protection of Refugees in Hong Kong”. *International Journal of Refugee Law*, 2010, Vol 22, N° 3.

Finalmente, cabe agregar que, la naturaleza consuetudinaria del principio de no devolución abarca no sólo al principio de no devolución de los refugiados, sino también al derecho a la no devolución causal¹⁰⁴. Esta conclusión se deduce de la naturaleza consuetudinaria de la prohibición de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, reconocida por el Comité de Derechos Humanos¹⁰⁵. Así, toda vez que, esta prohibición incluye implícitamente el derecho a la no devolución, la naturaleza como norma consuetudinaria, se extiende a este derecho cuando se exponga al individuo a un riesgo de ser sometido a tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹⁰⁶.

1.4. La controversial naturaleza jurídica del principio de no devolución como una norma de *ius cogens*

Un sector de la doctrina¹⁰⁷ se inclina a considerar que el principio de no devolución ha adquirido el estatus de una norma de *ius cogens*, es decir, es una norma imperativa del DI que no admite derogaciones. Como respaldo de esta postura, Allain valoró: (i) las constantes menciones sobre el principio de no devolución hechas por los representantes de los Estados en el Comité Ejecutivo del ACNUR, quienes a su parecer han concluido que el principio de no devolución es una norma de *ius cogens*¹⁰⁸; (ii) la práctica de los Estados que ha surgido en América Latina sobre la

¹⁰⁴ FEITH TAN, Nikolas. Óp. Cit., pp. 372. SIRELIHULAUTER, Pacht y Daniel BETHLEHEM. Óp. Cit., pp. 167-168.

¹⁰⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 24. Sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto. Óp. Cit., párraf. 8.

¹⁰⁶ Traducción libre. WET, Erika. "The prohibition of Torture as an international norm of *ius cogens* and its implications for national and customary law". *European Journal of International Law*. 2004, N° 15, pp. 97-121.

¹⁰⁷ Traducción libre. ALLAIN, Jean. "The *ius cogens* Nature of *non-refoulement*". *International Journal of Law*. 2002, Vol 13, N° 4. GOODWIN-GIL, Guy S. "International Law and the Detention of Refugees and Asylum Seekers". *International Migration Review*, vol XX, N° 2. Nueva York, 1986. GALINSOGA, Albert. "El estatuto de los refugiados en el derecho internacional contemporáneo". *Refugiados: Derecho y Solidaridad*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1989. GROS ESPIELL, Héctor. "Análisis jurídico comparativo de las legislaciones sobre asilo en América Latina y los instrumentos internacionales y regionales". INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Estudios básicos de derechos humanos*. 1996: Costa Rica

¹⁰⁸ Traducción libre. ALLAIN, Jean. Óp. Cit., pp. 539. Este autor, considera que la primera mención del principio de no devolución como *ius cogens* se dio en la Conclusión N° 25 de 1982 del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, donde los Estados miembros determinaron que el principio de no devolución "ha ido adquiriendo el carácter de una norma imperativa de derecho internacional". Asimismo, en 1996 dicho Comité Ejecutivo concluyó que "el principio de no devolución no está sujeto a excepción".

base de la Declaración de Cartagena de 1984¹⁰⁹; y, (iii) los incrementos en las violaciones al principio de no devolución, siguiendo la lógica de la jurisprudencia de la CIJ, pueden servir para fortalecer la norma de no devolución¹¹⁰.

En el DI existe una discusión acerca de la existencia de una jerarquía de normas, es así como el artículo 38 del Estatuto de la CIJ¹¹¹ se presenta como un reflejo de esta falta de jerarquía entre las principales fuentes del ordenamiento internacional¹¹². Dicha jerarquía giraría en torno al artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, las normas imperativas (*ius cogens*) y las obligaciones *erga omnes*¹¹³. No ocuparemos aquí de las las normas de *ius cogens*, las cuales se definen en el artículo 53 de la CVDT, como:

“[...] una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

De acuerdo con este artículo, en el segundo informe de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU sobre el *ius cogens* presentado por Tadli, se establecieron los elementos básicos de las normas de *ius cogens*: (1) esta debe ser una norma de DI general y (2) debe estar aceptada y reconocida como norma que no admite acuerdo en contrario (inderogable)¹¹⁴. Además, en su primer informe, Tadli sostuvo que de la práctica y la doctrina, se aceptan generalmente como elementos descriptivos del *ius cogens*, que: (3) las normas de *ius cogens* son de aplicación universal, (4) las normas

¹⁰⁹ *Ibidem*. Podemos agregar que los Estados de Latinoamérica han reconocido expresamente dicha naturaleza al principio de no devolución, mediante la Conclusión Quinta de la Declaración de Cartagena, en la Declaración y Plan de Acción de México de 2004; y, en la Declaración y Plan Acción de Brasil del 2014.

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 541.

¹¹¹ Artículo 38: 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59 [...].

¹¹² REYES MILK, Michelle. El principio de inmunidad de los jefes de Estado en actividad frente a la comisión de crímenes internacionales. Tesis para obtener el Título profesional de Abogada. Lima: 2009, Facultad de Derecho de la PUCP.

¹¹³ ONU. Comisión de Derecho Internacional. Informe del Grupo de Estudio. “Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”. Doc. A/CN.4/I.682. 13 de abril de 2006.

¹¹⁴ ONU. Asamblea General. Comisión de Derecho Internacional. Segundo informe sobre el *ius cogens*. A/CN.4/706. Preparado por Dire Tladi, Relator Especial. 16 de marzo de 2017.

de *ius cogens* son superiores a otras normas del DI, (5) las normas de *ius cogens* sirven para amparar valores fundamentales de la comunidad internacional, lo que muchas veces se denomina el orden público u orden público internacional¹¹⁵.

En relación con el primer elemento básico, Tadli concluyó que éste supone que el surgimiento de las normas de *ius cogens* es un proceso que tiene dos etapas: la creación de una norma “ordinaria” de DI general y la “elevación” de esa norma al rango de *ius cogens*¹¹⁶. En este punto, cabe precisar que según Tadli, las normas de DI consuetudinario y los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, son fuentes del DI general¹¹⁷. Por tanto, la expresión “DI general” abarca, además del DI consuetudinario, los principios generales del derecho¹¹⁸. Mientras que, si bien las disposiciones de los tratados no constituyen, en sí, normas de DI general capaces de ser fuente de normas de *ius cogens*, pueden reflejar normas de DI general que pueden alcanzar el rango de *ius cogens*¹¹⁹.

En cuanto al segundo elemento básico, este es un requisito compuesto. El requisito incluye la aceptación y el reconocimiento. Pero, este requisito de “aceptación y reconocimiento” consta de otros elementos, a saber: a) “la comunidad internacional de Estados en su conjunto” y b) “que no admite acuerdo en contrario”¹²⁰. Estos dos requisitos, indican lo que se debería demostrar como “aceptado y reconocido” por la comunidad internacional de Estados en su conjunto¹²¹. Vidmar y Wet apuntaron que la exigencia de la aceptación y el reconocimiento implica una “doble aceptación”, ya que

¹¹⁵ ONU. Asamblea General. Comisión de Derecho Internacional. Primer informe sobre el *jus cogens*. A/CN.4/693. Preparado por Dire Tladi, Relator Especial. 8 de marzo de 2016.

¹¹⁶ ONU. Asamblea General. Comisión de Derecho Internacional. Segundo informe sobre el *ius cogens*. Óp. Cit., párraf. 40.

¹¹⁷ *Ibidem*, párraf. 47 y 48.

¹¹⁸ *Ibidem*, párraf. 52.

¹¹⁹ *Ibidem*, párraf. 59.

¹²⁰ *Ibidem*, párraf. 63.

¹²¹ *Ibidem*, párraf. 64.

esa norma primero tendría que ser aceptada como una norma “ordinaria” de DI y posteriormente como una norma imperativa de DI¹²². Ante ello, Tadli precisó que:

“[...] En la primera aceptación, la norma es aceptada como norma de derecho internacional, bien por medio de la “aceptación como derecho” (*opinio iuris sive necessitatis*) para el derecho internacional consuetudinario o el reconocimiento “por las naciones civilizadas” para los principios generales del derecho. La segunda aceptación es la aceptación de las cualidades especiales de esa norma como norma general del derecho internacional, a saber, la inderogabilidad. Esta última aceptación ha sido denominada *opinio iuris cogentis*. Lo que es más importante, de conformidad con el debate que figura anteriormente sobre las consecuencias de la expresión “en su conjunto”, esta doble aceptación no exige la “aceptación” o el “consentimiento” de los Estados a título individual, sino, más bien, exige que la comunidad internacional de Estados en su conjunto, o colectivamente, asuma la inderogabilidad de la norma en cuestión”¹²³.

En el mismo sentido, Reyes señaló que la *opinio juris* en las normas de *ius cogens* tiene una naturaleza particular¹²⁴, ya que, según Reuter “[p]eu importe l’extension de la pratique; c’est une opinio juris présentant un caractère particulier qui seule compte: il s’agirait de la conviction que la règle en question présent un caractère absolu”¹²⁵. Precisamente, sobre el carácter absoluto e incondicional de las normas de *ius cogens*, Orakhelashvili escribe que éste es una característica inherente a estas normas, pues:

“Since *ius cogens* protects the community interest, respective absolute obligations are imposed on States towards the international community as a whole and not to individual States. Peremptory rules, as rules serving superior interests, operate in an imperative manner in virtually all circumstances. Reciprocity is not admitted. [...] The absolute character of a peremptory norm relates not to its scope, but its normative quality. [...] peremptory norms apply despite any conflicting circumstance external to a norm in question, such as the conduct or the will and attitude of the actors involved”¹²⁶

¹²² DE WET, Erika. “Jus cogens and obligations erga omnes”. *Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Dinah SHELTON (Edit.). Oxford: 2013, Oxford University Press, 2013, pp. 542. VIDMAR, Jure. “Norm conflicts and hierarchy in international law: towards a vertical international legal system?” *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*. Erika DE WET y Jure VIDMAR (Eds.). Oxford: 2011, Oxford Scholarship Online, pp. 25.

¹²³ ONU. Asamblea General. Comisión de Derecho Internacional. Segundo informe sobre el *ius cogens*. Óp. Cit., párraf. 77. En el mismo sentido: GASTORN, Kennedy. “Defining the imprecise contours of *ius cogens* in International Law”. *Chinese Journal of International Law*. 2017, Vol. 16, Nº 4, pp. 643–662.

¹²⁴ REYES MILK, Michelle. Óp. Cit., pp. 366.

¹²⁵ SALMÓN, Jean. (Dir.) *Dictionnaire de Droit International Public*. Bruselas: Bruylant, 2001. Citando a: REUTER, Paul. *Droit des traités*. 1971, pp. 139.

¹²⁶ ORAKHELASHVILI, Alexander. *Peremptory norms in International Law*. Oxford: 2008, Oxford University Press, pp. 68 y 69.

Por otro lado, a efectos de nuestro análisis, es importante precisar que el elemento de la inderogabilidad de las normas de *ius cogens*, según Tadli, cumple una doble función. En primer lugar, es una consecuencia de la imperatividad y es un elemento importante de la naturaleza del *ius cogens*.¹²⁷ Esta consecuencia es lo que distingue a las normas de *ius cogens* de la mayoría de las demás normas de DI, es decir, del *ius dispositivum*.¹²⁸ Precisamente, en relación al significado de derogabilidad, Hameed menciona que:

“Derogation has different meanings. In the human rights treaty context, derogation typically refers to a factual situation – e.g. a public emergency threatening the life of the nation – justifying a temporary and partial suspension of the treaty provision by the state in question. This suspension is also subject to strict and continuing control under the treaty regime. But in the jus cogens context, derogation is generally understood to refer to legal acts or rules which depart partially or fully from the requirements of a jus cogens rule”¹²⁹.

Bajo estas consideraciones, a fin de verificar que el principio de no devolución es una norma de *ius cogens*, se tiene que examinar los elementos básicos de estas normas establecidos en el artículo 53 de la CVDT e interpretados por el relator especial en sus recientes informes sobre el *ius cogens*; es decir, si es una norma de DI general y está aceptada y reconocida como norma que no admite acuerdo en contrario (inderogable).

De acuerdo con la evidencia mostrada en el estudio realizado por Allain, y por lo analizado en el apartado anterior, el principio de no devolución cumple con los elementos para ser reconocido como una norma de derecho consuetudinario general¹³⁰. En consecuencia, el principio de no devolución es que es una norma de DI general y cumpliría el primer elemento de las normas de *ius cogens*. No obstante, es el segundo elemento básico de una norma de *ius cogens*, el que genera que considere

¹²⁷ ONU. Asamblea General. Comisión de Derecho Internacional. Primer informe sobre el *ius cogens*. Óp. Cit., párraf. 62

¹²⁸ ONU. Asamblea General. Comisión de Derecho Internacional. Segundo informe sobre el *ius cogens*. Óp. Cit., párraf. 73.

¹²⁹ HAMEED, Asif. “Unravelling the mystery of *ius cogens* in International Law”. *The British Yearbook of International Law*. 2014, Vol. 84, Nº 1, pp. 52-102.

¹³⁰ ALLAIN, Jean. Óp. Cit., pp. 538, 539 y 540.

que el principio de no devolución no ha adquirido la naturaleza de una norma de *ius cogens*.

En principio, quizá la falencia del estudio de Allain (quien concluyó afirmando que el principio de no devolución es una norma de *ius cogens*), radica en que, según este autor, para determinar la naturaleza de *ius cogens* del principio de no devolución, “one must investigate its introduction into the *corpus juris gentium* via customary law”¹³¹. Sin embargo, como se ha expuesto, las normas de derecho consuetudinario pueden ser fuentes de normas de *ius cogens*, siempre que, además, se establezca la *opinio iuris cogentis*, es decir, que la comunidad internacional acepte y reconozca la inderogabilidad de la norma.

Precisamente, en el caso del principio de no devolución no existe la *opinio iuris cogentis*; en tanto que, este principio admite su derogación, es decir, la comunidad internacional (en este caso nos referimos a los Estados) no ha aceptado y reconocido que sea un principio absoluto. Por un lado, en el DIR, la Convención de 1951, en su artículo 33(2) estipula que: “[n]o podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”. Frente a ello, L'Hannkainen apuntó que “as Art. 33(2) CSR51 provides the possibility of an exception, the norm of *non-refoulement* can never attain the status of *ius cogens* because the possibility of derogation is built in”¹³².

Adicionalmente, tomemos en consideración que, incluso en la CADH el derecho a la no devolución puede suspenderse, según el artículo 27(1), en caso de guerra, de

¹³¹ *Ibidem*, pp. 538.

¹³² HANNKAINEN, Lauri. “Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status”. Helsinki: 1988, Lakimiesliiton Kustannus, Finnish Lawyers’ Publishing Company.

peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte. Es más, a nivel de las normas comunitarias europeas, en la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, se estipula que los Estados miembros respetarán el principio de no devolución con arreglo a sus obligaciones internacionales, salvo cuando:

“[...] a) existen motivos razonables para considerar que dicha persona constituye un peligro para la seguridad del Estado miembro en el que se encuentra, o b) habiendo sido condenado por sentencia firme por un delito de especial gravedad, constituye un peligro para la comunidad de dicho Estado miembro [...]”¹³³

Todo lo mencionado es muy importante, ya que, según Tadi, los tratados son unos de los materiales pertinentes para determinar la aceptación y el reconocimiento de la inderogabilidad¹³⁴. En ese sentido, tanto la Convención de 1951 como la CADH son instrumentos internacionales vinculantes. Es más, la Convención de 1951 tiene un alcance universal, pues, de acuerdo con el ACNUR, cuenta con 145 Estados parte y su Protocolo de 1967 cuenta con 146 Estados parte. De esta manera, toda vez que, el carácter y el rango de las normas de *ius cogens* vienen definidos por su inderogabilidad¹³⁵, el principio de no devolución no ha adquirido este rango, salvo en el caso del derecho a la no devolución causal.

De lo visto hasta aquí, observo que la protección que ofrece el derecho a la no devolución causal ha evolucionado notoriamente en comparación con la protección del principio de no devolución de los refugiados, en la medida que se han superado algunas limitaciones de este último, como el alcance personal y la necesidad de recurrir a la persecución por los motivos prohibidos. Sin embargo, existen algunas

¹³³ UE. Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, artículo 21.

¹³⁴ ONU. Asamblea General. Comisión de Derecho Internacional. Segundo informe sobre el *ius cogens*. Óp. Cit., párraf. 82.

¹³⁵ ONU. Asamblea General. Comisión de Derecho Internacional. Tercer informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). A/CN.4/714. Presentado por Dire Tladi, Relator Especial. 12 de febrero de 2018.

limitaciones que ambos mantienen. Por mencionar alguna, la protección se limita a algunos derechos humanos, como la vida, la libertad y la prohibición contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. En ese sentido, en la siguientes páginas examinaremos el derecho a la no devolución ampliado, que se deduce del proceso que hemos denominado “la regionalización del principio de no devolución”.

2. LA AMPLIACIÓN DEL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN: EL APOORTE DE LAS REGIONES EUROPEA Y LATINOAMERICANA

La evolución de la protección internacional de los refugiados refleja que los sistemas regionales de protección de los derechos humanos han tenido una participación activa en materia de protección de refugiados, como puede verse en los instrumentos internacionales regionales, en las declaraciones que existen sobre la materia y en la jurisprudencia de sus principales órganos jurisdiccionales. A nivel de la prohibición de devolución se ha avanzado notablemente. Por este motivo, nos ocuparemos de conocer los principales aportes de las regiones europea y latinoamericana; a fin de identificar los componentes del derecho a la no devolución ampliado.

2.1. Del principio al derecho a la no devolución: El derecho humano autónomo a la no devolución

En el SIDH, el principio de no devolución ha alcanzado la categoría de derecho humano autónomo, consagrado expresamente en el artículo 22(8) de la CADH; cuyo texto prescribe que en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

A partir de esta norma, tanto la CIDH¹³⁶ como la Corte IDH¹³⁷, han concluido que el principio de no devolución, en el SIDH, además de ser una norma consuetudinaria, es un derecho humano autónomo. De los pronunciamientos en los que la Corte IDH ha tenido la oportunidad de abordar el contenido y naturaleza del derecho a la no devolución, ha sido en el *caso de la familia Pacheco Tineo contra Bolivia*, en donde concluyó la existencia de un derecho humano a la no devolución, bajo los siguientes términos:

“[...] si se complementan las normas anteriores con el corpus juris internacional aplicable a las personas migrantes, es posible considerar que *en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución* indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre”¹³⁸.

En relación a la inclusión del artículo 22(8) en el proceso de elaboración de CADH, la CIDH escuchó la exposición del Secretario Técnico de la Conferencia, quien transmitió la solicitud del ACNUR, de incorporar al texto del artículo “el derecho del refugiado a no ser, en ningún caso, expulsado o devuelto a otro país donde su derecho a la vida o a la libertad personal peligran a causa de su raza, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por razón de su situación política. De esta manera, el numeral 8 del artículo 22, representa la consagración regional del principio de no devolución”¹³⁹, como un derecho humano.

Pues bien, en el marco de la CADH, entonces, se consagró este derecho a la no devolución como un derecho humano autónomo, que no sólo es un componente exclusivo de la protección internacional de refugiados, sino también forma parte de la protección de la persona en materia de derechos humanos. Así, la Corte IDH, en su

¹³⁶ Cursivas añadidas. CIDH. Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de Refugiado. OEA/Ser.L/V/II.106. 28 de febrero de 2000.

¹³⁷ Corte IDH. Caso familia Pacheco Tineo contra Bolivia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 25 de noviembre de 2013.

¹³⁸ *Ibidem*, párraf. 135.

¹³⁹ RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. “El Derecho Internacional de los Refugiados: Desarrollos en América Latina y sus Perspectivas en el Nuevo Milenio”. *Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. 1999, N° 29, pp. 101-122.

reciente Opinión Consultiva OC-25/18, estableció el alcance amplio de este derecho, al señalar que es:

“[...] concepto autónomo y englobante, puede abarcar diversas conductas estatales que impliquen poner a la persona en manos de un Estado en donde su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometida a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviada a uno en el cual pueda correr dichos riesgos (devolución indirecta)[...]”¹⁴⁰

Por otro lado, la autonomía de este derecho del DIR se invadencia, de acuerdo con la Corte IDH, ya que no sólo es fundamental para garantizar el derecho de refugio, sino también como garantía de diversos derechos humanos inderogables, ya que es una medida cuyo fin es preservar la vida, la libertad o la integridad de la persona protegida¹⁴¹.

Además, se refleja en que en la CADH asume una expresión singular, siendo un derecho más amplio en su sentido y alcance que el que opera en la aplicación del DIR, de manera que, ofrece una protección complementaria para extranjeros que no son solicitantes de refugio o refugiados en casos en que su derecho a la vida o libertad se encuentre amenazado por los motivos enlistados¹⁴². Precisamente, a continuación analizaremos este alcance personal amplio de este derecho.

2.2. La ampliación del ámbito personal del derecho a la no devolución: Todos los extranjeros como titulares del derecho a la no devolución

¹⁴⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). 30 de mayo de 2018, párraf. 190.

¹⁴¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18. Óp. Cit., párraf. 180. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit., párrafs. 211 y 224 - 227.

¹⁴² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18. Óp. Cit., párraf. 186.

Conforme con el texto de la Convención de 1951, la titularidad del principio de no devolución de los refugiados recae en la categoría de refugiados por persecución o en los solicitantes de refugio. Al respecto, es significativo el aporte que nuestra región ha realizado a la inclusión de otras categorías de individuos como sujetos pasibles de ejercer la titularidad de este derecho, en virtud del artículo 22(8) de la CADH.

Así, el artículo 22(8) de la CADH inicia señalando que “[e]n ningún caso el extranjero [...]”. A partir de ello, es evidente que derecho a la no devolución tiene un alcance más amplio que en la Convención de 1951, puesto que la titularidad de este derecho se extiende al extranjero y no únicamente al refugiado. Por esta razón, la CIDH como la Corte IDH han reconocido que la protección emergente del derecho a la no devolución de la CADH se aplica a todos los extranjeros, con independencia de su situación en el Estado de acogida. Particularmente, en el caso *familia Pacheco Tineo contra Bolivia*, la Corte IDH señaló que:

“[...]la protección del principio de no devolución establecido en la disposición bajo análisis de la Convención Americana alcanza, en consecuencia, **a toda persona extranjera y no sólo a una categoría específica dentro de los extranjeros**, como sería los solicitantes de asilo y refugiados. A esta conclusión se llega a partir de una interpretación literal de los términos del artículo.”¹⁴³. (Resaltado añadido)

A efectos de ahondar en el término “extranjeros”, la Corte IDH opta por una interpretación amplia, pues es de la opinión que, el término “extranjero” incluido en el artículo 22(8), debe entenderse como toda persona¹⁴⁴, que no sea nacional del Estado en cuestión o que no sea considerada como nacional suyo por el Estado conforme a su legislación.¹⁴⁵ De esta manera, en el SIDH este derecho protege, por mencionar algunos, a los: refugiados según los términos de la Convención de 1951, refugiados según la definición de la Declaración de Cartagena de 1984, solicitantes de refugio de

¹⁴³ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo contra Bolivia. Óp. Cit., párraf. 135.

¹⁴⁴ Esto es, todo ser humano en los términos el artículo 1.2 de la CADH.

¹⁴⁵ Ver en este mismo sentido: CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe del Secretario General. Los derechos humanos y la privación arbitraria de la nacionalidad. UN Doc. A/HRC/25/28. 19 de diciembre de 2013.

la Convención de 1951 y de la Declaración de Cartagena de 1984, todos los migrantes, aquellos que quieran hacer valer su derecho a buscar y recibir refugio y se encuentren ya sea en la frontera o crucen la misma sin ser admitidos formal o legalmente en el territorio del país¹⁴⁶; y, las personas que cumplen las condiciones básicas para su reconocimiento como refugiados, pero están excluidas de la protección mediante el estatuto del refugiado por estar inmersas en alguna cláusula de exclusión o cesación de acuerdo a la Convención de 1951¹⁴⁷.

Por su parte, a nivel europeo, las normas que consagran el derecho a la no devolución (nos referimos al artículo 3 del CEDH y al artículo 19(2) de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE), no comparten la misma redacción que el artículo 22(8) de la CADH; sin embargo, de una lectura de las mismas y del aporte del TEDH podríamos concluir que también incluyen en la protección contra la devolución a diversas categorías de sujetos.

En efecto, el artículo 19(2) de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE menciona que “[n]adie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”. Nótese que la prohibición bajo esta norma, interpretada literalmente, beneficia a cualquier individuo, no sólo a refugiados o solicitantes de refugio, pues se consigna la palabra “nadie”, a fin de referirse al sujeto que puede ser devuelto, expulsado o extraditado.

En el mismo sentido, se considera que la prohibición de devolución cuando haya riesgo de tortura, trato o penas crueles, inhumanas o degradantes contenida en el artículo 3 del CEDH, se aplican a todos, no solo a quienes cumplen con la definición

¹⁴⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit. 210.

¹⁴⁷ O'DONNELL, Daniel. Protección Internacional de los Derechos Humanos. 1988. Lima: Comisión Andina de Juristas.

de "refugiado" de la Convención de 1951¹⁴⁸. De este modo, la titularidad del derecho a la no devolución en el ámbito europeo, también, tiene un sentido más amplio que el de la Convención de 1951, pues puede beneficiar a todos los individuos que se hallen en la situación de riesgo descrita en los instrumentos convencionales.

En un sentido similar, en el continente africano, en la Convención de la OUA de 1969, artículo 2(3), se contempla el derecho a la no devolución en los siguientes términos: “[n]inguna persona será sometida por un Estado miembro a medidas tales como la negativa de admisión en la frontera, la devolución o la expulsión que la obligarían a regresar o a permanecer en un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas por las razones enumeradas en los párrafos 1 y 2 del artículo 1”. De esta manera, en este continente, también la no devolución beneficia a todos los individuos, sin distinciones.

Notamos aquí, que existe una coincidencia con el derecho a la no devolución causal estudiado en la primera parte del presente capítulo, con el derecho a la no devolución ampliado. En ambos casos, el aspecto personal involucra a todos los individuos. Así, tanto en la CAT, en la CADH, en el CEDH, en la Carta de Derechos Fundamentales Europea, en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, y en la Convención de la OUA de 1969 se contempla una protección contra las devoluciones sin alguna restricción vinculada a la categoría jurídica a la que pertenece el sujeto que se protege.

Cabe resaltar que este avance se evidencia en el Proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros propuesto por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU¹⁴⁹. En el artículo 6(b) de este proyecto, se contempla el principio de no

¹⁴⁸ Traducción libre. DUFFY, Aoife. “Expulsion to Face Torture? *Non-refoulement* in International Law”. *International Journal of Refugee Law*, 2008, Vol. 20.

¹⁴⁹ ONU. Asamblea General. Resolución A/RES/69/119. Aprobada el 10 de diciembre de 2014.

devolución de los refugiados, manteniendo los términos del artículo 33 de la Convención de 1951. Además, en la tercera parte, referente a los derechos de los extranjeros objeto de expulsión, en el artículo 23, se recoge la obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida estaría amenazada; y, en el artículo 24, la obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

2.3. La ampliación del ámbito objetivo del derecho a la no devolución: Del riesgo de persecución al riesgo y causas ampliadas

El principio de no devolución de los refugiados se aplica únicamente cuando la vida o libertad del refugiado o solicitante de refugio peligra. Al respecto, en las regiones, a través de distintos instrumentos convencionales y de una serie de fallos de sus órganos jurisdiccionales, han ampliado los riesgos que activan el ámbito de aplicación del derecho a la no devolución al: (a) riesgo al derecho a la salud; (b) riesgo a otros DESC; y, (c) el riesgo que responde a otras causas.

- a. Riesgo al derecho a la salud. A nivel de la normativa comunitaria europea, se ha incorporado la valoración del riesgo a la salud en el Estado de destino cuando se decida efectuar el retorno del extranjero, incluso pudiendo aplazarse la expulsión. Tal como se deduce de los artículos 5¹⁵⁰ y 9¹⁵¹ de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de

¹⁵⁰ Artículo 5 de la Directiva 2008/115/CE: Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta: a) el interés superior del niño, b) la vida familiar, c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y respetarán el principio de no devolución.

¹⁵¹ Artículo 9 de la Directiva 2008/115/CE: 1. Los Estados miembros aplazarán la expulsión: a) cuando ésta vulnere el principio de no devolución, o b) mientras se le otorgue efecto suspensivo de acuerdo con el artículo 13, apartado 2. 2. Los Estados miembros podrán aplazar la expulsión durante un período oportuno de tiempo, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso concreto. En particular, los Estados miembros tendrán en cuenta: a) el estado físico o la capacidad mental del nacional de un tercer país; b) razones técnicas, tales como la falta de capacidad de transporte o la imposibilidad de ejecutar la expulsión debido a la falta de identificación. 3. Si se aplaza una expulsión, tal y como se establece en los apartados 1 y 2, podrán imponerse las obligaciones establecidas en el artículo 7, apartado 3, al nacional de un tercer país de que se trate.

2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

Sobre ello, el TEDH en el *asunto N. contra Reino Unido* del 2008¹⁵², analizó la legalidad de la propuesta de expulsión por parte del Reino Unido de una paciente con VIH sin considerar que el acceso a un tratamiento médico adecuado era incierto en su Estado de origen. En este caso, la demandante, quien residía en Londres, alegó que si era expulsada a Uganda no tendría acceso al tratamiento médico que requiere, lo que implicaría una violación de los artículos 3 y 8 del CEDH. La parte más resaltante de esta decisión es que el TEDH sintetizó los principios que se desprendían de su jurisprudencia en materia de expulsión de personas en grave estado de salud.

Así, el TEDH determinó que cabe la protección de la expulsión de las personas que aleguen un riesgo a su derecho a la salud en el Estado de destino sólo cuando ocurran ciertas circunstancias excepcionales, en caso contrario se estaría desnaturalizando la protección del artículo 3 del CEDH. A la letra, se señala que:

“La decisión de expulsar a un extranjero aquejado de una enfermedad física o mental grave a un país en el que los medios para tratar esta enfermedad son inferiores a los disponibles en el Estado contratante, puede plantear una cuestión desde el punto de vista del artículo 3, pero solamente en casos muy excepcionales, cuando las consideraciones humanitarias que militan a favor de la no expulsión son imperiosas. En el asunto D. contra Reino Unido, las circunstancias muy excepcionales se referían al hecho de que el demandante estaba gravemente enfermo y su muerte parecía próxima, no era seguro que pudiese recibir la asistencia médica o ambulatoria en su país de origen y no tenía allí ningún familiar cercano que quisiese o pudiese ocuparse de él u ofrecerle al menos un techo o un mínimo de sustento o apoyo social”¹⁵³.

¹⁵² TEDH. Asunto N contra Reino Unido. Demanda N° 26565/05. Sentencia de 27 de mayo de 2008.

¹⁵³ TEDH Asunto N. contra Reino Unido, párraf. 42.

También, en la jurisprudencia del TEDH encontramos que éste órgano analizó una medida de extradición que involucraba una persona con una grave discapacidad mental, en el *asunto Aswat contra Reino Unido*. En este caso, el TEDH consideró que la extradición de esta persona con discapacidad mental a EE.UU. vulneraría el artículo 3 del CEDH. En principio, una vez que valoró la evidencia médica, concluyó que:

“The medical evidence in the present case indicates that the applicant is suffering from an enduring mental disorder, namely paranoid schizophrenia, which has been characterised by auditory hallucinations, thought disorder, delusions of reference, grandeur and guarded and suspicious behaviour [...] Mental Health a Consultant Forensic Psychiatrist stated that if he were to be returned to prison, his compliance with medication would be uncertain, particularly in the medium to long term, and this would likely lead to a relapse. The Tribunal subsequently concluded that detention and treatment in a medical hospital were necessary for the applicant’s own health and safety”¹⁵⁴.

Bajo estas consideraciones, el TEDH estipula que para que la extradición del demandante sea contraria al artículo 3 del CEDH, depende en gran medida de las condiciones en las que lo detendrían y de los servicios médicos que se pondrían a su disposición. Por ello, en este asunto, el TEDH concluyó que “there is a real risk that the applicant’s extradition to a different country and to a different, and potentially more hostile, prison environment would result in a significant deterioration in his mental and physical health and that such a deterioration would be capable of reaching the Article 3 threshold”¹⁵⁵.

En un sentido similar, la CIDH¹⁵⁶ y la Corte IDH¹⁵⁷ han conocido casos en donde se discutía la expulsión de extranjeros en grave estado de salud. El criterio de la

¹⁵⁴ TEDH. Asunto Aswat contra Reino Unido. Demanda N° 17299/12. Sentencia de 9 de setiembre de 2013, párraf. 51.

¹⁵⁵ *Ibidem*, párraf. 57.

¹⁵⁶ CIDH. Caso Andrea Mortlock contra Estados Unidos. Informe de admisibilidad y fondo N° 63/08. 25 de julio de 2008, párr. 94: “En esas circunstancias, la Comisión concluye que enviar conscientemente a Andrea Mortlock a Jamaica, a sabiendas de su actual régimen de atención médica y del insuficiente acceso en el país receptor a servicios similares de salud para los portadores de VIH/SIDA, sería violatorio de sus derechos y constituiría una sentencia de facto a un

Corte IDH a fin de establecer cuándo la expulsión o devolución de una persona en grave estado de salud podría considerarse violatoria de las obligaciones internacionales, es similar al esbozado por el TEDH. Precisamente, para la Corte IDH el derecho a la no devolución se aplicará dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, en casos en que dicha medida redunde en la afectación o el deterioro grave de la salud de la misma o, incluso, cuando pueda derivar en su muerte¹⁵⁸.

Agrega, la Corte IDH siguiendo la jurisprudencia del TEDH y los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos¹⁵⁹, que a efectos de evaluar una posible vulneración de la CADH o de la DUDH habrá de tener en cuenta el estado de salud o el tipo de dolencia que padece la persona, así como la atención en salud disponible en el Estado de origen y la accesibilidad física y económica a la misma, entre otros aspectos.

Entendemos que la Corte IDH cuenta con un criterio similar al europeo, aunque en un sentido más amplio; pues, a diferencia del TEDH, añade como aspecto a valorar el acceso físico y económico a los tratamientos médicos. Al respecto, consideramos que, trasladando las condiciones que el Comité DESC estableció como elementos interdependientes y esenciales para ejercer el derecho al trabajo¹⁶⁰; para que una expulsión o devolución no transgreda el derecho a la salud, se debe considerar si en el Estado de destino existe: disponibilidad,

sufrimiento prolongado y una muerte prematura". También, véase: CIDH. Resolución 2/18. Migración forzada de Personas Venezolanas. Óp. Cit., párraf. 4.

¹⁵⁷ Corte IDH. Caso Vera Vera y otra contra Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011, párraf. 43.

¹⁵⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit.

¹⁵⁹ La Corte IDH se refiere al siguiente caso: COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Comunicación N° 900/1999. UN Doc. CCPR/C/76/D/900/1999, dictamen adoptado el 13 de noviembre de 2002, párraf. 8.5: "(...) En circunstancias en que el Estado Parte ha reconocido la obligación de proteger al autor, el Comité considera que la expulsión del autor a un país donde es poco probable que recibiría el tratamiento necesario para una enfermedad debida, en su totalidad o en parte, a causa de violación de los derechos del autor por el Estado Parte constituiría una violación del artículo 7 del Pacto".

¹⁶⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N° 18 (2005). El derecho al trabajo. Artículo 6 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales. E/C.12/GC/18. 6 de febrero de 2006.

accesibilidad (sin discriminación, física), aceptabilidad y calidad, a la atención médica que necesita la persona que sería expulsada.

- b. Riesgo a otros DESC. A partir de la jurisprudencia del TEDH, Flegar sostiene que es posible alegar una vulneración del artículo 3 del CEDH cuando exista un riesgo de tortura, trato o pena cruel, inhumana o degradante vinculado con la violación de algún DESC, siempre que se satisfaga los requisitos que ha señalado el TEDH: circunstancias excepcionales y la cuestión de vulnerabilidad¹⁶¹.

Ello, se verifica en el *asunto M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, relativo a la expulsión de un ciudadano afgano, solicitante de refugio. Aquí, el TEDH considerando que el demandante era un solicitante de refugio, que pertenece por ese hecho a un grupo de población particularmente desfavorecida y vulnerable que necesita una protección especial, tuvo que analizar si una situación de pobreza material extrema puede plantear un problema al amparo del artículo 3 del CEDH¹⁶².

Para ello, el TEDH examinó que la situación en la que se encontró el demandante en Grecia era de una particular gravedad, pues adujo haber vivido durante meses en la indigencia más absoluta, y no haber podido hacer frente a sus necesidades más elementales: alimentarse, lavarse y alojarse. Además, que este fenómeno en Grecia era generalizado, en donde no existen las condiciones necesarias que permitan garantizar el alojamiento de solicitantes de refugio¹⁶³.

De esta manera, el TEDH encontró que Grecia violó el artículo 3 del CEDH

¹⁶¹ Traducción libre. FLEGAR, Veronika. "Vulnerability and the principle of *non-refoulement* in the European Court of Human Rights: Towards and increased scope of protection for persons fleeing from extreme poverty?" *Contemporary Readings in Law and Social Justice*. 2016, Vol. 8, N° 2, pp. 148-169.

¹⁶² TEDH. *Asunto M.S.S. contra Bélgica y Grecia*. Demanda N° 30696/09. Sentencia de 21 de enero de 2011, párraf. 251.

¹⁶³ *Ibidem*, párraf. 254, 257 y 258.

debido a las condiciones de subsistencia en que se mantuvo al demandante, señalando que:

“[...] el Tribunal es de la opinión que no tuvieron debidamente en cuenta la vulnerabilidad del demandante como solicitante de asilo y deben ser consideradas responsables, debido a su pasividad, **de las condiciones en las que estuvo viviendo durante meses, en la calle, sin recursos, sin acceso a instalaciones sanitarias, sin forma de satisfacer necesidades básicas**. El Tribunal considera que el demandante ha sido víctima de un trato humillante demostrando una falta de respeto a su dignidad y que esta situación sin duda ha despertado en él sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de conducir a la desesperación. Considera que tales condiciones de existencia, junto con la prolongada incertidumbre en la que permaneció y la total ausencia de perspectivas de mejora de su situación, alcanzaron el umbral requerido por el artículo 3 del Convenio¹⁶⁴. (Resaltado añadido).

En consecuencia, en este asunto el TEDH sentó el criterio de que las condiciones de vida generales podrían constituir actos contrarios al artículo 3 del CEDH, en los términos ya expresados. Este mismo criterio ha sido reproducido en el *asunto Sufi y Elmi contra el Reino Unido*, en donde el TEDH, en principio, señaló que para analizar el caso en cuestión prefiere “the approach adopted in *M.S.S. v. Belgium and Greece*, which requires it to have regard to an applicant’s ability to cater for his most basic needs, such as food, hygiene and shelter, his vulnerability to ill-treatment and the prospect of his situation improving within a reasonable time-frame”¹⁶⁵.

A partir de ello, el TEDH consideró que las condiciones de vida en Somalia son extremas, los campamentos de asistencia humanitaria están sobre poblados. Además, como resultado del hacinamiento, los nuevos refugiados no pueden construir refugios y, en su lugar, tienen que quedarse con familiares y/o miembros del clan. Muchos refugiados se quejan de que la asignación de agua es insuficiente, ya que la infraestructura de agua solo se diseñó para un tercio

¹⁶⁴ *Ibidem*, párraf. 263.

¹⁶⁵ TEDH. *Asunto Sufi y Elmi contra el Reino Unido*. Demanda N° 8319/07 y 11449/07. Sentencia de 28 de noviembre de 2011, párraf. 282.

del número de personas que viven actualmente en los campamentos, carecen de acceso a alimentos. También, existen informes que relevan la inseguridad dentro en los campamentos, con altos niveles de robo y violencia sexual. En este sentido, concluye que estas condiciones son lo suficientemente graves como para alcanzar el umbral del artículo 3 del CEDH, por lo que, cualquier retorno o devolución es contraria al CEDH¹⁶⁶.

Por otro lado, en el *asunto S.H.H. contra Reino Unido*, vinculado con la decisión de expulsión de una persona con discapacidad física de nacionalidad afgana, el TEDH aplicó el estándar el *asunto M.S.S contra Bélgica y Grecia* y del *asunto Sufi y Elmi contra el Reino Unido*, para analizar las condiciones de vida y las condiciones humanitarias en Afganistán. Sin embargo, este Tribunal consideró que Afganistán, a diferencia de Grecia, no es un Estado parte del CEDH, que la crisis humanitaria de Somalia no era equiparable a la crisis de Afganistán, ya que aquí existía un gobierno central, en algunos espacios existía presencia de organizaciones internacionales y las autoridades afganas estaban adoptando algunas medidas a favor de las personas discapacitadas.

Por estos motivos, el TEDH no utilizó el criterio de vulnerabilidad aducido en los asuntos mencionados, sino que volvió a utilizar el criterio de las circunstancias excepcionales del *asunto N. contra Reino Unido* (citado en el punto anterior), señalando que “in the circumstances of the present case where the problems facing the applicant would be largely as a result of inadequate social provisions through a want of resource, the approach adopted by the Court in *N. v. the United Kingdom*, cited above, is more appropriate”. Así, se concluyó que en este

¹⁶⁶ *Ibidem*, párrafs. 281-292.

caso no se verificaron circunstancias excepcionales que sustenten una violación del artículo 3 del CEDH¹⁶⁷.

En ese sentido, parecería que todavía el criterio de las condiciones de vida extremas en el Estado de destino para valorar el riesgo bajo el estándar del artículo 3 del CEDH aún no está consolidado. Pese a ello, sin duda, es un gran aporte que realiza el TEDH frente a futuros casos de devoluciones a países en situaciones de crisis humanitarias.

- c. Riesgo a causa de otros motivos: En la reciente Opinión Consultiva OC-25/18, la Corte IDH estableció que el derecho a la no devolución, incluye, el riesgo de violación de persecución de la Convención de 1951; y, además, el riesgo a causa de violencia generalizada, o violaciones masivas a los derechos humanos¹⁶⁸, la agresión extranjera, los conflictos internos, u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público¹⁶⁹.

La razón de la incorporación de estas causas adicionales a la persecución por los motivos prohibidos de la Convención de 1951, se debe a que, en nuestra región, los Estados mediante la Declaración de Cartagena de 1984, adoptaron una definición ampliada del término refugiado, en la que se incluyen dichas causas. Sin perjuicio de que, en el punto 1.2 (b) del segundo capítulo de la presente investigación ahondaremos en las características de esta definición, para estos efectos, brindaremos una aproximación a las causales de riesgo ampliadas del derecho a la no devolución.

¹⁶⁷ TEDH. Asunto S.H.H. contra Reino Unido. Demanda N° 60367/10. Sentencia de 08 de julio de 2013, párraf.s 91, 92 y 93.

¹⁶⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18. Óp. Cit., párraf. 129.

¹⁶⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit., párraf. 212. En el mismo sentido: CIDH. Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias. Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000. OEA/Ser./L/V/II.111. 16 de abril de 2001, párraf. 97(2).

- Violencia generalizada. No es un término que se encuentra en el DIR o en el DIH, ni tampoco tiene una definición estricta o cerrada. Si la interpretación de este término se hace recurriendo al DIDH, se considera que el enfoque más apropiado es la identificación de indicadores del tipo y el nivel de violencia que persiste en el país de origen. Finalmente, para que sea generalizada, no siempre es la intensidad de la violencia lo que se analiza, sino más bien su extensión y densidad geográfica.¹⁷⁰
- Violaciones masivas a los derechos humanos. La jurisprudencia de la Corte IDH, es muy ilustrativa en este aspecto. De ella podemos extraer que para que las violaciones a los derechos humanos sea masiva, se considera la magnitud, así como el contexto generalizado de violencia ejercida por el Estado¹⁷¹. Además, el ACNUR agrega que se considerará la violación masiva cuando los efectos perturben a grandes segmentos de la población, o incluso a la población en su conjunto¹⁷².
- Agresión extranjera. Se entiende de la misma manera que los términos “agresión”, “guerra de agresión” y “acto de agresión” como se encuentran definidos en el DI¹⁷³. Para ello, puede recurrirse a los actos enunciados en la Resolución 3314 (XXIX) de la AG de la ONU (1974)¹⁷⁴. Para efectos de la Declaración de Cartagena de 1984, según el ACNUR, la agresión extranjera puede equipararse al crimen que conduce a un CAI en el sentido del DIH. Así

¹⁷⁰ ACNUR. Resumen de las conclusiones sobre la interpretación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984. Reunión de expertos. Interpretación de la definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 Montevideo, Uruguay. 15 y 16 de octubre de 2013, párrfs. 15 y 16.

¹⁷¹ Corte IDH. Caso de la masacre de las dos Erres contra Guatemala. Sentencia, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. 24 de noviembre de 2009, párraf. 152. Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro contra Guatemala. Sentencia, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. 4 de setiembre de 2012, párraf. 221.

¹⁷² ACNUR. Directrices sobre Protección Internacional N° 12. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado. HCR/GIP/16/12. 2 diciembre de 2016, párraf. 76.

¹⁷³ *Ibidem*, párraf. 74.

¹⁷⁴ ONU. Asamblea General. Resolución 3314 (XXIX). Definición de agresión. 14 de diciembre de 1974.

como a situaciones no clasificadas como tales en el DIH. Estas situaciones pueden incluir conflictos impulsados por injerencia externa o que han ingresado de Estados vecinos, incluyendo debido a la presencia de (miembros de) fuerzas armadas de otro Estado o a incursiones de grupos armados extranjeros¹⁷⁵.

- Conflictos internos. En principio, abarca a los CANI cubiertos por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y por el Protocolo Adicional II¹⁷⁶. El CANI del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra involucra, de manera general, el uso de la violencia armada, vale decir, de una acción hostil, que presenta un carácter colectivo y un mínimo de organización; y, que se desarrolle en el territorio de un Estado parte de los Convenios de Ginebra¹⁷⁷. Por su parte, el CANI del Protocolo Adicional II, involucra el enfrentamiento armado que:

“[...] debe, como el supuesto general, desarrollarse en el territorio de un Estado parte –aunque las fuerzas podrían haber partido de un territorio extranjero vecino– pero, a diferencia de aquel, debe: a) necesariamente involucrar entre sus actores a sus Fuerzas Armadas que pueden enfrentarse bien con Fuerzas Armadas disidentes, bien con grupos armados organizados; b) este grupo adverso debe tener un mando responsable; c) un control territorial; d) realizar operaciones militares sostenidas y concertadas; y e) tener capacidad de aplicar el Protocolo Adicional II.¹⁷⁸”

Adicionalmente, teniendo en cuenta el propósito de protección de la Declaración de Cartagena de 1984, según el ACNUR, se extiende a conflictos armados internos que no están clasificados como CANI en el sentido del DIH¹⁷⁹. Por ejemplo, existen situaciones de violencia armada que podrían no alcanzar el umbral de un CANI a efectos del DIH o donde el estatus de la situación no es

¹⁷⁵ ACNUR. Directrices sobre Protección Internacional N° 12. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado. Óp. Cit., párraf. 74.

¹⁷⁶ ONU. Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA). Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina”. Guatemala. 29 al 31 de mayo de 1989.

¹⁷⁷ SALMÓN GARATE, Elizabeth. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. Tercera Edición. Lima: 2014, Comité Internacional de la Cruz Roja.

¹⁷⁸ *Ibidem*, pp. 125.

¹⁷⁹ ACNUR. Directrices sobre Protección Internacional N° 12. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado. Óp. Cit., párraf. 75.

claro, no obstante que la vida, seguridad o libertad de los civiles se encuentren en riesgo y necesiten protección internacional¹⁸⁰.

- Otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Si bien no existe una definición aceptada de “orden público”, el ACNUR apunta que en el contexto de la Declaración de Cartagena de 1984 se refiere a la paz, seguridad interna y externa, así como a la estabilidad del Estado y de la sociedad, sumado al funcionamiento normal de las instituciones del Estado, basado en el respeto del Estado de Derecho y de la dignidad humana. Incluso, las circunstancias que perturban gravemente el orden público pueden tener lugar en tiempos de conflicto armado en el sentido del DIH, así como en tiempo de paz¹⁸¹.

2.4. La consolidación del alcance extraterritorial del derecho a la no devolución

Los solicitantes de refugio utilizan distintas rutas de huida, sea vía terrestre, aérea o fluvial. Ante ello, el alcance extraterritorial de la prohibición de devolución es uno de los aportes más trascendentes a fin de afrontar la actual crisis de refugiados. En el 2007, el ACNUR interpretó que los Estados se encuentran compelidos por su obligación en virtud del artículo 33 (1) de la Convención de 1951, a no devolver a los refugiados al peligro de persecución donde quiera que ejerza efectiva jurisdicción. De modo que, el criterio decisivo no es si tales personas se encuentran en el territorio del Estado sino, más bien, si se encuentran bajo el efectivo control y autoridad de ese Estado¹⁸².

¹⁸⁰ ACNUR. Resumen de las conclusiones sobre la interpretación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984. Óp. Cit., párraf. 20.

¹⁸¹ ACNUR. Directrices sobre Protección Internacional N° 12. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado. Óp. Cit., párraf. 78.

¹⁸² ACNUR. Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. 2007: Ginebra.

Mucho tiempo atrás, la CIDH, en el informe de fondo del *caso de las personas Haitianas -Haitian Boat People- contra Estados Unidos* de 1997, apuntó que el artículo 33 de la Convención de 1951 no reconoce limitaciones geográficas. En este informe, la CIDH concluyó que Estados Unidos violó el derecho a la no devolución, pues interceptó a refugiados haitianos y los repatrió sumariamente a Haití sin hacer un examen adecuado de su estado ni concederles una entrevista¹⁸³.

La Corte IDH no es ajena a este análisis. En la Opinión Consultiva OC-21/14, ratificó la posición del ACNUR a la que nos hemos referido. En tal sentido, considera que el derecho a la no devolución es exigible por cualquier persona extranjera sobre la que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo su control efectivo, con independencia de que se encuentre en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado¹⁸⁴. De este modo, para la Corte IDH el derecho a la no devolución aplica también en la frontera, las zonas de tránsito internacional y en altamar¹⁸⁵.

Recientemente, la Corte IDH se pronunció en relación a las obligaciones derivadas del derecho a la no devolución en el ámbito de una legación. Así, la Corte IDH examinó que el artículo 22(8) de la CADH no contempla alguna limitación geográfica, por lo que, lo relevante es establecer el vínculo de jurisdicción territorial o personal, *de jure* o *de facto*. Concluyendo que el derecho a la no devolución abarca el ámbito de las legaciones, debido al ejercicio de la jurisdicción extraterritorial¹⁸⁶.

A nivel europeo, en el renombrado *asunto Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, el TEDH fijó que, cuando un Estado mediante agentes que operan fuera de su territorio, ejerce

¹⁸³CIDH. Informe de Fondo N°. 51/96. Caso 10.675. Personas Haitianas -Haitian Boat People- (Estados Unidos), del 13 de marzo de 1997.

¹⁸⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit., párraf. 219.

¹⁸⁵ Corte IDH. Corte IDH. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18. Óp. Cit., párraf. 187.

¹⁸⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18. Óp. Cit., párraf. 192

control y autoridad, y, por lo tanto, su jurisdicción sobre un individuo, tal Estado tiene obligación, en virtud del artículo 1 del CEDH, de garantizar a este individuo todos los derechos y libertades previstos en el Título 1 del CEDH que sean pertinentes en la situación de ese individuo¹⁸⁷.

Los acontecimientos que motivaron la sentencia del TEDH ocurrieron en alta mar, en donde las autoridades italianas interceptaron tres navíos en las que viajaban alrededor de doscientas personas que huían de Libia. Los ocupantes de los navíos interceptados fueron llevados a las embarcaciones del servicio de guardacostas italiano y fueron trasladados a Trípoli, donde fueron entregados a autoridades libias.

A criterio del TEDH, los hechos tuvieron lugar exclusivamente a bordo de barcos de las fuerzas armadas italianas, cuyas tripulaciones estaban compuestas únicamente por personal militar italiano. Por lo que, en el periodo entre el momento en que embarcaron a bordo de los barcos de las fuerzas armadas italianas y en el que fueron entregados a las autoridades libias, los demandantes estuvieron bajo el control continuo y exclusivo, *de jure* y *de facto*, de las autoridades italianas¹⁸⁸.

En el marco del derecho de la UE, el artículo 12 concordado con el artículo 3 y 3 a) del Código de Fronteras Schengen, estipula que las actividades de gestión de fronteras “deben respetar el principio de no devolución”. Igualmente, el acervo de la UE en materia de protección internacional se aplica desde el momento en que el individuo ha llegado a la frontera, incluyendo las aguas territoriales y las zonas de tránsito, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 3(1) de la Directiva 2013/32/EU¹⁸⁹.

¹⁸⁷ TEDH. Asunto Hirsi Jamaa y otros contra Italia. Demanda N° 27765/09. Sentencia de 23 de febrero de 2012.

¹⁸⁸ *Ibidem*, párraf. 81. En el mismo sentido: TEDH. Asunto Kebe y otros contra Ucrania. Demanda N° 12552/12. Sentencia del 12 de enero de 2017.

¹⁸⁹ Artículo 3(1) de la Directiva 2013/32/EU: “La presente Directiva se aplicará a todas las solicitudes de protección internacional presentadas en el territorio, con inclusión de la frontera, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de los Estados miembros, y a la retirada de la protección internacional”.

Asimismo, en 2014 se aprueba el Reglamento UE N° 656/2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por FRONTEX. Este Reglamento, en cumplimiento a las exigencias de la jurisprudencia del TEDH, especialmente en el *asunto Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, establece que:

“[...] ninguna persona debe ser desembarcada en un país, forzada a entrar en él ni entregada, de la manera que sea, a sus autoridades cuando exista un riesgo grave de que se vea expuesta a sufrir pena de muerte, tortura, persecución o cualquier otra pena o trato inhumano o degradante, entre otros casos, o cuando su vida o su libertad estén amenazadas por motivos de raza, religión, nacionalidad, orientación sexual, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política, o cuando exista un riesgo grave de que sea expulsada, trasladada o extraditada a otro país incumpliendo el principio de no devolución”¹⁹⁰.

En este sentido, las eventuales personas interceptadas o rescatadas no deben ser desembarcadas ni obligadas a entrar en un tercer Estado, conducidas o entregadas a las autoridades de un tercer Estado, cuando el Estado miembro de acogida o los Estados miembros participantes sepan, o deban saber, que ese tercer Estado lleva a cabo alguna de las prácticas descritas en el Reglamento. Además, de acuerdo con las disposiciones del Reglamento, las unidades participantes deberán utilizar todos los medios para identificar a las personas interceptadas o rescatadas, evaluar sus circunstancias personales, informarles de su destino y darles la oportunidad de expresar las razones por las que consideran que el desembarco en un determinado lugar representaría un incumplimiento del derecho a la no devolución¹⁹¹.

En cuanto a la aplicación extraterritorial de las normas sobre interceptación, se prevé que cubran no solo la zona del mar territorial, de acuerdo con el artículo 6 del Reglamento UE N° 656/2014; sino también la zona de alta mar, según el artículo 7 del

¹⁹⁰ UE. Reglamento (UE) n° 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, numeral 12.

¹⁹¹ ESTEVE, Francina. “El rescate como nueva función europea en la vigilancia del Mediterráneo”. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*. 2015, N° 153, pp. 153-172.

Reglamento UE N° 656/2014. Precisamente, en alta mar, se prevé como medidas que pueden adoptar las unidades cuando existan indicios razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar:

- “[...] b) advertir y ordenar al buque que no entre en el mar territorial o en la zona contigua y, si fuera necesario, exigir al buque que cambie su rumbo hacia un destino que no sea el mar territorial o la zona contigua;
- c) conducir al buque o a las personas a bordo a un tercer país o, alternativamente, entregar el buque o las personas a bordo a las autoridades de un tercer país;
- d) conducir al buque o a las personas a bordo al Estado miembro de acogida o a un Estado vecino participante”¹⁹².

Al respecto, en el primer informe presentado por FRONTEX a la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo (Comisión LIBE), concluyó que gracias a la existencia de normas más claras y detalladas sobre la protección de los derechos fundamentales en las operaciones conjuntas, establecidas en el Reglamento, ha podido controlar mejor la implementación del plan operativo, sin perjudicar la tarea de control de las fronteras marítimas externas. Asimismo, en dicho informe se puede verificar que, en cada operación que ha realizado FRONTEX implementó procedimientos relacionados con la capacitación y la identificación de personas en situaciones particulares, en las que se encuentran los solicitantes de refugio¹⁹³.

Según este reporte, por ejemplo, en la Operación Tritón (EPN Tritón 2015), todos los migrantes e interceptados fueron desembarcados en Italia, sin incluir la posibilidad de desembarcar en terceros Estados, como se hacía anteriormente. Se les brindó asistencia médica, alimentos, y alojamiento. Según el reporte, en los procedimientos iniciales estuvieron involucrados Red Cross, Save the Children, ACNUR y las autoridades migratorias locales. Además, The Deployed Guest Officers (GOs) apoyaron con la identificación de víctimas de trata de personas. Igualmente, cualquier

¹⁹² UE. Reglamento (UE) n° 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo. Óp. Cit., artículo 7(2).

¹⁹³ FRONTEX. Annual Report on the implementation on the EU Regulation 656/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders. 15 de julio de 2015.

persona que expresó, de alguna manera, temor de sufrir un daño grave si es devuelto a su Estado de origen o residencia habitual, o solicitando refugio o cualquier otra forma de protección internacional, fueron referidos por los GOs a las autoridades italianas¹⁹⁴.

Sin duda, el Reglamento (UE) N° 656/2014 fue una medida impulsada frente a la grave crisis de movilidad humana que enfrenta Europa, con la que se busca esclarecer y delimitar las obligaciones de DI y el respecto de los derechos humanos de los migrantes interceptados en el mar. Sin embargo, se restringe a las operaciones que realiza FRONTEX, por lo que, concordamos con quienes señalan que sería preferible proponer una reforma legislativa que ampliara el ámbito de aplicación de dicho Reglamento, cubriendo las operaciones de vigilancia marítima desarrolladas por los Estados, por la UE y la posibilidad de aplicarlo a las intercepciones de embarcaciones en aguas territoriales de terceros Estados que cumplan unos requisitos de protección de derechos fundamentales similares, cuando deriven de una operación de cooperación con dicho Estado.¹⁹⁵

2.5. La prohibición de las expulsiones colectivas

La prohibición de expulsiones colectivas no fue incorporada expresamente en la Convención de 1951, sino en el artículo 4 del Protocolo N° 4 del CEDH, que es la primera mención a la prohibición de expulsiones colectivas. Con posterioridad, otros instrumentos de carácter regional se han referido a esa misma prohibición, entre los que cabe mencionar el artículo 22(9) de la CADH, el artículo 12(5) de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 y el artículo 26(2) de la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994.

¹⁹⁴ *Ibidem*, pp. 6.

¹⁹⁵ ESTEVE, Francina. *Óp. Cit.*, pp. 160.

En nuestra región, el artículo 22(9) de la CADH establece que “es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”. Esta prohibición fue analizada detalladamente por la Corte IDH, en el caso *Nadege Dorzema y otros contra República Dominicana*. En esta sentencia, la Corte IDH precisó en líneas generales que el carácter “colectivo” de una expulsión implica una decisión que no desarrolla un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero y, por ende, recae en arbitrariedad¹⁹⁶.

Si bien, no existe una definición sobre lo que constituye una expulsión colectiva en el DI, la Corte IDH recogiendo la posición de la Relatoría de los Derechos de los Migrantes, las define como aquellas que se efectúan sin hacer determinaciones individuales sino grupales, aunque en cada caso el grupo al que se aplican pueda no ser demasiado numeroso¹⁹⁷. A partir de ello, la CIDH, en el informe del caso de *Benito Tide Méndez y otros (República Dominicana)*, concluyó que en virtud de la prohibición del artículo 22(9) de la CADH, los Estados tienen la obligación de analizar, fundamentar y decidir de forma individual cada una de las expulsiones o deportaciones que lleven a cabo¹⁹⁸.

¿Cuántas personas se requieren para que estemos frente a una expulsión colectiva? A criterio de la Corte IDH, el solo número de extranjeros objeto de decisiones de expulsión no es el criterio fundamental para la caracterización de una expulsión colectiva¹⁹⁹. Así, por ejemplo, en el caso que motivó este pronunciamiento, se trataba de la expulsión de un grupo de 30 personas migrantes haitianos; y, la Corte IDH

¹⁹⁶ Corte IDH. Caso *Nadege Dorzema y otros contra República Dominicana*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 24 de octubre de 2012, párrs. 171 y 175.

¹⁹⁷ CIDH. Movilidad Humana: Estándares interamericanos. OEA/Ser.L/V/III. Doc. 46/15. 21 de diciembre de 2015, párraf. 278.

¹⁹⁸ CIDH, Informe de Fondo N° 64/12. Caso 12.271. *Benito Tide Méndez y otros (República Dominicana)*, del 29 de marzo de 2012, párr. 253.

¹⁹⁹ Corte IDH. Caso *Nadege Dorzema y otros contra República Dominicana*. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012, párraf. 172. Asimismo: Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párraf. 361.

concluyó que el Estado trató a los migrantes como grupo, sin individualizarlos ni darles un trato diferenciado considerando que podrían ser eventualmente protegidos.

Notamos que, en materia de expulsiones colectivas, la jurisprudencia de la Corte IDH ha seguido la línea de la jurisprudencia del TEDH. En el *asunto Henning Becker contra Dinamarca*, el cual tenía por objeto el análisis de la repatriación de un grupo de aproximadamente doscientos niños vietnamitas por parte de las autoridades danesas, el TEDH definió por primera vez la expulsión colectiva de extranjeros como: “toda medida adoptada por la autoridad competente que tenga por objetivo obligar a individuos extranjeros, como grupo, a abandonar el país, excepto si esta medida es adoptada después de, y en base a, un examen razonable y objetivo de los casos particulares de cada individuo extranjero de este grupo.”²⁰⁰

Uno de los casos más emblemáticos en el que el TEDH aborda el análisis de las expulsiones colectivas fue en el *asunto de Čonka contra Bélgica*. En este asunto, cuatro ciudadanos eslovacos alegaron que debido a las circunstancias de su arresto y deportación a Eslovaquia, Bélgica violó el artículo 4 del Protocolo N° 4, pues fueron deportados sin haber sido previamente informados con las razones de la decisión y sin poder acceder a un recurso para cuestionar la decisión. En dicha decisión, el Tribunal precisó que:

“[...] its case-law whereby collective expulsion, within the meaning of Article 4 of Protocol No. 4, is to be understood as any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group. That does not mean, however, that where the latter condition is satisfied the background to the execution of the expulsion orders plays no further role in determining whether there has been compliance with Article 4 of Protocol No. 4”²⁰¹.

²⁰⁰ TEDH. Asunto Henning Becker contra Dinamarca. Demanda N° 7011/75. Sentencia del 3 de octubre de 1975.

²⁰¹ TEDH. Asunto Čonka contra Bélgica. Demanda N° 51564/99. Sentencia del 5 de febrero de 2002, párraf. 59.

Bajo esta premisa, el TEDH corroboró que la detención y deportación se realizó sin un análisis individualizado de las circunstancias particulares de cada individuo; es más, se señala que la única referencia a las circunstancias personales de los demandantes fue que su estancia en Bélgica excedió tres meses y que “at no stage in the period between the service of the notice on the aliens to attend the police station and their expulsion did the procedure afford sufficient guarantees demonstrating that the personal circumstances of each of those concerned had been genuinely and individually taken into account”.²⁰²

Asimismo, la sentencia emitida por el TEDH en el asunto *Hirsi Jamaa y otros contra Italia* es calificada de histórica²⁰³, pues aquí el TEDH, en principio, analizó el cuestionamiento que realizó Italia a la aplicación del artículo 4 del Protocolo N° 4 (la prohibición de expulsiones colectivas). Italia adujo que la garantía establecida por esta disposición solamente se aplica en caso de expulsión de personas que se encuentren en el territorio de un Estado o que hayan cruzado la frontera nacional de manera ilegal²⁰⁴.

Por esta razón, resalta la importancia de esta decisión ya que es el primer asunto en el que el TEDH analizó si el artículo 4 del Protocolo N° 4 es aplicable a casos relativos a expulsiones de extranjeros a un tercer Estado llevadas a cabo fuera del territorio nacional, a partir del análisis de la jurisdicción extraterritorial. La conclusión del Tribunal a esta cuestión fue que:

“[...] existen también casos como el presente en los que el Tribunal ha estimado que una Alta Parte Contratante ha ejercitado su jurisdicción fuera de los límites de su territorio nacional. En tales casos, el Tribunal ha admitido que el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por parte de tales Estados se manifestó en forma

²⁰² *Ibidem*, párraf. 63.

²⁰³ BOLLO AROCENA, María Dolores. “Límites personales y materiales al derecho de los estados a la expulsión de extranjeros. Una visión desde el derecho internacional público”. *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*. País Vasco: Universidad del País Vasco, 2012.

²⁰⁴ TEDH. Asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*. Óp cit. párraf. 160.

de expulsiones colectivas. Si se llegara a una conclusión distinta y se otorgara a este concepto una dimensión estrictamente territorial, ello resultaría en una discrepancia entre el ámbito de aplicación del Convenio como tal y el del artículo 4 del Protocolo Núm. 4, lo cual estaría en contradicción con el principio según el cual el Convenio debe ser objeto de una interpretación de conjunto²⁰⁵.

También han existido asuntos en los que la expulsión de un grupo de extranjeros, a criterio del TEDH, no constituye una violación de la prohibición de las expulsiones colectivas. Particularmente, en el *asunto Sultani contra Francia*, el demandante, a quien se le había denegado refugio en Francia, cuestionó el modo en que había sido devuelto a Afganistán. En su decisión, el TEDH consideró que “the fact that a number of aliens are subject to similar decisions does not in itself lead to the conclusion that there is a collective expulsion if each person concerned has been given the opportunity to put arguments against his expulsion to the competent authorities on an individual basis”²⁰⁶.

Finalmente, si bien hemos apuntado que el desarrollo y la codificación de la prohibición de expulsiones colectivas se ha dado a nivel regional; ello no niega el alcance universal de esta prohibición. Tanto es así que, el Relator Especial sobre la Expulsión de Extranjeros, ha sugerido que la prohibición de expulsiones colectivas ha alcanzado la categoría de una norma consuetudinaria; pues, aparece contenido en tres instrumentos regionales de derechos humanos ratificados por gran parte de los miembros de la Comunidad Internacional²⁰⁷.

A ello, cabe agregar que, en el plano universal, está contenida en artículo 22 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, el cual prescribe que “[l]os trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva.

²⁰⁵ *Ibidem*, párraf. 178.

²⁰⁶ TEDH. *Asunto Sultani contra Francia*. Demanda N° 45223/05. Sentencia de 20 de septiembre de 2007, párraf. 81.

²⁰⁷ RELATOR ESPECIAL, Sr. Maurice Kamto. Tercer informe del Relator Especial sobre la expulsión de extranjeros, A/CN.4/581, del 19 de abril de 2007, párraf. 113 a 115. En el mismo sentido: Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, UN Doc.A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008, párraf. 49, nota a pie 36.

Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente". Además, si bien no se encuentra regulada expresamente en el PIDCP, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 15 (1986), señaló que:

"El artículo 13 regula directamente solo el procedimiento y no los fundamentos sustantivos de la expulsión. No obstante, al permitir solamente las expulsiones 'en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley', su objetivo es claramente impedir las expulsiones arbitrarias. Por otra parte, otorga a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su propio caso y, por lo tanto, el artículo 13 no se cumple con leyes o decisiones que dispongan expulsiones colectivas o en masa. Este entendimiento, en opinión del Comité, queda confirmado por otras disposiciones relativas al derecho a aducir argumentos contra la expulsión y a que la decisión sea sometida a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas por ella, y a hacerse representar ante ellas. Se deben dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso"²⁰⁸.

Sin embargo, al analizar la *opinio juris*, el relator especial encontró que en las respuestas a la pregunta "¿Cabe por tanto concluir que no se trata (aún) de una norma de carácter universal, ya sea de origen convencional o consuetudinario?", algunos Estados miembros de la OEA dieron una respuesta claramente negativa y otros respondieron afirmativamente. Asimismo, hoy en día muchos Estados siguen practicando expulsiones colectivas, incluso en regiones del mundo en que están vinculados por un instrumento jurídico que prohíbe tales expulsiones: en África, América central²⁰⁹ y añadiríamos Europa. Por lo que, no habría evidencia que sustente la *opinio juris* de la prohibición de expulsión colectiva, sin negar su alcance universal, en el sentido, que muchos instrumentos internacionales regionales y universales la contemplan.

2.6. El principio del tercer país seguro como alternativa para devolver solicitantes de refugio

²⁰⁸ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 15 (1986). La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto. 11 de abril de 1986, párraf. 10.

²⁰⁹ RELATOR ESPECIAL, Sr. Maurice Kamto. Tercer informe del Relator Especial sobre la expulsión de extranjeros. Óp. Cit., párraf. 113 y 114.

Doctrinariamente, se ha entendido por tercer país seguro a aquel Estado que ha tenido alguna conexión con el solicitante de refugio, como el tránsito previo por su territorio, y en el cual el Estado que aplica el principio considera que podría haber solicitado protección²¹⁰. De esta manera, este concepto permite el reenvío de solicitantes de refugio hacia: (i) Estados en los que ha obtenido protección previamente, (ii) Estados en los que ha solicitado protección sin que exista pronunciamiento al respecto; o, (iii) Estados de tránsito considerados seguros.

Sin embargo, la aplicación de este concepto no puede ser arbitraria ni debe estar fundada en la mera discrecionalidad de los Estados, sino que, por el contrario, implica una garantía para el solicitante de refugio. En tal sentido, el concepto de "país seguro" es un mecanismo procedimental para trasladar a los solicitantes de refugio a otro Estado que se asume tiene la responsabilidad primaria por ellos, evitando así la necesidad de tomar una decisión sobre el fondo porque se considera o se cree que otro país es seguro²¹¹.

Pues bien, en principio, es importante reconocer el liderazgo europeo en la construcción y desarrollo de este concepto. En la "Resolution on a harmonized approach to questions concerning host third countries" adoptada en 1992, los ministros de los Estados miembros expresaron la necesidad de armonizar las políticas de asilo europeas con la Convención de 1951 (especialmente con sus artículos 31 y 33); a fin de acordar los principios para definir a un tercer país al que se puede enviar a un solicitante de refugio. Son dos los aportes principales de la Resolución: (i) los

²¹⁰ QUEL LÓPEZ, Javier. "Acceso a la protección de los solicitantes de asilo (incluido el concepto del tercer país seguro y movimientos irregulares)". Pablo FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (Edit.). *La revitalización de la Protección de los Refugiados*. Huelva: 2002, Universidad de Huelva,

²¹¹ Traducción libre. VAN SELM, Joanne. *Access to Procedures 'Safe third countries', 'safe countries of origin' and 'time limits'*. 2001: ACNUR.

principios para la identificación del tercer país seguro o '*host third country*'; y, (ii) los requisitos para ser considerado un tercer país seguro o '*host third country*'²¹².

Posteriormente, con el Sistema de Dublín, en el Reglamento UE N° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro del examen de la solicitud de protección internacional, se estipula que el primer Estado miembro al que soliciten refugio será el responsable de determinar la validez de la postulación al sistema de protección de refugiados que llegan a la UE.²¹³ De esta manera, se habilita a los Estados a trasladar a un solicitante al Estado miembro que se haya designado en primer lugar como responsable.

Sin embargo, este traslado no podrá llevarse a cabo si hay razones fundadas para temer que existen deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes en ese Estado miembro, que implican un peligro de trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Además, se señala que un tercer país será considerado seguro si cumple con las garantías y normas establecidas en la Directiva 2013/32/UE, que regula normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional²¹⁴.

A propósito de esta normativa, el TEDH ha cuestionado en algunas ocasiones la aplicación del principio del tercer país seguro. Al respecto, podemos mencionar el *asunto M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, en el que el TEDH condenó a Bélgica debido a que expulsó a Grecia en aplicación del Reglamento UE N° 604/2013. En este caso, el demandante entró en territorio de la UE por Grecia, en donde se tomaron muestras de

²¹² UE. Resolution on a harmonized approach to questions concerning host third countries. 30 de noviembre de 1992.

²¹³ UE. Reglamento UE N° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, artículo 1(2).

²¹⁴ *Ibidem*.

sus huellas dactilares. Permaneció detenido durante una semana y al ser puesto en libertad recibió una orden de abandonar el país. En 2009, tras atravesar Francia, el demandante llegó a Bélgica, en donde presentó su solicitud de refugio; sin embargo, la oficina de extranjería solicitó a las autoridades griegas hacerse cargo de la solicitud, debido a que procedía de un tercer país europeo seguro²¹⁵.

En el análisis, el TEDH consideró que las autoridades belgas, en virtud del Reglamento de Dublín, habrían podido abstenerse de transferir al demandante si hubieran considerado que el país de destino, en este caso Grecia, no cumplía con las obligaciones del CEDH. Asimismo, precisó que cuando se aplica el Reglamento de Dublín, corresponde a los Estados garantizar que el procedimiento de asilo del país intermediario ofrezca garantías suficientes que permitan evitar que un solicitante de refugio sea deportado, directa o indirectamente a su país de origen sin una valoración en virtud del artículo 3 del CEDH de los riesgos que enfrenta²¹⁶.

Hechos similares motivaron los *asuntos T.I. contra Reino Unido* y *K.R.S contra Reino Unido*. En ambos asuntos, el TEDH tuvo ocasión de examinar los efectos del Convenio de Dublín y su Reglamento conforme los estándares del CEDH. El *asunto T.I. contra Reino Unido*, se refería a un ciudadano que había solicitado sin éxito el refugio en Alemania; y, que, luego, había presentado una solicitud similar en el Reino Unido. Sin embargo, en aplicación del Convenio de Dublín, el Reino Unido ordenó su traslado a Alemania²¹⁷.

En su decisión, el Tribunal consideró que la devolución indirecta hacia un país intermedio, igualmente Estado contratante, mantiene intacta la responsabilidad del Estado que expulsa, el cual está obligado, a no expulsar a una persona cuando

²¹⁵ TEDH. Asunto M.S.S. contra Bélgica y Grecia. Óp. Cit., párraf. 9-16.

²¹⁶ *Ibidem*, párraf. 342.

²¹⁷ TEDH. Asunto T.I. contra Reino Unido. Demanda N° 43844/98. Sentencia de 7 de marzo del 2000.

existan serios y fundados motivos para creer que si le expulsaban hacia el país de destino, correría un riesgo real de sufrir maltrato contrario al artículo 3²¹⁸. Más adelante, esta jurisprudencia fue confirmada y consolidada en la decisión del *asunto K.R.S. contra Reino Unido*²¹⁹.

Por otro lado, otro ejemplo de la codificación del principio del tercer seguro se encuentra en el Acuerdo de tercer país seguro entre Estados Unidos y Canadá, denominado oficialmente "Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for cooperation in the examination of refugee status claims from nationals of third countries" (en adelante, "el Acuerdo"), firmado el 5 de diciembre de 2002²²⁰. En líneas generales, este Acuerdo pretende ayudar a ambos gobiernos a mejorar la administración del acceso al sistema de refugiados para las personas que cruzan la frontera terrestre entre Canadá y Estados Unidos.

El propósito común de las partes es establecer un sistema de responsabilidad compartida, reafirmando sus obligaciones de proteger a los refugiados de conformidad con la Convención de 1951 y con su Protocolo de 1967²²¹. Así, se señaló que el objetivo es asegurar en la práctica que las personas que necesiten de protección internacional sean identificadas y que la posibilidad de violaciones al principio de no devolución sean evitadas²²².

Según el Acuerdo, los solicitantes de refugio deben solicitar protección internacional bajo el estatuto del refugiado en el primer país seguro en el que arriben, a menos que estén inmersos en alguna excepción. En este sentido, como regla general, el "tránsito"

²¹⁸ *Ibidem*, pp. 15.

²¹⁹ TEDH. Asunto K.R.S contra Reino Unido. Demanda N° 32733/08. Sentencia de 2 de diciembre del 2008.

²²⁰ Agreement Between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims From Nationals of Third Countries.

²²¹ *Ibidem*, párrafo 8 y 1.

²²² *Ibidem*, párrafo 4 y 8.

es el elemento que determina la responsabilidad en cada caso. Salvo en presencia de unidades familiares, en el caso de menores no acompañados, o cuando la entrada se base en una admisión válida, el "país de última presencia" se considerará responsable de examinar los méritos del reclamo de protección²²³.

No obstante, apreciamos que en caso de riesgo individual de exposición a persecución y/o tortura o tratos inhumanos y degradantes en Canadá o Estados Unidos, el Acuerdo no contempla ninguna garantía individual para que el solicitante de refugio no sea expulsado. Replicando la cláusula de soberanía originalmente establecida en el sistema de Dublín, simplemente establece que, sin perjuicio de los términos del Acuerdo, cualquiera de las Partes podrá, a su propia discreción, examinar cualquier reclamo de condición de refugiado realizado a esa Parte cuando determine que es de interés público hacerlo²²⁴.

En esta línea, para asegurar el acceso de los solicitantes de refugio a los procedimientos, los países se comprometieron a no retornar a un solicitante de refugio a otro país hasta que se haya pronunciado sobre la solicitud de refugio²²⁵. Además, ninguna de las partes "may remove a refugee status claimant returned to the country of last presence under the terms of [the] Agreement to another country pursuant to any other safe third country arrangement or regulatory designation".²²⁶

Pese a ello, concordamos con quienes cuestionan este Acuerdo, aduciendo que la práctica y la normativa de EE.UU. demuestra que suelen efectuar expulsiones y devoluciones contrarias al artículo 33(1) de la Convención de 1951; de este modo, cuando Canadá retorna a un solicitante de refugio a EE.UU, sabiendo que podría ser devuelto, incluso si ella es un solicitante de refugio de buena fe, Canadá también viola

²²³ *Ibidem*, artículo 4 y 5.

²²⁴ *Ibidem*, artículo 6.

²²⁵ *Ibidem*, artículo 3.

²²⁶ *Ibidem*.

sus obligaciones en virtud de la Convención de 1951, pues incurriría en devolución indirecta²²⁷.

Adicionalmente, se discute este Acuerdo aduciendo que constituye una barrera procedimental para que las mujeres puedan acceder al refugio en Canadá, Estado que cuenta con desarrollo normativo y jurisprudencial encaminado a favor de otorgar refugio a mujeres por motivos de persecución de género. Ello, ya que se aduce que EE.UU. no es un tercer país seguro para las mujeres, pues:

“Las mujeres solicitantes de asilo a menudo llegan de países donde se les niega la educación y la capacidad de obtener documentos de viaje válidos. Además, como consecuencia de la vergüenza social generalmente asociada con la violencia sexual, a las mujeres demandantes les resulta extremadamente difícil divulgar sus experiencias de persecución a los agentes de inmigración, y si son detenidas, se las obliga a revivir sus pasados traumáticos, que intensamente intensifican su persecución. vulnerabilidad. 'Los procedimientos de asilo se basan en la credibilidad y el comportamiento de las mujeres demandantes, las políticas tales como la expulsión acelerada, la detención obligatoria y un plazo de presentación de un año incorporado por la ley de refugiados de los Estados Unidos. Dichos requisitos son abrumadoramente desfavorables para las mujeres refugiadas que buscan asilo en Canadá pero que se ven obligadas a aplicar conforme a las leyes de inmigración de los Estados Unidos’²²⁸.

Por estas razones, en mayo de 2017, Amnistía Internacional Canadá y el Consejo Canadiense para los Refugiados, publicaron un informe en el que solicitan al gobierno de Canadá que suspenda el Acuerdo con los EE.UU. En resumen, se cuestiona la designación de los EE. UU. como un tercer país seguro, describe las muchas maneras en que el sistema de refugio y el régimen de detención de inmigrantes de EE. UU. no cumplen con los estándares legales internacionales y canadienses requeridos. Resalta cómo la ley y la práctica en materia de refugiados se han deteriorado aún más desde que el presidente Donald Trump asumió el cargo²²⁹. Pese a las críticas, este Acuerdo se mantiene vigente.

²²⁷ Traducción libre. GONZALEZ SETTLAGE, Rachel. “Indirect *refuolment*: Challenging Canada’s participation in the Canada-United States Safe Third Country Agreement”. *Wisconsin International Law Journal*. 2012. Vol. 30, N° 1, pp. 142-189.

²²⁸ Traducción libre. DEEPTI, Asthana. “Gender Politics: Refugee Definition & the Safe Third Country Agreement”. *The Georgetown Journal of Gender and The Law*. 2011, Vol. XX:1, pp. 1-42.

²²⁹ AMNESTY INTERNATIONAL CANADA. CANADIAN COUNCIL FOR REFUGEES. Contesting the Designation of the US as a Safe Third Country. 19 de mayo de 2017.

Pues bien, a pesar de los bastos cuestionamientos que existen en contra de la aplicación de principio del tercer país seguro y que se trata de un concepto en desarrollo, su validez ha sido ratificada por los Estados, mediante la Conclusión N° 15 de 1979, la Conclusión N° 58 de 1989, la Conclusión N° 87 de 1999 del Comité Ejecutivo del ACNUR. En ellas, al ocuparse de refugiados y solicitantes de asilo que abandonan de manera irregular un país donde ya han hallado protección, disponen que puedan ser devueltos “si están protegidos en ese país contra la posibilidad de una devolución”²³⁰.

En la misma línea, el ACNUR acepta la legalidad de los retornos a terceros países, siempre que la protección ofrecida por el tercer Estado en cuestión incluya, como mínimo, el cumplimiento de los instrumentos básicos de derechos humanos, protección contra la devolución; la provisión de medios de subsistencia adecuada; y el acceso a los procedimientos de determinación del estatuto de refugiados con suficientes garantías procesales²³¹. El punto clave para que el tercer país sea considerado seguro para el ACNUR es la disponibilidad de protección efectiva y que la expulsión se dé acorde con el DIR y del DIDH²³². Precisamente, de los criterios que se deberían cumplir nos ocuparemos en el punto 4 del capítulo 3.

2.7. La inserción de algunos grupos en situación de vulnerabilidad en el estatuto de los refugiados a fin de gozar una protección adicional

Antes de iniciar, reconocemos que el análisis de la inclusión de los grupos vulnerables en el estatuto de los refugiados ha sido desarrollado principalmente a nivel universal

²³⁰ COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. Conclusión N° 15 (XXX). Refugiados sin país de asilo. 1979. COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. Conclusión N° 58 (XL). Problema de los refugiados solicitantes de asilo que abandonan de manera regular un país en el que ya habían encontrado protección. 1989. COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. Conclusión N° 87 (L). 1999.

²³¹ Traducción libre. ACNUR. “Position on a Harmonized Approach to Questions concerning Host Third Countries”. Re impresa en: *3rd International Symposium on the Protection of Refugees in Central Europe*. 1997: Ginebra, ACNUR.

²³² Traducción libre. ACNUR. “Global Consultations on International Protection: Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures)”, EC/GC/01/12, 31 de mayo de 2001, pp. 10 y 11.

por acciones impulsadas por el ACNUR, a través de una serie de directrices de *soft law* y de conclusiones de su Comité Ejecutivo; y, por los órganos de control de la ONU, de los cuales nos ocuparemos en el segundo capítulo de la investigación cuando analicemos la titularidad del derecho a la no devolución por parte de cada uno de los grupos en situación de vulnerabilidad materia de estudio en la presente investigación.

Sin perjuicio de ello, considerando que el objetivo del presente capítulo es identificar el aporte de las regiones europea y latinoamericana a la ampliación del principio de no devolución de los refugiados, en adelante examinaremos el avance en estas regiones, a fin de garantizar la protección internacional mediante el estatuto de los refugiados, y por ende, del derecho a la no devolución, a algunos grupos en situación de vulnerabilidad, como las mujeres, los niños y niñas no acompañados o separados, las víctimas de trata de personas y a las personas con discapacidad.

En el marco del derecho de la UE, en el artículo 21 de la Directiva 2013/33/UE sobre condiciones de acogida; y, en el artículo 3(9) de la Directiva 2008/115/CE sobre retorno, se define quienes son personas vulnerables a fin de garantizarles una protección específica en el marco de procedimientos de refugio. En esas definiciones, se incluyen a los menores, menores no acompañados, personas con discapacidad, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con hijos menores y personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, entre otros.

Notamos que las normas comunitarias europeas vinculadas al Sistema de Dublín contemplan con mucha atención la protección especial que se le debe brindar a las personas en situación de vulnerabilidad. Así, por ejemplo, la situación específica de las personas vulnerables se tiene en cuenta en las condiciones de acogida, cuando se les prive de libertad, en los procedimientos de retorno y en los procedimientos de solicitud

de asilo. A fin de detallar este aporte, a continuación mostraremos las disposiciones más relevantes vinculadas a la protección adicional de personas en situación de vulnerabilidad.

Cuadro N° 2: Resumen de la normativa comunitaria europea que reconoce la protección especial de las personas vulnerables

| NORMA | ARTÍCULO | DISPOSICIÓN |
|--|--|--|
| Directiva sobre condiciones de acogida (Directiva 2013/33/UE) | <p>Artículo 1 (k)</p> <p>Definición de solicitante con necesidades de acogida particulares</p> | <p>Una persona vulnerable, con arreglo al artículo 21, que requiera garantías particulares para poder disfrutar de los derechos y cumplir las obligaciones previstas en la presente Directiva</p> |
| | <p>Artículo 11</p> <p>Disposiciones para el internamiento de personas vulnerables y de solicitantes con necesidades de acogida particulares</p> | <p>Se dispone que cuando se interne a personas vulnerables, los Estados miembros garantizarán un control regular y una ayuda adecuada que tendrá en cuenta la situación particular de las mismas, incluida su salud.</p> |
| | <p>Artículo 17</p> <p>Normas generales sobre condiciones materiales de acogida y atención sanitaria</p> | <p>Los Estados miembros velarán por que el nivel de vida también se mantenga en la situación específica de las personas vulnerables, así como en la situación de las personas objeto de internamiento.</p> |
| | <p>Artículo 18</p> <p>Modalidades de las condiciones materiales de acogida</p> | <p>Los Estados miembros deberán tomar en consideración los factores específicos de género y edad y la situación de las personas vulnerables, respecto de los solicitantes alojados en los locales o centros de acogida.</p> |
| | <p>Artículo 22</p> <p>Evaluación de las necesidades de acogida particulares de las personas vulnerables</p> | <p>Los Estados miembros evaluarán si el solicitante es un solicitante con necesidades de acogida particulares.</p> <p>Dicha evaluación se iniciará en un plazo de tiempo razonable desde la formulación de la solicitud de protección internacional y podrá formar parte de los procedimientos nacionales vigentes.</p> <p>Los Estados miembros garantizarán que la asistencia prestada a los solicitantes con necesidades de acogida particulares, de conformidad con la presente Directiva, tenga en cuenta sus necesidades de acogida particulares durante todo el procedimiento de asilo y que su situación sea objeto de un seguimiento</p> |

| | | |
|---|--|---|
| | | adecuado. |
| | <p>Artículo 23</p> <p>Menores</p> | El interés superior del menor será la consideración básica para los Estados miembros a la hora de aplicar las disposiciones de la presente Directiva relativas a los menores. Los Estados miembros velarán por que los menores tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, psíquico, espiritual, moral y social. |
| | <p>Artículo 24</p> <p>Menores no acompañados</p> | Los Estados miembros adoptarán lo más rápidamente posible las medidas necesarias para asegurar que un representante represente y asista al menor no acompañado para que este pueda disfrutar de los derechos y cumplir las obligaciones que establece la Directiva. |
| | <p>Artículo 25</p> <p>Víctimas de la tortura y de la violencia</p> | Los Estados miembros velarán por que las personas que hayan padecido tortura, violación u otros actos graves de violencia reciban el tratamiento preciso para reparar los daños producidos por tales actos, y puedan acceder, en particular, a la asistencia o tratamiento médico y psicológico adecuado |
| Directiva sobre retorno (Directiva 2008/115/CE) | <p>Artículo 3(9)</p> <p>Definición de personas vulnerables</p> | Los menores, los menores no acompañados, las personas discapacitadas, los ancianos, las mujeres embarazadas, los padres solos con hijos menores y las personas que hayan padecido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual. |
| | <p>Artículo 14</p> <p>Garantías a la espera del retorno</p> | Los Estados miembros velarán porque se tengan en cuenta en relación con nacionales de terceros países para la salida voluntaria y durante los períodos de aplazamiento de la expulsión, consideración hacia las necesidades especiales de las personas vulnerables. |
| | <p>Artículo 16</p> <p>Condiciones del internamiento</p> | Se prestará particular atención a la situación de las personas vulnerables. Se les dispensará atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de las enfermedades. |
| Directiva sobre procedimientos de asilo (Directiva 2013/32/UE) | <p>Artículo 15</p> <p>Requisitos para la entrevista personal</p> | Los Estados miembros asegurarán que la persona que vaya a celebrar la entrevista es competente para tener en cuenta las circunstancias personales y generales que rodean la solicitud, incluidas las raíces culturales del solicitante, su género, su orientación sexual, su identidad de género o su vulnerabilidad. |
| | <p>Artículo 25</p> <p>Garantías para los menores no acompañados</p> | Los Estados miembros adoptarán tan pronto como sea posible medidas para asegurar que un representante actúe en nombre del menor no acompañado y le asista para permitirle disfrutar de los derechos y cumplir con las obligaciones previstas en la presente Directiva. En la aplicación de la presente Directiva, el interés superior del niño será una consideración primordial de los Estados miembros. |
| | <p>Artículo 37</p> <p>Procedimiento de examen</p> | Los Estados miembros podrán dar prioridad a un examen de una solicitud de protección internacional en particular cuando el solicitante sea vulnerable en el sentido del artículo 22 de la Directiva 2013/33/UE, o necesite garantías |

| | | |
|---|---|--|
| | | procedimentales especiales, en particular los menores no acompañados. |
| Directiva sobre requisitos para el reconocimiento de protección internacional (Directiva 2011/95/UE) | Artículo 20 Normas generales del contenido de la protección internacional | Los Estados miembros tendrán en cuenta la situación específica de personas vulnerables como los menores, los menores no acompañados, las personas discapacitadas, los ancianos, las mujeres embarazadas, los padres solos con hijos menores, las víctimas de trata de seres humanos, las personas con trastornos psíquicos y las personas que hayan padecido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual. |
| | Artículo 31 Menores no acompañados | Tan pronto como sea posible después de la concesión de la protección internacional, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurar la representación de los menores no acompañados mediante un tutor legal o, en caso necesario, mediante una organización encargada del cuidado y bienestar del menor o cualquier otro tipo de representación adecuada, incluida la que fijen las disposiciones legales o una resolución judicial. |

Adicionalmente, el TJUE ha conocido algunos casos vinculados a la protección de personas vulnerables en el marco de procedimientos de refugio. Podemos mencionar al asunto *The Queen, a instancia de MA y otros contra Secretary of State for the Home Department*²³³. En este caso, el TJUE debía determinar el Estado responsable del examen en el caso de un menor no acompañado que había presentado solicitudes de asilo en varios Estados miembros de la UE.

El TJUE estableció la regla consistente en que, a falta de un miembro de la familia legalmente presente en un Estado miembro, el Estado en el que el menor se encontraba físicamente era el responsable de examinar la solicitud. Para ello, utilizó el artículo 24(2), de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, según el cual en todos los actos relativos a los menores, el interés superior del menor constituye la consideración primordial²³⁴. Asimismo, el TEDH conoció asuntos en donde debido a la vulnerabilidad de las personas ha establecido la necesidad de una protección

²³³ TJUE. *The Queen, a instancia de MA y otros contra Secretary of State for the Home Department*. C-648/11. Sentencia del 6 de junio de 2013.

²³⁴ *Ibidem*, párraf. 47.

adicional. Estos casos están mayormente vinculados con violaciones a los derechos de los menores no acompañados²³⁵.

En el *asunto Rahimi contra Grecia*, el TEDH concluyó que Grecia violó el artículo 3 del CEDH en relación con la detención de un menor no acompañado. En este caso, el solicitante de refugio era un menor afgano no acompañado que permaneció en un centro de detención de adultos y más tarde fue liberado sin que las autoridades le ofrecieran ningún tipo de asistencia ni alojamiento. El TEDH consideró que las condiciones de detención del solicitante y el hecho de que las autoridades no lo hubieran asistido tras su liberación habían supuesto un trato degradante prohibido por el artículo 3 del CEDH²³⁶.

Esta sentencia del TEDH es muy importante en relación a la protección de las personas en situación de vulnerabilidad, ya que aduce el criterio de la vulnerabilidad para valorar las situaciones a las que se podrían someter y que pueden constituir un acto contrario al artículo 3 del CEDH. Así, se reconoce la vulnerabilidad de los menores advirtiendo que, de entre ellos, los inmigrantes irregulares no acompañados están particularmente expuestos a todo tipo de violencias. Esta mayor fragilidad, subraya el Tribunal, exige que las autoridades estatales extremen las medidas de protección, articulando aquellas que sean capaces de disuadir de manera efectiva cualquier atentando contra la integridad de los mismos²³⁷.

En el mismo sentido, en el *asunto Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica*, se subraya que entre las circunstancias a valorar para determinar si se ha superado el

²³⁵ LÓPEZ ULLA, Juan Manuel. "Alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado: la obligación positiva de no dejarle en desamparo". *Teoría y Realidad Constitucional*. 2013, Nº 3, pp. 481-497.

²³⁶ TEDH. *Asunto Rahimi contra Grecia*, Demanda Nº 8687/08. Sentencia de 5 de abril de 2011.

²³⁷ *Ibidem*, párraf. 92, 93 y 94. En el mismo sentido en los siguientes asuntos: TEDH. *Asunto Okkali contra Turquía*. Demanda Nº 52067/99. Sentencia de 17 de octubre de 2006, párraf. 70. *Asunto Z. y otros c. Reino Unido*. Demanda Nº 29392/95. Sentencia del 10 de mayo 2001. TEDH. *E. y otros contra Reino Unido*. Demanda 33218/96. Sentencia de 26 noviembre 2001.

umbral de sufrimiento que permite calificar un acto como trato inhumano, hay que considerar que los niños representan un grupo especialmente vulnerable de nuestra sociedad, especialmente los inmigrantes no acompañados en situación de irregularidad; esta circunstancia ha de tomarse especialmente en consideración cuando se presenta una denuncia relativa a las condiciones en las que se ha practicado la detención²³⁸.

Adicionalmente, en el *asunto Tarakhel contra Suiza*, que involucraba la expulsión a Italia de ocho solicitantes de refugio afganos (de ellos, seis eran niños), el TEDH le otorgó una considerable importancia al estatus de los demandantes, como solicitantes de refugio, y agregó que:

“as such, a member of a particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection. It noted the existence of a broad consensus at the international and European level concerning this need for special protection, as evidenced by the Geneva Convention, the remit and the activities of the UNHCR and the standards set out in the European Union Reception Directive”²³⁹.

Por otro lado, en nuestra región los Estados han emitido diversas declaraciones sobre la protección de las personas refugiadas, en las que reconocen y reafirman su compromiso con la protección de las personas en situación de especial vulnerabilidad. A diferencia de la normativa comunitaria europea, en nuestra región no existen disposiciones vinculantes ni detalladas, pero debemos reconocer que las declaraciones de los Estados reflejan la voluntad de los mismos de otorgar protección bajo el estatuto de los refugiados a esta categoría de individuos.

A continuación examinaremos cada disposición que podemos encontrar en las declaraciones que han suscrito los Estados latinoamericanos, a fin de observar el

²³⁸ TEDH. Asunto Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica. Demanda N° 13178/03. Sentencia de 12 de octubre de 2006.

²³⁹ TEDH. Asunto Tarakhel contra Suiza. Demanda N° 29217/12. Sentencia de 4 de noviembre de 2014, párraf. 97.

estándar de protección de las personas vulnerables. Cabe precisar que la Declaración de Cartagena de 1984 no hace ninguna mención a estas personas, por la que no la incluiremos en el análisis.

Cuadro N° 3: Resumen de las disposiciones de las declaraciones de los Estados de América Latina que reconocen la protección especial a las personas en situación de vulnerabilidad

| DECLARACIÓN | CONCLUSIÓN O PÁRRAFO | DISPOSICIÓN |
|--|---|---|
| Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas (5-7/12/1994) | Conclusión duodécima Protección de mujeres | Subrayar la importancia de atender las necesidades de las mujeres y niñas refugiadas y desplazadas, particularmente aquellas en estado de vulnerabilidad, en las áreas de salud, seguridad, trabajo y educación; asimismo, alentar la inclusión de criterios basados en el género en el estudio de solicitudes de la condición de refugiado |
| | Conclusión Undécima Niños refugiados | Enfatizar la conveniencia de mejorar la situación de los niños refugiados y desplazados, tomando en cuenta lo dispuesto específicamente en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. |
| Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina (16/11/2004) | Vigésimo segundo Párrafo Protección internacional por motivos de género | Reconociendo que la persecución puede guardar relación con el género y la edad de los refugiados; así como la necesidad de brindar protección y asistencia humanitaria atendiendo a las necesidades diferenciadas de hombres y mujeres, niños y niñas, adolescentes y adultos mayores, personas con discapacidad, minorías y grupos étnicos. |
| | Numeral 2 Recomendación de plan estratégico regional | Tomar en cuenta las necesidades específicas de protección de mujeres y hombres, minorías étnicas, ancianos y personas con discapacidades. |
| Declaración de Brasilia sobre la protección de personas refugiadas y apátridas en el continente americano (11/11/2010) | Párrafo sexto Personas que necesitan atención diferenciada | Reconociendo con satisfacción que la normativa interna existente sobre refugiados y desplazados internos de los países del continente ha ido incorporando las consideraciones de género, edad y diversidad para responder a las necesidades diferenciadas de atención y protección de hombres y mujeres, niños y niñas, adolescentes y adultos mayores, personas con discapacidad, pueblos indígenas y afrodescendientes. |
| | Conclusión sexta Víctimas de trata | Considerar la posibilidad de adoptar mecanismos nacionales adecuados de protección que permitan atender nuevas situaciones no previstas por los instrumentos de protección internacional de refugiados, y la evaluación de las necesidades de protección de los migrantes y víctimas de trata, incluyendo la consideración de si |

| | | |
|--|---|---|
| | | requieren protección internacional como refugiado |
| | <p>Conclusión décima</p> <p>Niños separados o no acompañados</p> | Promover la evaluación de las necesidades de protección de los niños separados o no acompañados, incluyendo la consideración de la necesidad de protección internacional como refugiados, y el establecimiento de mecanismos nacionales para determinar el interés superior del niño. |

Como se aprecia en estas disposiciones, en el marco de la protección de refugiados en la región, no existe alguna disposición que se refiera a la protección específica de personas vulnerables en conjunto, tal como se regula en las directivas comunitarias europeas. A pesar de ello, vemos que la CIDH y la Corte IDH se han ocupado de la situación de algunos grupos vulnerables de individual, en el marco de los flujos migratorios y de refugiados: como son de los niños y niñas separados o no acompañados, de las víctimas de la trata de personas y de las mujeres.

A propósito, la CIDH ha evidenciado la vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres y niñas durante el proceso migratorio, pues señala que “las mujeres migrantes, en especial las niñas y las adolescentes, se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad de ser víctimas de trata de personas con fines explotación sexual o prostitución forzada”²⁴⁰. De este modo, precisa que, en el contexto de la migración, “las víctimas de trata de personas conforman otro grupo en situación de extrema vulnerabilidad”²⁴¹.

El aporte de la Corte IDH se centra en el reconocimiento de una protección adicional a los niños y niñas migrantes y refugiados. En la sentencia del *caso familia Pacheco Tineo contra Bolivia*, en el análisis de la violación del deber especial de protección a los niños Frida Edith, Juana Guadalupe y Juan Ricardo Pacheco Tineo, la Corte IDH estableció que la protección especial derivada del artículo 19 de la CADH deberá

²⁴⁰ CIDH, Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México. OEA/Ser.L/V/IL. Doc. 48/13. Publicado el 30 de diciembre de 2013, párr. 138.

²⁴¹ CIDH. Movilidad humana: Estándares interamericanos. Óp. Cit., párraf. 66.

proyectarse sobre los procedimientos judiciales o administrativos en los que se resuelva sobre sus derechos, lo cual implica una protección más rigurosa del artículo 8 y 25 de la CADH²⁴².

Asimismo, la Corte IDH, al verificar la transgresión de los derechos de los niños Pachecho Tinero durante el procedimiento de expulsión, agrega que los niños tenían el derecho a que se protegieran de manera especial sus garantías del debido proceso y a la protección de la familia. Por lo tanto, debieron ser considerados parte interesada o activa por las autoridades en el procedimiento de solicitud de refugio y de expulsión, ya que su conclusión o resultados podrían afectar sus derechos o intereses. En ese sentido, para la Corte IDH “independientemente de si fue presentada una solicitud específica de asilo a su favor, en atención a su situación migratoria y sus condiciones, el Estado tenía el deber de velar por su interés superior, por el principio de *non refoulement* y por el principio de unidad familiar”²⁴³.

En efecto, la Corte IDH arribó a esta conclusión partiendo de tres supuestos: (i) la separación de menores de su familia constituye, bajo ciertas circunstancias, una violación al derecho a la protección familiar y a vivir en ella; (ii) la separación de niños y niñas de sus padres, pueden poner en riesgo la supervivencia y desarrollo de los mismos; y, (iii) la participación de los niños y niñas adquiere especial relevancia cuando se trata de procedimientos que puedan tener carácter sancionatorio abiertos contra niños migrantes o contra su familia, pues este tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y en la subsecuente afectación del bienestar de los niños, independientemente de que la separación ocurra en el Estado que expulsa o en el Estado donde sean expulsados²⁴⁴.

²⁴² Corte IDH. Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. Óp. Cit. pp. 220.

²⁴³ *Ibidem*, párraf. 227 y 228.

²⁴⁴ *Ibidem*, párraf. 222, 223, 224 y 225.

Cabe agregar en esta línea que, el derecho a la unidad familiar, el cual se relaciona íntimamente con el derecho a la no devolución, se encuentra contemplado en el artículo 8 del CEDH y en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. La expulsión de un migrante establecido en un Estado, puede ser una injerencia a su derecho a la vida familiar y privada, así lo sostiene el TEDH, en el *asunto Omojudi contra Reino Unido*.

En este asunto, se confirma que el artículo 8 del CEDH, protege también el derecho a establecerse y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior, y que podía incluso abarcar aspectos de una identidad social individual. Así, se ha de aceptar que la totalidad de los lazos sociales entre los migrantes establecidos y la comunidad en la que estaban viviendo formaba parte del concepto de vida privada en el sentido del artículo 8, independientemente de la existencia de una vida familiar²⁴⁵.

Regresando a la jurisprudencia de la Corte IDH, en 2014, emitió la Opinión Consultiva N° OC-21/14, sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Sin duda, el aporte de la Corte IDH que se desprende de esta opinión consultiva es extensa y notable, para efectos de este apartado mencionaremos que la Corte IDH recogió que el enfoque de interseccionalidad, el principio del efecto útil y de las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad, se deben considerar para determinar la necesidad de medidas positivas adicionales y específicas²⁴⁶.

En suma, en la primera parte del presente capítulo hemos evidenciado que, actualmente, en el DI el principio de no devolución no es único, ya que co-existen: (i)

²⁴⁵ TEDH, Asunto Omojudi contra Reino Unido. Demanda N° 1820/08. Sentencia de 24 de noviembre de 2009.

²⁴⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva N° OC-21/14. Óp. Cit., párraf. 71.

El tradicional principio de no devolución de los refugiados, contenido en la Convención de 1951. Este principio es muy importante, debido a que tiene un alcance universal y es una norma internacional consuetudinaria. Además, tiene unos componentes básicos que operan como mínimos y con carácter complementario. (ii) El derecho a la no devolución causal, contenido en la CAT, y en el PIDCP, el CEDH y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. Este derecho, también tiene un alcance universal, tiene naturaleza consuetudinaria; y, es incluso una norma de *ius cogens*.

En la segunda parte, hemos identificado el derecho a la no devolución ampliado, que se deduce que la “regionalización del principio de no devolución”. Este derecho en el SIDH se ha convertido en un derecho humano autónomo, por lo que, considero se pueden hablar del derecho a la no devolución ampliado de la región europea y otro en nuestra región.

En ambos se ha extendido su titularidad a todos los extranjeros, se ha consolidado su alcance extraterritorial, se han ampliado los riesgos, y se ha complementado la protección de los extranjeros con la prohibición de expulsiones colectivas. Se diferencian en que, en el ámbito del SIDH, se incluye en el aspecto objetivo del derecho a la no devolución las causas de riesgo de la Declaración de Cartagena de 1984, lo que no ocurre a nivel europeo. Además, vimos que el riesgo a los DESC (condiciones de vida generales), ha sido incluido en el ámbito europeo, aunque no se niega que la jurisprudencia de la Corte IDH o de la CIDH decida incorporarlos.

Finalmente, en ambas regiones han incorporado la valoración del criterio de vulnerabilidad y la necesidad de otorgar medidas especiales a grupos en situación de vulnerabilidad en el contexto de movilidad humana y de flujos de refugiados y solicitantes de refugio. En ese sentido, cabe examinar el contenido del derecho a la no

devolución de titularidad de los grupos en situación de especial vulnerabilidad, en tanto que este derecho se puede presentar como una herramienta para garantizar sus derechos humanos. Precisamente, de esto nos ocuparemos en el siguiente capítulo.



**CAPÍTULO 2: LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LA NO DEVOLUCIÓN EN EL
SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: ESPECIAL ATENCIÓN
A ALGUNOS GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD**

En el DIR, una persona para ser titular del derecho a la no devolución requiere ser un refugiado o un solicitante de refugio bajo los parámetros que exige el artículo 1A(2) de la Convención de 1951. En contraste, en el SIDH, la titularidad del derecho a la no devolución recae en una categoría amplia de individuos, pues según el artículo 22(8) de la CADH, beneficia a todos los “extranjeros”. La Corte IDH, entiende que el término “extranjeros”, debe entenderse como “toda persona” que no sea nacional del Estado en cuestión o que no sea considerada como nacional suyo por el Estado conforme a su legislación²⁴⁷.

En tal sentido, en el presente capítulo pretendemos conocer y comprender si la titularidad del derecho a la no devolución en el SIDH, también alcanza a las personas solicitantes de refugio y a las personas refugiadas según la definición ampliada del término refugiado y a los solicitantes de asilo diplomático. Para ello, será necesario recurrir al DIR, a fin de conceptualizar las categorías de: personas refugiadas según la definición ampliada; y de solicitantes de refugio. Posteriormente, examinaremos los fundamentos que sustentan que sean titulares del derecho a la no devolución.

Asimismo, en tanto que, en el SIDH el derecho a la no devolución beneficia a todos los extranjeros, sin algún límite de edad, género o condición; estudiaremos el contenido de este derecho bajo la titularidad de algunos grupos en situación de especial vulnerabilidad: como son los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados; las mujeres; las víctimas de la trata de personas y las personas con discapacidad. Para lo cual, acudiremos al DIR a efectos de conocer los avances

²⁴⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit., párraf. 218.

vinculados con su incorporación en el estatuto de los refugiados; y, así, identificar el derecho a la no devolución de estos grupos en situación de vulnerabilidad.

1. EL CASO DE LAS PERSONAS REFUGIADAS

1.1. Refugiados de la Convención de 1951 y de su Protocolo de 1967: Los refugiados por persecución

El derecho a la no devolución, en los términos del artículo 33(1) de la Convención de 1951, alcanza categóricamente a los refugiados comprendidos en la definición del artículo 1A (2) del mismo cuerpo legal, es decir, a los denominados refugiados por persecución, según precisamos en el punto 1.1. b. del capítulo 1. La cuestión que aquí nos concierne, es examinar si la Convención de 1951 establece algún límite o restricción para que la persona refugiada no pueda ejercer el derecho a la no devolución, independientemente de las excepciones que veremos más adelante.

Sin perjuicio de que en el presente apartado estamos estudiando la figura del refugiado bajo la Convención de 1951, es importante mencionar que en adición a la definición general de dicha norma, el Estatuto del ACNUR consagra una definición de refugiado para los efectos de la protección por dicho órgano. En el numeral 6 (A), se repite con términos similares la definición de refugiado de la Convención de 1951, pero el Estatuto del ACNUR consagró una categoría más amplia al incluir en la categoría de refugiados bajo su competencia a:

“(…) cualquier otra persona que se halle fuera del país de su nacionalidad o, si carece de nacionalidad, fuera del país en el cual tenía su residencia habitual, por tener o haber tenido temores fundados de ser víctima de persecuciones por motivos de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, y no pueda o, debido a ese temor, no quiera acogerse a la protección del gobierno del país de

su nacionalidad o, si carece de nacionalidad, no quiera regresar al país donde antes tenía su residencia habitual”²⁴⁸.

Se considera que esta definición es “amplia”, pues: (i) El Estatuto del ACNUR, desde su inicio no estableció limitaciones ni en el tiempo ni en el espacio de aplicación²⁴⁹. (ii) El ACNUR tiene el mandato respecto de los refugiados a nivel mundial, independientemente de la ubicación de los refugiados²⁵⁰. (iii) En situaciones de afluencia masiva, el ACNUR puede prescindir del examen individual de las solicitudes y determinar la elegibilidad de la condición de refugiado en forma colectiva²⁵¹ (iv) Vinculada con la anterior, el ACNUR tiene la autoridad de declarar a los individuos como refugiados, mediante una determinación *prima facie*²⁵². (v) Se ha ampliado el mandato del ACNUR a las personas que se hallan fuera de sus países y que necesitan protección internacional como resultado de conflictos armados u otros “desastres causados por el hombre”²⁵³.

Ahora bien, examinaremos si la Convención de 1951 impone limitaciones o restricciones a los refugiados para ejercer este derecho.

a) Entrada ilegal de las personas refugiadas ¿importa para el ejercicio del derecho a la no devolución?

Originalmente el derecho a la no devolución regulado en el artículo 3 de la Convención de 1933, fue concebido sólo para los “refugiados que habían sido autorizados a permanecer legalmente”. Inclusive, en los proyectos originales del artículo 33 de la Convención de 1951, presentados por el Secretario General de la ONU y Francia, se

²⁴⁸ ONU. Asamblea General. Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Resolución 428 (V), de 14 de diciembre de 1950.

²⁴⁹ GALINDO VÉLEZ, Francisco. Óp. Cit., pp. 115. p

²⁵⁰ ACNUR. Nota sobre el mandato del Alto Comisionado para los Refugiados y su Oficina. Octubre de 2013.

²⁵¹ ACNUR. Normas procedimentales para determinar la condición de refugiado bajo el mandato del ACNUR. Ginebra: 2003, ACNUR..

²⁵² ACNUR. Directrices sobre protección internacional N° 11. Reconocimiento *prima facie* de la condición de refugiado. HCR/GIP/15/11. 24 Junio 2015.

²⁵³ ONU. Asamblea General. Resolución A/AC.96/830. Nota sobre Protección Internacional. 7 de setiembre de 1994.

replicó esta restricción²⁵⁴. Pese a ello, en ambas propuestas se incluyeron un párrafo adicional sin la condición de una entrada autorizada, estableciendo la aplicación del principio “in any case not to turn back refugees to the frontiers of their country of origin, or to territories where their life or freedom would be threatened²⁵⁵”.

De este modo, de acuerdo a lo que señala Hathaway, esta restricción no es relevante a fin de determinar la aplicación el derecho a la no devolución, ya que en el proceso de redacción de la Convención de 1951 se asumió que la autorización previa para residir en el Estado de refugio no era un tema relevante²⁵⁶. Esta decisión de proteger a todos los refugiados del riesgo de devolución es claramente de gran importancia para la mayoría de los refugiados contemporáneos, ya que generalmente no han sido autorizados para viajar y mucho menos para residir en el Estado donde solicitan protección.

Lo que apunta Hathaway es valioso, pues la realidad nos muestra que los solicitantes de refugio suelen entrar en el territorio de los Estados de acogida en condiciones irregulares. Dicha irregularidad en la entrada, no puede ser una causal para que no gocen de protección internacional. Es más, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 31 de la Convención de 1951, se prohíbe la imposición de sanciones penales, por causa de la entrada o la presencia ilegal del refugiado, siempre que éste se presente sin demora a las autoridades y alegue una causa justificada para su entrada o presencia ilegal.

Si no se sanciona la entrada ilegal del refugiado, esto no es relevante para efectos de determinar su condición legal en el territorio del Estado en el que se encuentra. Lo cual

²⁵⁴ Los proyectos preparados por el Secretario General y Francia que fueron presentados al “Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems” en Febrero de 1950, establecieron la protección contra devoluciones solo a los refugiados “who have been authorized to reside [in the state party] regularly”. En: ONU. “Proposal for a Draft Convention,” UN Doc. E/AC.32/2. 17 de enero de 1950. Francia. “Proposal for a Draft Convention”.UN Doc. E/AC.32/L.3. 17 de enero de 1950 (France, “Draft Convention”).

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ Traducción libre. HATHAWAY, James. *The Rights of Refugees*. Óp. Cit., pp 303.

conllevaría que, para la aplicación derecho a la no devolución, tampoco sea relevante la entrada ilegal del refugiado. Tal como se ha señalado, si bien un examen cuidadoso de la Convención de 1951 demuestra que en la mayoría de sus disposiciones, los derechos de los refugiados están sujetos a su presencia y residencia legal en el territorio del Estado de refugio. Sin embargo, el artículo 33(1) no contiene tal limitación; por lo tanto, es aplicable incluso si el rechazo o devolución ocurre fuera del territorio nacional de un Estado en particular.²⁵⁷

En consecuencia, tanto la ilegalidad de la entrada y la presencia del refugiado en el territorio del Estado, no son causales habilitantes para que un Estado pueda devolver al país del que huyen. Aunque, ello no implica que los Estados no puedan controlar el ingreso irregular de los refugiados. Como ejemplo de ello, el artículo 5 párr. 1, f) del CEDH permite la detención de los solicitantes de refugio para impedir su entrada ilegal en el territorio de un Estado.

De conformidad con el TEDH, en el *asunto Saadi contra el Reino Unido*, una entrada es ilegal hasta que las autoridades nacionales la autoricen formalmente²⁵⁸. Asimismo, actualmente el gobierno de EE.UU. está emitiendo directivas para controlar el ingreso irregular de migrantes; sin embargo, como lo analizaremos en el capítulo 3, estas directivas serían ilegales, por transgredir los derechos de los refugiados y de los solicitantes de refugio.

Sobre esto último, es ilustrativo el criterio de la CIDH al señalar que la competencia territorial del Estado de controlar el ingreso a su territorio, se limita por el compromiso que éste soberanamente ha contraído de respetar y hacer respetar los derechos humanos de las personas que somete a su jurisdicción. Ello implica, a decir de la

²⁵⁷ GHAFUR HAMID, Abdul y Majeed HIRI SHABAN. Óp. Cit., pp. 47.

²⁵⁸ TEDH. Asunto Saadi contra Reino Unido. Óp. Cit., párraf. 33.

CIDH, que no tiene significancia alguna si el ingreso de la persona al territorio estatal fue acorde o no a lo dispuesto en la legislación estatal²⁵⁹. Bajo esta línea, en el SIDH, los Estados deben respetar el derecho a la no devolución independientemente del ingreso y estancia irregular del solicitante de refugio.

b) ¿El derecho a la no devolución protege a la persona que se encuentre en la frontera del Estado de acogida?: la prohibición del rechazo en frontera

El artículo 33(1) de la Convención de 1951 no contempla expresamente la prohibición del rechazo en la frontera. Pese a ello, esto no quiere decir que los Estados estén facultados para rechazar en sus fronteras a quienes tienen un temor fundado de persecución; y, mucho menos implica que los puedan devolver o expulsar a su país de origen a quienes su vida o libertad peligran. El lugar en el que se encuentren los refugiados, que puede ser en las fronteras de los territorios, en mar territorial, alta mar, zona contigua, etc; no restringe la aplicación del derecho a la no devolución bajo la Convención de 1951, como vimos en la aplicación extraterritorial de este derecho.

Precisamente, hemos analizado que lenguaje del artículo 33(1) de la Convención de 1951 contempla una conducta prohibida amplia, pues se refiere a la “devolución o expulsión en modo alguno”, en donde cabría incluir el rechazo en la frontera. Como ha apuntado un comentarista, en la ley belga y francesa el término “devolución” (*refouler* en francés) cubre comúnmente el rechazo en la frontera²⁶⁰. Esta interpretación es respaldada con diversas Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR. Por ejemplo, en la Conclusión N° 6 de 1977, el Comité reafirmó “[...] la importancia fundamental de

²⁵⁹ CIDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit. pp. 23.

²⁶⁰ Traducción libre. WEIS, Paul. *The Refugee Convention, 1951: The Travaux Préparatoires analysed by a commentary* by Dr. Paul Weis. 1995: Cambridge University Press, pp. 342.

la observancia del principio de no devolución, tanto en la frontera como dentro del territorio de un Estado”²⁶¹.

Entonces, en el artículo 33(1) de la Convención de 1951 no se impone alguna restricción espacial para la aplicación del derecho a la no devolución, alcanzando esta protección a aquellas personas refugiadas que se encuentren dentro del territorio del Estado de acogida o en sus fronteras. Lo cual se complementa con que la proscripción del rechazo en la frontera tiene un reconocimiento en diversos instrumentos internacionales: en la Declaración de Asilo Territorial de 1967, en los Principios Asiático-Africanos sobre los Refugiados de 1966, en la Convención de 1969; y, en la Declaración de Cartagena de 1984.

A ello, se suma que a criterio de la CIDH, “la prohibición de devolución significa que cualquier persona reconocida como refugiado o que solicita reconocimiento como tal puede acogerse a esta protección para evitar su expulsión. Esto necesariamente implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones”²⁶². Como vemos, la CIDH reconoce que la prohibición de expulsión en frontera es un componente del derecho a la no devolución.

Igualmente, en nuestra región existe normativa interna expresa que recoge la prohibición del rechazo en frontera de las personas refugiadas y solicitantes de refugio, tal como podemos apreciar en el siguiente cuadro.

²⁶¹COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. Conclusión N° 6 (XXVIII). No devolución. 1977, párrafo (c). En el mismo sentido, puede verse la Conclusión N° 15 (XXX). Refugiados sin país de asilo. 1979, párrafo (b). Conclusión N° 53 (XXXIX). Los pasajeros clandestinos en busca de asilo. 1988, en el párrafo 1.

²⁶² CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40 rev 28 febrero 2000.

Cuadro N° 4: Países de América Latina que reconocen de manera expresa la prohibición de rechazo en frontera o en el puesto de entrada al país²⁶³

| PAÍS | FUENTE | DISPOSICIÓN |
|-----------|--|--|
| Argentina | Ley N° 26165 de 2006, de reconocimiento y protección al refugiado, artículo 2. | La protección de los refugiados en la República Argentina se realizará con arreglo a los principios de no devolución, <i>incluyendo la prohibición de rechazo en frontera</i> , no discriminación, no sanción por ingreso ilegal, unidad de la familia, confidencialidad, trato más favorable y de interpretación más favorable a la persona humana o principio pro homine. |
| Bolivia | Ley N° 251 de 2012, Ley de protección a personas refugiadas, artículo 4(II). | A efectos de la aplicación del presente Artículo, <i>el rechazo en frontera</i> y la extradición <i>son consideradas formas de devolución de la persona</i> . |
| Chile | Ley N° 20430 de 2010, que establece disposiciones sobre protección de refugiados (Artículo 3) | La protección de los solicitantes de la condición de refugiado y los refugiados se regirá por los principios de no devolución, <i>incluida la prohibición de rechazo en frontera</i> ; de no sanción por ingreso ilegal; de confidencialidad; de no discriminación; de trato más favorable posible; y de unidad de la familia. |
| Honduras | Ley de Migración y Extranjería del 2004 (Artículo 44). | Tampoco se devolverán quien solicite refugio o al refugiado, <i>ya sea desde la frontera, puerto o aeropuerto</i> , o una vez que haya ingresado al territorio nacional. |
| México | Ley sobre refugiados y protección complementaria de 2011 (Artículo 6, 21). | Ningún solicitante o refugiado <i>podrá en modo alguno ser rechazado en frontera</i> o devuelto de cualquier forma al territorio de otro país donde su vida peligre por los motivos señalados en el artículo 13 de esta Ley, o en donde existan razones fundadas para considerar que estaría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. |
| Panamá | Decreto Ejecutivo 5, de 16 de enero de 2018, sobre aprobación de Convención y Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiado, dicta nuevas disposiciones para protección de personas refugiadas (Artículo 7 y 82). | Artículo 7: El principio de no devolución también comprende la prohibición de rechazo en frontera. Artículo 82: Derechos de los solicitantes [...] 1. El “no rechazo” en frontera o puerto de entrada al país. |
| Perú | Ley N° 27891, Ley del refugiado (Artículo 36) | Artículo 36: Se aplica a la protección temporal los principios de no devolución, <i>no rechazo en la frontera</i> y no sanción por el ingreso ilegal o irregular, sin que ello comprometa al Estado a proporcionarles asentamiento permanente en su territorio. |
| Uruguay | Ley N° 18076, Estatuto del Refugiado de 2006 (Artículo 10 y 12). | Artículo 10: Toda solicitud de refugio impone al Estado respetar los siguientes principios: [...] B) No rechazo en la frontera. Artículo 12: Todo funcionario público, en |

²⁶³ Información obtenida de la base de datos legal disponible en la página web del ACNUR.

| | | |
|--|--|---|
| | | ejercicio de funciones de control migratorio en un puesto fronterizo de carácter terrestre, marítimo, fluvial o aéreo, se abstendrá de prohibir el ingreso condicional al territorio nacional a toda persona que manifieste su intención de solicitar refugio. Esta disposición se aplicará aun cuando el solicitante no posea la documentación exigible por las disposiciones legales migratorias o ésta sea visiblemente fraudulenta o falsificada. |
|--|--|---|

Como se aprecia, la legislación de Argentina, Bolivia, Chile, Honduras, México y Panamá señalan que el derecho a la no devolución supone la prohibición del rechazo en la frontera. Mientras que la legislación de Perú y Uruguay contemplan la prohibición de rechazo en frontera como un principio adicional al derecho a la no devolución. Además, resaltamos que la disposición del artículo 12 de la Ley N° 18076, Estatuto del Refugiado de Uruguay, incluye la prohibición de rechazo en frontera de manera detallada, norma que sería recomendable que se incorpore en las legislaciones de todos los Estados a fin de garantizar el cumplimiento adecuado de la prohibición del rechazo en frontera.

En efecto, considerando que todos los Estados latinoamericanos (a excepción de Cuba), que pertenecen al SIDH, son parte de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967; por tanto, en el SIDH los refugiados por persecución del DIR son titulares del derecho a la no devolución. Estas personas refugiadas, según el DIR, pueden ejercer este derecho sin alguna restricción vinculada con su entrada ilegal o incluso encontrándose en las fronteras del Estado de acogida.

1.2. La inclusión en la titularidad del derecho a la no devolución a las personas refugiadas según la definición ampliada del término “refugiado”

En este apartado analizaremos si las personas refugiadas que son consideradas como tal bajo la definición ampliada de esta categoría, pese a no estar incluidas en los

términos de la Convención de 1951, son titulares del derecho a la no devolución en el SIDH. En principio, cabe adelantar que en virtud de la claridad y amplitud del texto artículo 22(8) de la CADH y de diversos pronunciamientos de la Corte IDH, ésta categoría de personas refugiadas gozan del derecho a la no devolución.

La definición de refugiado que establece la Convención de 1951 respondió a las necesidades y a las negociaciones de esa época, y su requisito central se focaliza en el temor fundado de sufrir persecución. Sin embargo, las principales causas actuales de los movimientos de refugiados no se vinculan en su mayoría con la persecución, sino con los conflictos armados, las violaciones a gran escala de los derechos humanos y los desastres naturales. Por lo tanto, el reconocimiento de los refugiados a través de la Convención de 1951, fue solo una pequeña parte del fenómeno internacional de las personas que buscan refugio²⁶⁴.

Frente a estas limitaciones, surgieron dos instrumentos regionales que incluyen en su cuerpo normativo una definición ampliada del término de refugiado. Nos referimos a la Convención de la OUA de 1969 y a la Declaración de Cartagena de 1984. Estos instrumentos son trascendentales hoy en día porque extendieron la definición del refugiado y constituyen complementos regionales de la Convención de 1951, al adecuar sus disposiciones a las necesidades y urgencias regionales²⁶⁵.

a) Personas refugiadas según la Convención de la OUA de 1969

La definición de la categoría de refugiados que contiene la Convención de la OUA de 1969 introdujo otros elementos al concepto de refugiado de la Convención de 1951, en respuesta al contexto social en que se encontraban los países del continente africano;

²⁶⁴ Traducción libre. CLAYTON, Gina. Óp. Cit., pp. 407.

²⁶⁵ VALDEZ, Flor de María. Óp. Cit pp. 131.

de manera que, se pudiera otorgar protección a las personas que huyeran de otros eventos además de la persecución, como los conflictos armados internos que atravesaba el continente. Si bien, en el primer párrafo del artículo 1, de la Convención de la OUA se repite literalmente la definición de refugiado que establece la Convención de 1951; en el segundo párrafo de dicho artículo se añade que:

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

Esta definición tiene cinco características propias: (1) Comprende criterios estrictamente objetivos que se centran en las condiciones generales del Estado de origen del refugiado, en lugar de en el temor de ser perseguido²⁶⁶. (2) La naturaleza generalizada de los eventos generadores de refugiados, agresión externa, ocupación, dominación extranjera y acontecimientos que perturben el orden público, significa que la definición proporciona una mejor protección a las personas que huyen de formas de daño generalizadas, como los conflictos armados internos²⁶⁷. (3) El requisito de que el evento ocurra solo “en todo o en parte” del país de origen del refugiado elimina la llamada “alternativa de huida interna” de la definición de la Convención de 1951, lo que implica que no se requiere que el refugiado busque protección primero en su propio país antes de solicitar el estatuto del refugiado²⁶⁸. (4) El nexo entre los hechos perturbadores y la condición de refugiado se manifiesta a través de *estar obligado a abandonar el lugar de residencia habitual por los motivos que expone la definición*²⁶⁹. (5) En situaciones de afluencia masiva, permite el reconocimiento *prima facie* de la

²⁶⁶ WOOD, Tamara. “Expanding Protection in Africa? Case Studies of the Implementation of the 1969 African Refugee Convention’s Expanded Refugee Definition”. *International Journal of Refugee Law*. 2014, Vol. 26, N° 4, pp. 555-580.

²⁶⁷ EDWARDS, Alice. “Refugee Status Determination in Africa”. *African Journal of International and Comparative Law*, 2006, N° 204, pp. 221.

²⁶⁸ WOOD, Tamara. Óp. Cit. pp 559.

²⁶⁹ GALINDO VÉLEZ, Francisco. Óp. Cit, pp. 116.

condición de refugiado²⁷⁰.

En relación a los eventos generadores, es preciso referirnos al alcance que el ACNUR y la doctrina precisa para cada uno de ellos:

- **Agresión externa.** Se refiere a la definición de agresión en el DI, a la que ya hemos hecho referencia en el punto 2.3.(c) de capítulo 1. Además, para el ACNUR, estas situaciones pueden incluir conflictos armados impulsados por injerencia externa o que han ingresado de Estados vecinos, incluyendo debido a la presencia de (miembros de) fuerzas armadas de otro Estado o a incursiones de grupos armados extranjeros²⁷¹.
- **Ocupación extranjera.** En el sentido de esta disposición, la ocupación extranjera es distinta de la ocupación beligerante en el sentido tradicional de que toda o una parte del territorio de un Estado está siendo ocupado por otro Estado; y, cubre los casos de ocupación total o parcial de un territorio que aún no se ha conformado totalmente como Estado²⁷².

Así, para el ACNUR, las situaciones de conflicto armado y violencia también pueden acompañar o ser el resultado de “ocupación”, es decir, una situación en la que el territorio está realmente bajo la autoridad o el control efectivo de las fuerzas armadas de un Estado extranjero hostil²⁷³. Este también puede ser el caso de otras situaciones no clasificadas como “ocupación” en el sentido del

²⁷⁰ ACNUR. Directrices sobre Protección Internacional N° 11. Reconocimiento prima facie de la condición de refugiado. HCR/GIP/15/11. 24 de junio 2015.

²⁷¹ ACNUR. Directrices sobre Protección Internacional N° 12. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado. Óp. Cit., párraf. 54.

²⁷² ZIMMERMANN, Bruno y otros. “Commentary on the Additional Protocols to the Geneva Conventions”. Ginebra: 1987, CICR.

²⁷³ ACNUR. Directrices sobre Protección Internacional N° 12. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado. Óp. Cit., párraf. 55.

DIH, donde un grupo o grupos armados de dentro o fuera del país ejercen control sobre el territorio²⁷⁴.

- Dominación extranjera. Conlleva subyugación de pueblos, los cuales no pueden por tal poder en su contra, determinar libremente su condición política ni perseguir libremente su desarrollo económico social y cultural, porque la potencia colonial ha quebrado en todo o en parte la unidad nacional y la integridad territorial de ese pueblo²⁷⁵. Para el ACNUR, las situaciones de conflicto armado y violencia también pueden acompañar o ser el resultado de “dominación extranjera”, es decir, el control político, económico o cultural de un Estado por parte de (agentes de) uno o más Estados, asociación de Estados u organizaciones internacionales gobernadas por Estados²⁷⁶.
- Acontecimientos que perturben gravemente el orden público. Se ha apuntado acertadamente que esta causal no es un cajón de sastre en el que cabe cualquier afectación mínima al orden público. El análisis de cada caso pasará por los siguientes filtros: “a) amenaza de daño o daño realizado contra los derechos indispensables de las personas, b) voluntad y posibilidad real del Estado de controlar la situación y de proteger a su población”²⁷⁷.

En esa línea, para el ACNUR los indicadores factuales de acontecimientos que perturban gravemente el orden público incluyen: un estado de emergencia declarado; violaciones del DIH, incluidos los crímenes de guerra; actos de terrorismo; un número significativo de personas asesinadas, heridas o

²⁷⁴ COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS. Declaración de la Comisión Africana sobre la Situación Actual de los Derechos Humanos en Malí, 18 de enero de 2013.

²⁷⁵ SALVADOR POMALAZA, Karen Morgana. Óp. Cit., pp. 107. ONU. Asamblea General. Resolución 1514 (XV) Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los países y pueblos coloniales, aprobada el 14 de diciembre de 1960.

²⁷⁶ ACNUR. Directrices sobre Protección Internacional N° 12. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado. Óp. Cit., párraf. 55

²⁷⁷ SALVADOR POMALAZA, Karen Morgana. Óp. Cit., pp. 112.

desplazadas; el cierre de escuelas; la falta de alimentos, servicios y suministros médicos y otros servicios vitales como el agua, la electricidad y el saneamiento; un cambio o colapso de las instituciones y servicios gubernamentales, los sistemas políticos o la policía y el sistema de justicia; la imposición de sistemas de justicia y administrativos paralelos o informales; y/o actores no estatales controlando territorio del Estado²⁷⁸.

De esta manera, en esta causal se incluyen situaciones de violencia generalizada, es decir, amplia violencia que afecta a grandes grupos de personas o poblaciones enteras, violaciones graves y/o masivas de los derechos humanos o acontecimientos caracterizados por la pérdida de control gubernamental y su incapacidad o la falta de voluntad para proteger a su población (incluidas las situaciones caracterizadas por controles sociales represivos y coercitivos por parte de actores no estatales, a menudo procuradas a través de la intimidación, el acoso y la violencia)²⁷⁹.

Pues bien, el aporte fundamental de la Convención de la OUA de 1969 fue incluir otras circunstancias como causas de huida que no estaban recogidas en la Convención de 1951 ni en su Protocolo de 1967 u otro instrumento internacional. Por lo que, bajo esta definición puede existir o no temores fundados de persecución, el elemento que siempre deberá estar presente consiste en una situación agudamente anómala que priva a las personas de las garantías normales y los obliga a abandonar su país²⁸⁰.

b) Personas refugiadas según la Declaración de Cartagena de 1984

La Declaración de Cartagena de 1984 es un instrumento internacional de carácter

²⁷⁸ ACNUR. Directrices sobre Protección Internacional N° 12. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado. Óp. Cit., párraf. 59.

²⁷⁹ *Ibidem*, párraf. 58

²⁸⁰ *Ibidem*.

regional no vinculante, y, es el instrumento jurídico más importante en materia de protección de refugiados que existe en el ámbito latinoamericano. Pese a no ser un instrumento convencional, Gross señala que tiene influencia en Latinoamérica por la vía consuetudinaria, por existir un elemento material y otro elemento psicológico²⁸¹.

Es en la tercera conclusión de la Declaración de Cartagena de 1984, en donde se recoge la extensión del concepto de refugiado, en los siguientes términos:

“[...] la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.

De la definición citada es posible identificar cinco características del concepto de refugiado imperante en nuestra región: (1) Es complementaria a la definición de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, al igual que la Convención de la OUA²⁸². (2) El nexo causal entre los hechos que causan la huida y la condición de refugiado es la amenaza a la vida, seguridad o libertad. (3) Incorpora nuevas circunstancias para alegar la condición de refugiado: la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. (4) Esta definición pone énfasis en las condiciones objetivas imperantes en el país de origen (las cuales hemos analizado en el punto 2.3.(c) del primer capítulo) y no en las condiciones subjetivas del solicitante, en tanto no se requiere un temor fundado de persecución²⁸³, al igual que en

²⁸¹ GROS ESQUELL, Héctor. “La Declaración de Cartagena como fuente de derecho internacional de los refugiados en América Latina”. *Diez años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados*. Memoria Cologquio Internacional organizado por el ACNUR, el Instituto Internacional de derechos humanos y el Gobierno de Costa Rica. San José: 1994, ACNUR.

²⁸² ACNUR. Directrices sobre Protección Internacional N° 12. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado. Óp. Cit., párraf. 87.

²⁸³ MURILLO GONZÁLES, Juan Carlos. “La importancia de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 al conmemorarse su veinte aniversario”. *Ponencia ante el Seminario Regional de la Asociación Internacional de Jueces de Derecho Internacional de Refugiados*. San José: 2004.

la definición de la Convención de la OUA de 1969. (5) En situaciones de afluencia masiva permite el reconocimiento *prima facie* de la condición de refugiado²⁸⁴, de manera similar a la Convención de la OUA de 1969.

Es importante resaltar que la definición de la Declaración de Cartagena de 1984, ha sido incorporada en la legislación interna de la mayoría de los países de la región (en concreto de 16 países), lo cual refuerza el alegado carácter consuetudinario de la Declaración de Cartagena de 1984.

Cuadro N° 5: Países de América Latina que incorporan a su legislación la definición regional de refugiado²⁸⁵

| PAÍS | FUENTE | DISPOSICIÓN |
|-----------|---|---|
| Argentina | Ley N° 26165, Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado (Artículo 4.b) | El término refugiado se aplicará a toda persona que “ha huido de su país de nacionalidad o de residencia habitual para el caso en que no contara con nacionalidad porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. |
| Bolivia | Ley de Protección a Personas Refugiadas N° 251 del 2012 (Artículo 15.b). | “A los efectos de la presente Ley, se entiende indistintamente por persona refugiada a quien: [...]Ha huido de su país de nacionalidad o, careciendo de nacionalidad, ha huido de su país de residencia habitual porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. |
| Colombia | Decreto N° 2840 de 2013 (Artículo 1) | “El término refugiado se aplicará a toda persona: [...] b) “que se hubiera visto obligada a salir de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente al orden público.” |
| Chile | Ley N° 20430 que establece disposiciones sobre protección a refugiados del 2010 (Artículo 2.2). | Tendrán derecho a que se les reconozca la condición de refugiado las personas que “hayan huido de su país de nacionalidad o residencia habitual y cuya vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la |

²⁸⁴ ACNUR. Directrices sobre Protección Internacional N° 11. Reconocimiento *prima facie* de la condición de refugiado. Óp. Cit., párraf. 5.

²⁸⁵ ACNUR. Buena práctica 1. Definición regional de refugiado.

| | | |
|------------|--|--|
| | | agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en dicho país”. |
| Costa Rica | Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección cuarta, de las catorce horas del 28 de noviembre de 2014 (voto número 0103- 2014 IV) relativa a la definición ampliada de refugiado en Costa Rica. | Se “[...] llega a concluir que el tribunal constitucional ha incorporado al derecho interno la referida declaración como parámetro de constitucionalidad, lo que a la luz del Canon trece de la Ley de la Jurisdicción Constitucional obliga a tenerlo de esa manera para todos los órganos jurisdiccionales y administrativos. Este órgano colegiado comprende la posición del representante estatal con respecto a su análisis de los artículos siete y cuarenta y ocho con respecto a la eficacia de los instrumentos internacionales, pero debe desecharla a partir del imperativo legal ya citado. De manera que se llama la atención a la Dirección General de Migración y Extranjería, para que esa declaración se tenga como parte del ordenamiento nacional en futuras ocasiones, según la interpreta la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia” |
| Ecuador | Ley de Movilidad Humana del 2017 (Artículo 98). | “Será reconocida como refugiada en el Ecuador toda persona que: [...] Ha huido o no pueda retornar a su país porque su vida, seguridad o libertad ha sido amenazada por la violencia generalizada, agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público y no pueda acogerse a la protección de su país de nacionalidad o residencia habitual”. |
| México | Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria del 2011 (Artículo 13) En el Reglamento de Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria (Artículo 4), puede verse las definiciones de las causas de huida. | Artículo 13: “La condición de refugiado se reconocerá a todo extranjero que se encuentre en territorio nacional, bajo alguno de los siguientes supuestos:[...] II. Que ha huido de su país de origen, porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. |
| Belice | Refugees Act (y sus reformas), Sec. 4(1) c. | “A person shall be a refugee for the purposes of this Act if owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, he is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality”. |
| Brasil | Ley 9474 de 1997(Artículo 1, III). | “Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: [...] III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país”. |
| Guatemala | Código de Migración del 2016 (Artículo 43). | “Las personas extranjeras pueden solicitar refugio ai Estado de Guatemala al momento de su ingreso al país en un puesto migratorio oficial. El procedimiento para el reconocimiento del |

| | | |
|-------------|--|---|
| | | estatuto de refugiado será dispuesto en el reglamento respectivo, de conformidad con la legislación vigente y los instrumentos internacionales de los que Guatemala es parte”. |
| El Salvador | Decreto N° 918 de 2002 (Artículo 4.C). | “[...] Se considera refugiado al que ha huido de su país de origen porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. |
| Paraguay | Ley N° 1.938 Ley General sobre Refugiados del 2002 (Artículo 1.b). | “[...] El término refugiado se aplicará a toda persona que [...] se hubiera visto obligada a salir de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente al orden público”. |
| Perú | Ley N° 27891, Ley del Refugiado del 2002 (Artículo 3) | “A la persona que se ha visto obligada a huir de su país de nacionalidad o de residencia habitual por causa de la violación masiva de los derechos humanos, agresión extranjera, conflicto interno, ocupación o dominación extranjera; o en razón de acontecimientos que perturben gravemente el orden público”. |
| Honduras | Ley de Migración del 2004 (Artículo 42.3). | “Le será reconocida la condición de refugiado a quienes “hayan huido de su país porque su vida, seguridad o libertad se han visto amenazados por cualquiera de los motivos siguientes; a) Violencia generalizada, grave y continua; b) Agresión extranjera entendida como el uso de la fuerza armada por parte de un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política del país de origen; c) Conflictos armados internos suscitados entre las fuerzas armadas del país del que se huye y fuerzas o grupos armados; d) Violencia masiva, permanente y sistemática de los derechos humanos; y, e) Que sufran persecución mediante violencia sexual u otras formas de persecución de género basada en violaciones de derechos humanos consagrados, en instrumentos internacionales.” |
| Nicaragua | Ley N° 655 de Protección a Refugiados de 2008 (Artículo 1.C). | Se considera refugiado a toda persona que “haya huido de su país o del país donde antes tuviera su residencia habitual, porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. |
| Uruguay | Ley N° 18076 sobre el Estatuto de Refugiados de 2006 (Artículo 2.B). | Será reconocido como refugiado toda persona que “ha huido del país de su nacionalidad o careciendo de nacionalidad, ha huido del país de residencia porque su vida, seguridad o libertad resultan amenazadas por la violencia generalizada, la agresión u ocupación extranjera, el terrorismo, los conflictos internos, la violación masiva de los Derechos Humanos o cualquier |

| | |
|--|--|
| | otra circunstancia que haya perturbado gravemente el orden público”. |
|--|--|

Como se puede apreciar, siguiendo a Cantor, los Estados de América Latina al incorporar en su legislación interna la definición de la Declaración de Cartagena de 1984, han alterado su lenguaje, ciertos elementos han sido omitido y otros añadidos a escala significativa²⁸⁶. Así, vemos que seis de los Estados mencionados incluyen el requisito adicional que los refugiados se vean obligados a dejar su país²⁸⁷. De otro lado, tres de estos Estados han excluido el nexo causal entre los hechos que causan la huida y la condición de refugiado, esto es la amenaza a la vida, seguridad o libertad²⁸⁸. Finalmente, seis Estados han alterado las circunstancias que motiva la huida de los refugiados, ya sea, añadiendo otras circunstancias u omitiendo algunas, como por ejemplo, la legislación peruana no contempla la violencia generalizada²⁸⁹.

Ahora bien, recordando que la titularidad del derecho a la no devolución en el SIDH es amplia, pues abarca a todos los extranjeros sin ninguna distinción en virtud del artículo 22(8) de la CADH. Somos de la opinión que en nuestra región las personas refugiadas según el concepto ampliado de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984 y las personas que huyen por las circunstancias señaladas en la Convención de la OUA de 1969 (pues ésta incluye otros motivos de huida y es más amplia²⁹⁰) son titulares del derecho a la no devolución.

Lo anterior, además, fue expresamente reconocido en el numeral 45 de los Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y

²⁸⁶ CANTOR, David y Diana TRIMINÑO MORA. “¿Una solución simple para los refugiados que huyen de la guerra? La definición ampliada de América Latina y su relación con el derecho internacional humanitario”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. XV, 2015, pp. 165-194.

²⁸⁷ Estos Estados son: Belice, Bolivia, Colombia, México, Perú y Paraguay.

²⁸⁸ Estos Estados son: Belice, Bolivia y Brasil.

²⁸⁹ Estos Estados son: Belice, Bolivia, Brasil, Perú, Honduras y Uruguay.

²⁹⁰ VALDEZ ARROYO, Flor de María. Óp. Cit. pp. 137. Señala que en la declaración de Cartagena, no será suficiente sustentar la solicitud de refugio en la existencia de los nuevos motivos, sino que será necesario probar que estos motivos amenazan la vida, seguridad o libertad de la persona. Al no incluir esta disposición, la definición de refugiado de la OUA sería más amplia, porque allí sí bastará probar que se está huyendo por los nuevos motivos para ser reconocido como refugiado.

Desplazados Centroamericanos en América Latina adoptados en 1989. A la letra, se estipuló que el derecho a la no devolución “además, beneficia no sólo a aquellas personas que tienen un miedo fundado de persecución en el sentido de la Convención de 1951 sobre Refugiados, sino también a las personas cubiertas por la definición regional de refugiados contenida en la Declaración de Cartagena de 1984”²⁹¹.

2. EL CASO DE LAS PERSONAS SOLICITANTES DE REFUGIO

2.1. El carácter declarativo del estatuto del refugiado como fundamento de aplicación del derecho a la no devolución de las personas solicitantes de refugio

Una deficiencia inicial del lenguaje del artículo 33(1) de la Convención de 1951 fue limitar el derecho a la no devolución a los “refugiados”. La literalidad de la disposición puede llevar a concluir erróneamente que los solicitantes de refugio no se encuentran protegidos por este derecho. Esta interpretación restrictiva no tiene cabida en el DIR, ya que significaría dejar desprotegidos a una enorme cantidad de personas que se encuentran a la espera del reconocimiento de protección internacional. Ante ello, en la AG de la ONU, se señaló:

“[...] que toda persona tiene derecho a solicitar y gozar de asilo contra la persecución en otros países y, puesto que el asilo es un instrumento indispensable para la protección internacional de los refugiados, **exhorta a todos los estados a que se abstengan de tomar medidas que comprometan la institución del asilo, en particular devolviendo o expulsando a refugiados o personas que solicitan asilo**, contrariamente a los instrumentos internacionales de derechos humanos, al derecho humanitario y al derecho de los refugiados”²⁹² (Resaltado añadido).

Posteriormente, el ACNUR clarificó el escenario aduciendo que una persona es un

²⁹¹ ONU. Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA). Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina”. Óp. Cit., párraf. 45.

²⁹²ONU. ASAMBLEA GENERAL. Resolución 52/103 del 9 de febrero de 1998.

refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en su definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. En consecuencia, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo.²⁹³ De esta manera, una persona es un refugiado a consecuencia de las circunstancias *de facto* y no en virtud de una validación oficial de las mismas²⁹⁴.

Así como el lenguaje del artículo 33(1) no contempló expresamente como titulares del derecho a la no devolución a los solicitantes de refugio, tampoco impone a los refugiados como condición para gozar de la protección mediante el derecho a la no devolución el haber sido reconocidos formalmente como tales. Por ello, concordamos con la opinión de Lauterpacht y Bethlehem, en el sentido que:

“El artículo 1A (2) de la Convención de 1951 no define a un “refugiado” como una persona que ha sido formalmente reconocida como alguien con un temor fundado de persecución, etc. Simplemente dispone que el término se aplique a cualquier persona que “a causa de temores fundados de ser perseguida [...]”. En otras palabras, para los propósitos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, quien satisface las condiciones del artículo 1A (2) es un refugiado sin importar si se le ha reconocido formalmente como tal, de conformidad con un proceso de derecho interno”²⁹⁵.

En nuestra región, la Corte IDH adoptó la posición mencionada, señalando que de acuerdo con la Convención de 1951, una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Por tanto, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo²⁹⁶.

²⁹³ACNUR. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Óp. Cit, párraf. 28.

²⁹⁴Traducción libre. GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas y James C. HATHAWAY. “Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence”. *Columbia Journal of Transnational Law*. 2015, N° 53, pp. 235-284.

²⁹⁵SIRELIHULAUTER, Pacht y DanieL BETHLEHEM. Óp. Cit., pp. 129. En el mismo sentido: GOODWIN-GILL, Guy S. 2007. *The refugee in International Law*. Óp. Cit. Se señala que este principio “It also applies to asylum seekers, at least during an initial period and in an appropriate circumstances, for otherwise there would be no effective protection, this has also been affirmed by the General Assembly”.

²⁹⁶ Corte IDH. Caso Familia Pachecho Tineo contra Bolivia. Óp. Cit., párraf. 147.

En este sentido, para la Corte IDH²⁹⁷ no queda dudas que la protección brindada por el derecho a la no devolución se encuentra destinada también a solicitantes de refugio, cuya condición todavía no ha sido determinada, y a los refugiados que no han sido aún reconocidos oficialmente como tales. Igualmente, en opinión de la Corte IDH, “es oponible por aquellos que quieran hacer valer su derecho a buscar y recibir refugio y se encuentren ya sea en la frontera o crucen la misma sin ser admitidos formal o legalmente en el territorio del país, pues de lo contrario se tornaría este derecho ilusorio y vacío de contenido”²⁹⁸.

El carácter declarativo del reconocimiento de la condición de refugiado que fundamenta la protección a los solicitantes de refugio mediante el derecho a la no devolución, se incorporó de manera expresa en la legislación de siete Estados de América Latina, como vemos en el siguiente cuadro.

Cuadro N° 6: Países de América Latina que reconocen el carácter declarativo de la condición de refugiado²⁹⁹

| PAÍS | FUENTE | DISPOSICIÓN |
|------------|---|---|
| Argentina | Ley N° 26165 del 2006 (Artículo 2) | “La protección de los refugiados en la República Argentina se realizará con arreglo a los principios de no devolución, incluyendo la prohibición de rechazo en frontera, no discriminación, no sanción por ingreso ilegal, unidad de la familia, confidencialidad, trato más favorable y de interpretación más favorable a la persona humana o principio pro homine. <i>Conforme al carácter declarativo que tiene el reconocimiento de la condición de refugiado, tales principios se aplicarán tanto al refugiado reconocido como al solicitante de dicho reconocimiento</i> ”. |
| Brasil | Ley N° 9474 del 22 de julio de 1997 (Artículo 26) | “A decisão pelo reconhecimento da condição de refugiado será considerada <i>ato declaratório</i> e deverá estar devidamente fundamentada”. |
| Chile | Ley N° 20.430 del 2010 (Artículo 1) | “El reconocimiento de la condición de refugiado es <i>un acto declarativo</i> . Todas las Resoluciones que se dicten, referidas a la determinación del estatuto de refugiado, deberán ser debidamente fundadas”. |
| Costa Rica | Reglamento de Personas Refugiadas del 2011 | “Se entenderá por solicitante de la condición de refugiado aquella persona que haya exteriorizado |

²⁹⁷Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit., párraf. 210.

²⁹⁸ *Ibidem*, párraf. 210

²⁹⁹ Información obtenida de la base de datos legal disponible en la página web del ACNUR.

| | | |
|-------------|---|--|
| | (Artículo 14 y 107) | su deseo de pedir protección internacional como persona refugiada en el territorio costarricense. <i>Conforme al carácter declarativo que tiene el reconocimiento de la condición de persona refugiada de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo</i> , se aplicarán por igual las garantías a la persona refugiada reconocida, como al solicitante de dicho reconocimiento, quien gozará de protección contra una devolución hasta tanto no se haya determinado su solicitud”. |
| El Salvador | Decreto N° 79, Reglamento de la Ley para la Determinación de la Condición de Personas Refugiadas, del 2005 (Artículo 5) | “Las decisiones de la Comisión, que se denominarán resoluciones, se adoptarán por unanimidad y en caso de disparidad de votos se entenderán denegatorias. Las resoluciones serán motivadas, escritas y podrán ser favorables, desfavorables y ampliatorias. Serán favorables cuando le reconozcan a un solicitante la condición de persona refugiada. Esta resolución será considerada <i>un acto declarativo</i> ”. |
| México | Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria del 2011 (Artículo 12) | “La Secretaría reconocerá la condición de refugiado, <i>mediante un acto declarativo</i> , a los extranjeros que se encuentren en cualquiera de los supuestos establecidos en el artículo 13 de esta Ley, y que por tanto serán sujetos de los derechos y obligaciones contenidos en la misma”. |
| Perú | Ley del Refugiado N° 27891 del 2002 (Artículo 5.2) En esta norma si bien no se reconoce expresamente el carácter declarativo de la condición de refugiado, se incluye expresamente a los solicitantes de refugio como titulares del derecho a la no devolución. | “[...] El solicitante de refugio puede permanecer en el país hasta que se defina en última instancia su situación”. |

Como ha quedado dicho, el acto formal mediante el cual los Estados conceden el estatuto del refugiado a un individuo tiene carácter declarativo; por lo que, los derechos que goza la persona refugiada reconocida formalmente se aplicarán al solicitante de dicho reconocimiento. Además de ello, en el ámbito latinoamericano, como venimos examinando, dada la amplitud del lenguaje usando en el artículo 22(8) de la CADH que contempla el derecho a la no devolución, permite incluir indubitadamente en la titularidad del mismo a las personas solicitantes de refugio.

Es importante precisar que cuando mencionamos a los solicitantes de refugio como

sujetos titulares del derecho a la no devolución, nos referimos a aquellas personas que buscan protección internacional y cuya solicitud no ha sido determinada por el país correspondiente³⁰⁰. En el marco del derecho de la UE, se los define como “a third country national or a stateless person who has made an application for asylum in respect of which a final decision has not yet been taken³⁰¹”. En nuestra región, la Corte IDH precisa que, el solicitante de refugio es “aquella persona que ha solicitado el reconocimiento del estatuto o condición de refugiado y cuya petición está pendiente de resolución”³⁰².

En la doctrina se distingue tres etapas por las que transitan las personas solicitantes de refugio: (1) una vez que los solicitantes de refugio se encuentran en el puesto de frontera, en las aguas territoriales o en cualquier lugar donde el potencial Estado de acogida ejerza su jurisdicción, se les considera físicamente presente (*physically present*)³⁰³. (2) Mientras que, un solicitante de refugio se considera legalmente presente (*lawfully present*) en el territorio del Estado de acogida, cuando se autorice su admisión o se verifique su condición de refugiado³⁰⁴. En estas dos etapas los solicitantes de refugio aún no han recibido su reconocimiento como refugiados. (3) Posteriormente, un solicitante de refugio se encuentra legalmente en el territorio del Estado de acogida (*lawfully staying*) cuando su presencia en ese Estado continúa en términos prácticos, por ejemplo, se le ha otorgado refugio como consecuencia del reconocimiento formal del estatus de refugiado³⁰⁵.

Como consecuencia de ello, notamos que existen cuatro momentos importantes a considerar para el ejercicio del derecho a la no devolución durante los distintos estadios en los que se puede encontrar una persona que busca protección

³⁰⁰ OIM. Consejo Internacional De Políticas De Derechos Humanos. Migración Irregular: Tráfico ilícito de migrantes y Derechos Humanos: Hacia la coherencia. Ginebra, 2012.

³⁰¹ U.E. Directiva del Consejo de la Unión Europea 2003/9/EC, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros. 27 de enero del 2003, artículo 2(C).

³⁰² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit. párraf. 49(I).

³⁰³ Traducción libre. HATHAWAY, James. The Rights of Refugees. Óp. Cit. pp. 218

³⁰⁴ *Ibidem* pp. 257.

³⁰⁵ *Ibidem* pp. 730.

internacional desde que huye de su Estado de origen o de residencia.

Cuadro N° 7: Estadios de las personas que buscan protección internacional y el derecho a la no devolución

| ESTADIO | DENOMINACIÓN | DERECHO A LA NO DEVOLUCIÓN |
|--|---|----------------------------|
| Cuando buscan refugio | Suelen llamarse "refugiados en órbita" ³⁰⁶ | Sí |
| Cuando se encuentran en el puesto de frontera, o en aguas territoriales o en cualquier lugar donde el potencial Estado de acogida ejerza su jurisdicción | Solicitantes de refugio | Sí |
| Cuando ya entró a territorio del potencial Estado de acogida | Solicitante de Refugio | Sí |
| Cuando ha recibido el reconocimiento como refugiado | Refugiado | Sí |

Lógicamente para ejercer el derecho a la no devolución se requerirá que el solicitante de refugio se encuentre bajo la jurisdicción del potencial Estado de acogida. Entonces, cuando la persona solicitante de refugio se encuentre en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado de acogida, el derecho a la no devolución ejercido por los solicitantes de refugio debe ser respetado dado que los derechos de los refugiados se definen como inherentes³⁰⁷.

Finalmente, es importante resaltar que el derecho a la no devolución no es el único que se deriva automáticamente por el hecho de ser un solicitante de refugio y encontrarse dentro de la jurisdicción efectiva de algún Estado de acogida. Hathaway ha precisado que los derechos primarios que se les reconoce inmediata e incondicionalmente a los solicitantes de refugio cuando estén presentes físicamente (*physically present*) en el potencial Estado de acogida, seguirán siendo respetados durante todo el período de la condición de refugiado, más los derechos adicionales

³⁰⁶ CONSEJO DE EUROPA. AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. Manual De Derecho Europeo Sobre Asilo, Fronteras e Inmigración. Óp. Cit. pp. 42.

³⁰⁷ HATHAWAY, James. The Rights of Refugees. Óp. Cit. pp.278.

que se acumulan una vez que se regulariza la presencia del solicitante, y cuando se permite que el refugiado permanezca o resida en el país de acogida³⁰⁸.

Estos derechos siguiendo a este autor, son: (1) Derecho de entrar y residir en el Estado de acogida (*non-refoulement*), (2) Derecho a la libertad y a la prohibición de la detención arbitraria y la penalización por entrada ilegal, (3) Seguridad personal, (4) Derecho a la protección de necesidades básicas (acceso a alimentos, alojamiento y servicios médicos), (5) Derechos de propiedad, (6) Derecho a la unidad familiar, (7) Libertad de expresión, de pensamiento y de religión, (8) Educación, (9) Documentos de identificación personal; (10) Asistencia administrativa y judicial³⁰⁹.

Por lo dicho, el solicitante de refugio es titular de derechos mínimos durante el tiempo en el que transcurre el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado; en donde el papel del derecho a la no devolución es vital, pues permite que el solicitante de refugio permanezca en el territorio de un Estado seguro, sin que su vida, integridad o libertad peligren a causa de su expulsión a su país de origen o residencia.

3. EL CASO DE LOS SOLICITANTES DE ASILO DIPLOMÁTICO

La figura del asilo diplomático se encuentra contemplada en la Convención de Caracas de 1954³¹⁰ y forma parte de lo que se conoce como “la tradición latinoamericana del asilo”³¹¹. Según el artículo I de dicha Convención, “[e]l asilo otorgado en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares, a personas perseguidas por motivos o delitos políticos, será respetado por el Estado territorial de acuerdo con las disposiciones de la presente Convención”. Asimismo, en el artículo II, se precisa que

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ *Ibidem*, pp. 279.

³¹⁰ OEA. Convención sobre Asilo Diplomático. Adoptada en Caracas el 28 de marzo de 1954 y entró en vigor el 29 de diciembre de 1954. Esta Convención cuenta actualmente con 14 Estados parte.

³¹¹ ARLETTAZ, Fernando. “Naturaleza y alcance del asilo en el sistema interamericano de derechos humanos”. *Revista Ius et Praxis* 2016, Año 22, N° 1, pp. 187-226.

“[t]odo Estado tiene derecho de conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega”.

De ahí que, el asilo diplomático consiste en la protección brindada por un Estado en las legaciones acreditadas en otros Estados, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares, residencia del jefe de misión y locales habilitados para ellos³¹², a las personas nacionales o residentes habituales de otro Estado en donde son perseguidas por delitos políticos, con la particularidad que se requiere la urgencia como un requisito adicional.

En relación a la consideración del asilo diplomático como un derecho humano, la Corte IDH ha reafirmado que “es un derecho del Estado el de conceder el asilo, por lo que no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega”³¹³. De este modo, considera que los Estados siguen asumiendo que la potestad de otorgar el asilo a personas perseguidas por delitos o motivos políticos constituye una de sus prerrogativas, no como un derecho de las personas. Es más, agrega que la alusión a “cualquier país” en el marco del artículo XXVII de la DUDH, denota de forma manifiesta que el derecho de asilo bajo dicho instrumento sólo se refiere al asilo territorial y la condición de refugiado, y no al asilo diplomático³¹⁴.

Bajo estas consideraciones, la Corte IDH encontró que la voluntad de los Estados al redactar la CADH (que mantiene la redacción del artículo XXVII de la DUDH), fue la de excluir a la figura del asilo diplomático como una modalidad protegida bajo dichas normas internacionales³¹⁵. Por tanto, para la Corte IDH el asilo diplomático no se encuentra protegido en el artículo 22.7 de la CADH o el artículo XXVII de la DUDH³¹⁶,

³¹² SALMÓN GARATE, Elizabeth. Óp. Cit., pp. 158.

³¹³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18. Óp. Cit., párraf. 87.

³¹⁴ *Ibidem*, párraf. 115.

³¹⁵ *Ibidem*, párraf. 153.

³¹⁶ *Ibidem*, párraf. 156.

es decir, no es un derecho humano. Entonces, el asilo diplomático se enmarca como una obligación interestatal, y constituye una prerrogativa de los Estados partes de la Convención de Caracas de 1954.

Nuestro propósito no es el estudio de esta figura a profundidad, sino pretendemos verificar si los solicitantes de asilo diplomáticos son titulares del derecho a la no devolución en el marco del SIDH. Para llegar a una conclusión, en principio, analizaremos este derecho desde algunas disposiciones de la Convención de Caracas de 1954; y, luego desde el artículo 22(8) de la CADH.

En la Convención de Caracas de 1954 no existe alguna mención expresa al derecho a la no devolución de los solicitantes de asilo o asilados; sin embargo, en el primer párrafo del artículo XVII se dispone que “[e]fectuada la salida del asilado, el Estado asilante no está obligado a radicarlo en su territorio; *pero no podrá devolverlo a su país de origen*, sino cuando concurra voluntad expresa del asilado”. A partir de esta disposición, se deduce que en la figura del asilo diplomático de dicha Convención se restringe la titularidad del derecho a la no devolución sólo a quienes han recibido la condición de asilado diplomático.

Esta conclusión se deduce considerando que la finalidad del asilo diplomático es la salida del asilado del país³¹⁷. Por esta razón, se incorporó el artículo V en la Convención de Caracas de 1954, que señala que “[e]l asilo no podrá ser concedido sino en casos de urgencia y por el tiempo estrictamente indispensable *para que el asilado salga del país con las seguridades otorgadas por el gobierno del Estado territorial a fin de que no peligre su vida, su libertad o su integridad personal*, o para que se ponga de otra manera en seguridad al asilado” (Cursivas añadidas).

³¹⁷ TORRES GINEA, Carlos. Asilo Diplomático. Buenos Aires: La Ley S.A. Editora, 1960.

De esta manera, procederá la salida del Estado territorial si se ha concedido el asilo, por lo que el artículo XII, dispone que “[o]torgado el asilo, el Estado asilante puede pedir la salida del asilado para territorio extranjero, y el Estado territorial está obligado a dar inmediatamente, salvo caso de fuerza mayor, las garantías necesarias a que se refiere el artículo V y el correspondiente salvoconducto” (Cursivas añadidas). Esto ocurre para hacer efectiva la protección y para evitar que las misiones diplomáticas se conviertan en lugares de detención³¹⁸.

En consecuencia, sólo cuando se conceda el asilo diplomático, el asilado podrá abandonar el Estado territorial, pudiendo ser acogido en el territorio del Estado de asilo, en cuyo caso éste tiene la obligación de no devolverlo a su país de origen si existe un riesgo a su vida, libertad o integridad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo XVII de la Convención de Caracas de 1954. De ahí que, los solicitantes de asilo diplomático, bajo esta Convención, no son titulares del derecho a la no devolución. Lo cual, por ejemplo, se reafirma en la Constitución de Paraguay³¹⁹ y Perú³²⁰, en donde contemplan el derecho a la no devolución sólo a quienes se les haya concedido el asilo político.

Sin embargo, recordemos que el derecho a la no devolución tiene un alcance personal amplio en el artículo 22(8) de la CADH, pues protege de manera general a todo extranjero. Además, en la reciente Opinión Consultiva OC-25/18, la Corte IDH reconoce que el derecho a la no devolución puede verse involucrado en caso de que personas que hayan ingresado a una embajada sean entregadas a las autoridades del estado territorial³²¹; ya que, este derecho es exigible por cualquier persona extranjera,

³¹⁸ *Ibidem*, pp. 211.

³¹⁹ Artículo 43 de la Constitución de Paraguay: “El Paraguay reconoce el derecho de asilo territorial y diplomático a toda persona perseguida por motivos o delitos políticos o por delitos comunes conexos, así como por sus opiniones o por sus creencias. Las autoridades deberán otorgar de inmediato la documentación personal y el correspondiente salvoconducto. *Ningún asilado político será trasladado compulsivamente al país cuyas autoridades lo persigan*”.

³²⁰ Artículo 36 de la Constitución Política de Perú: El Estado reconoce el asilo político. Acepta la calificación del asilado que otorga el gobierno asilante. *En caso de expulsión, no se entrega al asilado al país cuyo gobierno lo persigue*.

³²¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18. Óp. Cit., párraf. 189.

incluidas aquellas en búsqueda de protección internacional, sobre la que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo su control efectivo, incluyendo los actos realizados por funcionarios diplomáticos³²².

Teniendo en cuenta lo anterior, en el marco de la CADH, incluso los solicitantes de asilo diplomático son titulares del derecho a la no devolución, impidiendo su retorno al Estado territorial. Para ello, lo determinante será analizar el riesgo de devolución de la vida, libertad o integridad del extranjero, en caso no se conceda el asilo diplomático, el cual debe tratarse de un riesgo, real, personal y previsible conforme a los términos que analizaremos en el punto 3 del capítulo 3.

Sobre el particular, cabe mencionar la oportunidad en que el Comité de Derechos Humanos anañizó la aplicación del derecho a la no devolución en el ámbito de las legaciones en el caso *Mohammad Munaf contra Rumania*. Aquí, se adujo que la principal cuestión que se debía considerar es si, al permitir que el autor dejara el local de la Embajada de Rumania en Bagdad, ejerció jurisdicción a su respecto en una forma que lo expuso a un riesgo auténtico de ser víctima de violaciones de sus derechos con arreglo a los artículos 6; 7; 9; 10, párrafo 1, y 14 del PIDCP, que cabía razonablemente prever. Frente a ello, el Comité señaló que el riesgo de una violación extraterritorial debe ser una consecuencia necesaria y previsible que se debe juzgar sobre la base del conocimiento que el Estado parte tenía en ese momento: en este caso en el momento de la salida del autor de la Embajada³²³.

4. EL CASO DE ALGUNOS GRUPOS EN SITUACIÓN DE ESPECIAL VULNERABILIDAD

³²² *Ibidem*, párraf. 165.

³²³ COMITÉ DE LOS DERECHOS HUMANOS. Comunicación N° 1539/2006 vinculada con el caso Mohammad Munaf contra Rumania, CCPR/C/96/D/1539/2006. 21 de agosto de 2009.

La existencia de grupos en situación de especial vulnerabilidad, que también huyen de sus Estados de origen o residencia porque su vida, integridad o libertad peligran; y que, por tanto, merecen protección internacional ha planteado un desafío al DIR. Los avances han sido valiosos, pues se ha enriquecido con diversos instrumentos internacionales de derechos humanos de alcance universal y regional, adoptados para ofrecer una respuesta a las desventajas que sufren algunos grupos en situación de vulnerabilidad. En este contexto, el contenido tradicional del derecho a la no devolución se ha reforzado por estos instrumentos internacionales y por los pronunciamiento de sus órganos de control; de manera que, protege adicionalmente a los grupos en situación de vulnerabilidad atendiendo a su situación específica.

La vulnerabilidad es un concepto que no está definido en el DI. En la doctrina, Besson identificó algunas de sus características: (a) es potencial, ya que se refiere a una situación de amenaza contra los propios intereses; (b) es objetiva y subjetiva, es decir, la amenaza puede ser establecida objetivamente, pero su percepción dependerá de la evaluación de la situación de determinada persona; (c) relacional, pues frente a quien se encuentra en una situación de vulnerabilidad hay siempre alguien que realiza la amenaza; (d) descriptiva respecto a la situación que atraviesa la persona y prescriptiva, porque indica que quien lesiona los intereses del otro debe repararlo³²⁴.

Pues bien, en un primer momento la vulnerabilidad dependía únicamente de una condición personal compartida con los miembros de un grupo, esta visión parece haber sido dejado de lado para dar paso a una perspectiva que toma en cuenta la forma en que la sociedad está organizada³²⁵. Para Barranco, este cambio se atribuye

³²⁴ BESSON, Samantha. "La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme : l'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme". *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*. Paris: Pedone, 2014, pp. 60. Citado por: GALLARDO SIGUAS, Alejandra. *El enfoque interseccional como propuesta para una adecuada protección jurídica internacional de la niña en el marco de los conflictos armados*. Tesis para optar por el título profesional de abogada. Lima: Facultad de Derecho de la PUCP, 2018.

³²⁵ SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana María. "El concepto de "discriminación estructural" y su incorporación al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos". *Universidad Carlos III de Madrid. Repositorio institucional*. 2017, pp. 1-151.

al punto de inflexión que, en materia de derechos humanos, representa la adopción de la CDPD³²⁶. La aplicación de este nuevo paradigma a la reflexión sobre la vulnerabilidad implica que esta última “está ideológicamente justificada, de forma que no tiene por qué ser natural e inevitable; y además, que ‘alguien’ obtiene beneficios de la situación de desventaja”³²⁷.

Con este cambio de paradigma de la CDPD, la vulnerabilidad asociada a la discapacidad pasa a ser contemplada como una desventaja de carácter social “resultado de la situación de ausencia de poder y de subordinación en la que se encuentra el colectivo”³²⁸. De este modo, se señala que la vulnerabilidad, concebida como una tendencia a la discriminación estructural, “hunde sus raíces en la presencia de estereotipos sociales que asignan a las personas discriminadas roles de subordinación”³²⁹.

Precisamente, el término estructural en la discriminación, enfatiza la forma en que se relacionan un conjunto de estereotipos, normas, pautas, roles, así como las acciones individuales de una gran cantidad de personas, generando consecuencias colectivas no intencionadas. Se trataría, por ende, del resultado de procesos sociales difusos y sistémicos; de ahí que también se emplee la expresión “discriminación sistémica” para hacer referencia a la discriminación así entendida³³⁰. Además, desde esta perspectiva, la discriminación no se concibe como un acto individual sino como un proceso, cambiando la noción de discriminación usualmente aceptada en el derecho³³¹.

³²⁶ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. “Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo”. *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*. M. Carmen Barranco Avilés y Cristina Churruza Muguruza (Edit.). Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 17-19.

³²⁷ *Ibidem*, pp. 26.

³²⁸ CUENCA GÓMEZ, Patricia. “Discapacidad, normalidad y derechos humanos”. *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos* (M. Carmen Barranco y Cristina Churruza edit). Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

³²⁹ *Ibidem*, pp. 89.

³³⁰ AÑÓN ROIG, María José. “Autonomía de las mujeres: Una utopía paradójica”. *Los derechos humanos: La utopía de los excluidos*, (Miguel Ángel Ramiro y Patricia Cuenca edit.). Madrid: Dykinson, 2010.

³³¹ SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana María. *Óp. Cit.*, pp. 85.

La discriminación estructural ha sido recogida por algunos órganos de control de la ONU. En la Observación General N° 20 (2009), el Comité DESC estableció el concepto de discriminación sistémica, señalando que:

“El Comité ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros”³³².

Asimismo, en la Recomendación General N° 33 (2015), el Comité CEDAW al observar los obstáculos y restricciones que impiden a la mujer ejercer su derecho de acceso a la justicia, apuntó que:

“[...] Esos obstáculos se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria, y al hecho de que no ha asegurado sistemáticamente que los mecanismos judiciales son física, económica, social y culturalmente accesibles a todas las mujeres. Todos estos obstáculos constituyen violaciones persistentes de los derechos humanos de las mujeres”³³³.

Igualmente, el Comité CDPD estableció que la discriminación contra las mujeres y las niñas con discapacidad puede adoptar muchas formas, entre las que se encuentra la discriminación estructural, la que puede manifestarse:

“[...] a través de patrones ocultos o encubiertos de comportamiento institucional discriminatorio, tradiciones culturales discriminatorias y normas y/o reglas sociales discriminatorias. La fijación de estereotipos de género y discapacidad nocivos, que pueden dar lugar a ese tipo de discriminación, está inextricablemente vinculada a la falta de políticas, reglamentos y servicios específicos para las mujeres con discapacidad. [...] Asimismo, las prácticas nocivas están estrechamente vinculadas a las funciones asignadas a cada género y las relaciones de poder creadas por la sociedad, y las refuerzan, y

³³² COMITÉ DESC. Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/20. 2 de julio de 2009. También, véase: COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. Recomendación General N.° 34. Discriminación racial contra afrodescendientes. CERD/C/GC/34. 3 de octubre de 2011.

³³³ COMITÉ CEDAW. Recomendación General N° 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia. CEDAW/C/GC/33. 3 de agosto de 2015.

pueden reflejar percepciones negativas o creencias discriminatorias sobre las mujeres con discapacidad, como la creencia de que los hombres con VIH/SIDA pueden curarse manteniendo relaciones sexuales con mujeres con discapacidad”³³⁴.

Bajo este contexto, en principio, las personas solicitantes de refugio o refugiadas son un colectivo vulnerable, ya que “al solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado suelen estar en una situación especialmente vulnerable, la cual suele estar relacionada con las razones que les forzaron a huir de sus países”³³⁵. La discriminación estructural en los refugiados y solicitantes de refugio se manifestaría en las estructuras sociales, los estereotipos (especialmente de género y de discapacidad) que motivan la huida; por ejemplo, podemos mencionar el caso de las mujeres que huyen de prácticas nocivas como la MGF.

De igual forma, se manifestaría en las estructuras desiguales de las sociedades de los Estados de acogida, en donde las políticas, las normativas, y estereotipos suelen generar desventajas para los refugiados o solicitantes de refugio. Al respecto, Auclair identificó que:

“[...] Todos estos sistemas de opresión, patriarcado, heterosexismo, capitalismo, supremacía blanca y discriminación por edad, según la posición social de la persona, [...] necesariamente influyen en los componentes de su identidad. En el contexto de la migración, la sociedad de acogida refuerza o enfrenta estos diferentes sistemas de opresión”³³⁶.

En esa línea, esta autora ha manifestado que el uso de la interseccionalidad en el análisis de las trayectorias migratorias permite comprender la complejidad inherente a la construcción de las relaciones de poder. También, permite comprender las diferentes formas de violencia en cada etapa de la migración, las cuales no son estáticas ni exclusivas, y se combinan, se transforman y se multiplican. Además, que

³³⁴ COMITÉ CDPD. Observación General N° 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad. CRPD/C/GC/3. 25 de noviembre de 2006.

³³⁵ CIDH. Informe sobre Movilidad Humana: Estándares Internacionales. Óp. Cit, párraf. 44. ACNUR. Handbook on Procedures y Criteria for Determining Refugee Status. Ginebra: 1992, párraf. 190.

³³⁶ Traducción libre. AUCLAIR, Isabelle. “L’analyse intersectionnelle du continuum des violences en situation de refuge: les discriminations en emploi”. *Recherches féministes*. 2017, Vol. 30, N° 2, pp. 217-234.

se presentan otros factores de diferenciación social, como la edad, el género, el origen étnico, la capacidad, la orientación sexual o la clase social³³⁷.

Precisamente, el concepto de discriminación interseccional busca poner de manifiesto que los distintos factores de discriminación pueden presentarse al mismo tiempo. De ahí que, el enfoque interseccional desconfía de la posibilidad de abordar cada factor de discriminación de manera independiente, como si se tratara de una simple suma o adición que puede desagregarse³³⁸. Así, asumimos que:

La interseccionalidad analiza como intersecantes a los tipos específicos contruidos históricamente, las distribuciones inequitativas de poder y/o la normativa vinculantes, fundados en las categorías socio-culturales contruidas discursivamente, institucionalmente y/o estructuralmente como el género, la etnicidad, la raza, la clase social, la sexualidad, la edad o la generación, condiciones de discapacidad, la nacionalidad, la lengua materna, etc., con el fin de generar diferentes efectos en la propia desigualdad social³³⁹.

A propósito, el Comité CDPD en su Observación General N° 6 (2018), estableció que la obligación de prohibir “toda discriminación” de la CDPD, incluye todas las formas de discriminación, incorporando expresamente a la discriminación interseccional. Para el Comité CDPD, esta discriminación se produce:

“[...] cuando una persona con discapacidad o asociada a una discapacidad experimenta algún tipo de discriminación a causa de esa discapacidad, en combinación con el color, el sexo, el idioma, la religión, el origen étnico, el género u otra condición. La discriminación interseccional puede aparecer en forma de discriminación directa o indirecta, denegación de ajustes razonables o acoso. [...]. En muchos casos, resulta difícil separar esos motivos. Los Estados partes deben hacer frente a la discriminación múltiple e interseccional contra las personas con discapacidad. Según el Comité, la “discriminación múltiple” es aquella situación en la que una persona puede experimentar discriminación por dos o más motivos, lo que hace que la discriminación sea compleja o agravada. La discriminación interseccional se refiere a una situación en la que varios motivos operan e interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables y,

³³⁷ *Ibidem*, pp. 222.

³³⁸ SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliána. “La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural. *Pensamiento Constitucional*. 2017, N° 22, pp. 255-290.

³³⁹ Traducción libre. KÓCZÉ, Angéla (2011). “La stérilisation forcée des femmes roms dans l'Europe, d'aujourd'hui”. *Genre, modernité et 'colonialité' du pouvoir. Cahier du genre*. 2011, N° 50, pp. 133-152. Citando a: Lykke (2010, pp. 50).

de ese modo, exponen a las personas afectadas a tipos singulares de desventajas y discriminación³⁴⁰.

En suma, cuando la protección jurídica de quienes se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad solo se enfoca un solo factor de vulnerabilidad, puede resultar adecuada, pero corre el riesgo de ser incompleta, debido a que otros factores podrían tornarse invisibles³⁴¹. En este sentido, si bien, como veremos más adelante, se han agrupado a personas en situación de especial vulnerabilidad en atención a un determinado factor; en nuestro análisis, también valoraremos otros factores que se intersectan generando un impacto en la situación de especial vulnerabilidad de estas personas.

4.1. Niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados

Según cifras del ACNUR, actualmente 68,5 millones de personas en todo el mundo se han visto obligadas a huir de sus hogares, de ellos 25,4 millones son personas refugiadas en el mundo, y más de la mitad son menores de 18 años³⁴². Esta cifra sin precedentes, nos obliga a replantearnos los compromisos asumidos por los Estados a fin de garantizar la protección de los derechos humanos de las personas refugiadas o en búsqueda de refugio, dentro de las que se encuentran los niños y niñas³⁴³.

A propósito de ello, en la reciente Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes, los Estados reafirmaron su compromiso de proteger:

“[...] los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los niños refugiados y migrantes, independientemente de su condición, teniendo en cuenta en todo momento el interés superior del niño como consideración principal. **Esto se aplicará en particular a los niños no acompañados y los que estén separados de sus familias**; remitiremos su atención a las autoridades nacionales de protección de la infancia y otras autoridades competentes.

³⁴⁰ COMITÉ CDPD. Observación General N° 6 (2018), sobre la igualdad y la no discriminación. CRPD/C/GC/6. 26 de abril de 2018.

³⁴¹ GALLARDO SIGUAS, Alejandra. Óp. Cit., pp. 167.

³⁴² ACNUR. Datos básicos.

³⁴³ Según el artículo 1 de CDN, “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Cumpliremos las obligaciones que nos incumben en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño [...].³⁴⁴ (Resaltado añadido)

Unos años atrás, en la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, adoptada en la Cumbre Mundial a favor de la Infancia de 1990, se alentó a los Estados a realizar planes de acción nacionales, en los que se incluyan a los niños refugiados como “niños en circunstancias especialmente difíciles”³⁴⁵. Junto con la Declaración se adoptó un Plan de Acción para alcanzar un conjunto de metas en un determinado plazo. En dicho plan, se observó que existen millones de niños alrededor del mundo en circunstancias de especial dificultad, como niños refugiados o desplazados, los cuales merecen especial atención, protección y asistencia por parte de la Comunidad Internacional³⁴⁶.

Dentro del grupo de los niños y niñas extranjeros, los no acompañados o separados se encuentran *per se* en situación de especial vulnerabilidad, cualquiera sea la causa que la haya originado³⁴⁷. Así, lo ha entendido también la Corte IDH, al señalar que las niñas o niños no acompañados o separados de su familia que se encuentran fuera de su país de origen son particularmente vulnerables, por ejemplo: a la trata infantil, a la explotación y los malos tratos³⁴⁸.

Dentro de este grupo, inclusive, la Corte IDH y el Secretario General de Naciones Unidas notan que las niñas pueden ser aún más vulnerables a ser víctimas de trata, en especial para la explotación sexual y laboral³⁴⁹. Resaltando, además, que las niñas no

³⁴⁴ ONU. Asamblea General. Resolución A/71/L.1, aprobada el 19 de setiembre de 2016. Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes, párraf. 32.

³⁴⁵ CUMBRE MUNDIAL A FAVOR DE LA INFANCIA DE 1990. Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, aprobada el 30 de setiembre de 1990 en Nueva York.

³⁴⁶ Cumbre Mundial a favor de la Infancia de 1990. Plan de Acción de la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, párraf. 22.

³⁴⁷ PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen. Migraciones Irregulares y Derecho Internacional: Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Valencia: 2012, Tirant Lo Blanch.

³⁴⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit, párraf. 91.

³⁴⁹ *Ibidem*. ONU. Secretario General. Informe Asistencia a los menores refugiados no acompañados, presentado en el Quincuagésimo octavo período de sesiones, 20 de agosto de 2003, pp. 19.

acompañadas y separadas, incluidas las que viven en hogares de guarda o encabezan un hogar, son particularmente vulnerables³⁵⁰.

Esta situación de especial vulnerabilidad de las niñas y los niños no acompañados o separados ha sido valorada en algunas ocasiones por el TEDH³⁵¹. En la sentencia del *asunto Rahimi contra Grecia*, el TEDH señaló que los niños representan uno de los grupos más vulnerables de la sociedad, especialmente los menores inmigrantes irregulares no acompañados. Esta circunstancia fue determinante para declarar la transgresión del artículo 3 del CEDH, cuando las autoridades no atiendan la especial obligación que tienen de proteger a estas personas³⁵².

Según López, la mayor fragilidad que el TEDH ha reconocido a estas personas obedece, a cuatro circunstancias: inmigrante, menor, no acompañado, y en situación de irregularidad. Estos elementos, habrán de ser valorados junto con los otros que en cada caso se puedan presentar, como la mayor o menor edad del menor, su madurez, su capacidad intelectual y emocional o cualquier otro dato que resulte de interés³⁵³. De este modo, estos serían los factores que se intersectan para agravar la situación de vulnerabilidad de los niños y niñas en contextos de movilidad forzada, a los que cabe agregar, el género, la discapacidad, el origen étnico, entre otros.

En el plano universal, la AG de la ONU³⁵⁴, incorporó en su agenda la situación particular de los niños y niñas no acompañados o separados. De todas ellas, podemos mencionar la Resolución 56/136 de 2001, en la que se constata que “los menores refugiados no acompañados se cuentan entre los refugiados más vulnerables y los

³⁵⁰ ONU. Secretario General. Informe Asistencia a los menores refugiados no acompañados. Óp. Cit, párraf 2.

³⁵¹ Véase: TEDH. Asunto Popov contra Francia. Óp. Cit., párraf. 90. TEDH. Asunto M.S.S. contra Bélgica y Grecia. Óp. Cit., párraf. 226, 227 y 232 a 234. TEDH. Asunto Okkali contra Turquía. Óp. Cit., párraf. 70.

³⁵² TEDH. Asunto Rahimi contra Grecia. Óp. Cit, párraf. 86 y 87.

³⁵³ LÓPEZ ULLA, Juan Manuel. “Alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado: la obligación positiva de no dejarle en desamparo”. Óp. Cit, pp. 490.

³⁵⁴ Véase las Resoluciones: 49/172, de 23 de diciembre de 1994; 50/150, de 21 de diciembre de 1995; 51/73, de 12 de diciembre de 1996; 52/103, de 12 de diciembre de 1997; 53/122, de 9 de diciembre de 1998; 53/125, de 12 de febrero de 1999; 54/146, de 22 de febrero de 2000; 64/142, de 24 de febrero de 2010.

que se hallan más expuestos al abandono, la violencia, el reclutamiento militar forzado y las agresiones sexuales y, por lo tanto, requieren asistencia y cuidados especiales³⁵⁵”.

Asimismo, en la Resolución 69/187 de 2015 se “reconoce la importancia de que se coordinen esfuerzos entre los países de origen, de tránsito y de destino, reconociendo al mismo tiempo su papel y su responsabilidad en la adopción de medidas respecto de la migración irregular de niños no acompañados, incluidos los adolescentes, y en la salvaguarda de sus derechos humanos, con la debida consideración a la protección del interés superior del niño”³⁵⁶.

También, el Secretario General de la ONU, en su informe del 58º periodo de sesiones, vinculado con la asistencia a los menores refugiados no acompañados, llama la atención para que todos los sectores que se encargan de los niños refugiados no acompañados y separados deben ocuparse con mayor constancia de los sistemas de identificación, registro y búsqueda y reunificación de las familias para que sean más eficaces³⁵⁷.

Ahora bien, a efectos de examinar en el presente apartado si los niños no acompañados son titulares del derecho a la no devolución en el marco del SIDH, nos centraremos en comprender, en primer lugar, la definición de niñas y niños no acompañados; luego, la problemática vinculada con la inclusión de los niños y niñas no acompañadas en la categoría de refugiados según el DIR; y, finalmente, a partir del artículo 22(8) de la CADH interpretado en concordancia con el artículo 22 de la CDN de 1989, verificaremos el contenido reforzado del derecho a la no devolución de los niños y niñas no acompañadas o separadas.

³⁵⁵ ONU. Asamblea General. Resolución 56/136, aprobada el 19 de diciembre de 2001, párraf. 3.

³⁵⁶ ONU. Asamblea General. Resolución 69/187, aprobada el 18 de diciembre de 2014, numeral 9.

³⁵⁷ ONU. Secretario General. Informe Asistencia a los menores refugiados no acompañados. Óp. Cit, párraf 64.

En cuanto a la definición de “niños y niñas no acompañados”, también denominados “menores no acompañados”, para el ACNUR son niños que han sido separados, tanto de sus progenitores, como del resto de sus parientes y que no se encuentren al cuidado de un adulto que, por ley o costumbre, sea el responsable de ello³⁵⁸. Sin embargo, el Comité Ejecutivo del ACNUR expresó que:

“[...] las experiencias en particular en la región de los Grandes Lagos de África destacaron que incluso en situaciones de emergencia, no se encuentra que todos los niños no estén acompañados como se definió anteriormente, a pesar de que muchos han sido separados de su cuidador legal o consuetudinario anterior. Dichos niños, aunque viven con miembros de la familia extendida, pueden enfrentar riesgos similares a los que enfrentan los niños refugiados no acompañados. En consecuencia, el término "niño separado" ahora se usa ampliamente para llamar la atención sobre las posibles necesidades de protección de este grupo. Los "niños separados" se definen así como los niños menores de 18 años que están separados de ambos padres o de sus cuidadores primarios legales o habituales”³⁵⁹.

Por este motivo, en el Programa Europeo de Niños Separados (PSE) prefieren utilizar el término “menores separados” en lugar de “no acompañados”, ya que define mejor el principal problema que están afrontando esos menores. Pues, se encuentran sin los cuidados y la protección de sus padres y de su tutor legal y, como consecuencia, sufren, a nivel social y psicológico, los efectos de esa separación³⁶⁰. Adicionalmente, el Secretario General de la ONU, apuntó que “para garantizar que todos los niños tengan derecho a la protección internacional con arreglo a una amplia variedad de instrumentos internacionales [...], el ACNUR, UNICEF, el CICR, la Alianza Internacional para el Apoyo a la Niñez y otros organismos adopten la expresión “niños separados” como base de sus actividades”³⁶¹.

³⁵⁸ ACNUR. Los niños refugiados. Directrices sobre protección y cuidado. Ginebra: ACNUR, 1994, pp. 129. ACNUR. Directrices para la determinación del interés superior del niño. Ginebra: ACNUR, 2008, pp 8.

³⁵⁹ ACNUR, Comité Ejecutivo. Refugee, children and adolescents: A progress report. Doc. EC/50/SC/CRP.7, de 7 de febrero de 2000, párraf. 16. En el mismo sentido: ONU. Informe del Secretario General sobre la Protección y Asistencia a los menores refugiados no acompañados o separados. Doc. A/56/33, de 7 de setiembre de 2001.

³⁶⁰ Programa Europeo de Niños Separados: Declaración de Buenas Prácticas 2004. Políticas y prácticas necesarias para la implementación de medidas que garanticen la promoción y protección de los derechos de menores no acompañados en Europa, 2004, pp. 2.

³⁶¹ ONU. Informe del Secretario General sobre La Protección y Asistencia a los menores refugiados no acompañados o separados. Óp. Cit, párraf. 4.

A pesar de esta aclaración, el Secretario General en las páginas siguientes de su informe, continuó empleando ambos términos. Lo mismo podemos notar en las resoluciones de la AG de la ONU. Es más, en la Observación N° 6 (2005) relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, emitida por el Comité de los Derechos del Niño, se estableció que el alcance de dicha observación comprende a tanto a los menores no acompañados como a los separados de su familia que se encuentran fuera de su país de nacionalidad o de residencia³⁶².

Incluso en la normativa de la UE, sólo se contempla la expresión “menor no acompañado”. En la Directiva 2011/95/UE de 2011, se define al “menor no acompañado” como el menor que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica del Estado miembro en cuestión, mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de él; asimismo, se incluye al menor que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros³⁶³.

A nivel del SIDH, tanto la Corte IDH como la CIDH distinguen “niño, niña o adolescente no acompañado” de “niño, niña o adolescente separado”, recogiendo las respectivas definiciones del Comité de los Derechos del Niño. En este sentido, se define al “niño, niña o adolescente no acompañado”, como todo niño, niña o adolescente separado de ambos padres y otros parientes sin estar bajo el cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumba esa responsabilidad³⁶⁴; y, al “niño, niña o adolescente separado”, como “todo niño, niña o adolescente separado de ambos padres o de sus tutores

³⁶²COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 6 (2006), sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/ GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005.

³⁶³ UE. Parlamento Europeo y Consejo Europeo. Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, artículo 2(l).

³⁶⁴ CIDH. Informe sobre Movilidad Humana: Estándares interamericanos. Óp. Cit, páraf. 137. Corte IDH. Opinión consultiva OC-21/14. Óp.Cit, párraf. 49. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 6, Óp, Cit, párr. 7.

legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de su familia”³⁶⁵.

Más allá de la distinción de los términos “niños no acompañados” y “niños separados”, la Corte IDH³⁶⁶ y el Comité de los Derechos del Niño, al analizar los derechos y las garantías que les corresponden utilizan ambas denominaciones; por lo que, no restringe la protección de los derechos de los niños y niñas, ya sea que se traten de no acompañados o separados. Por este motivo, en nuestro análisis nos referiremos a ambos.

En nuestra opinión, con independencia de que se trate de niñas y niños no acompañados o separados, lo fundamental es; en primer lugar, identificar a esos niños y niñas con el fin de que se les garantice la cobertura de sus necesidades; y, en segundo lugar, no presumir que esas niñas y niños son huérfanos a fin que se inicie la búsqueda de sus padres o de otros familiares³⁶⁷. Una vez que se identifique a los niños y niñas no acompañados o separados, se debe verificar si es un solicitante de refugio, de ser así, es indispensable priorizar las solicitudes de la condición de refugiado de niños y niñas, considerando su vulnerabilidad y necesidades especiales, así como realizar todos los esfuerzos posibles por llegar a una decisión pronta y justa³⁶⁸.

Precisamente, en relación a la calificación de la condición de refugiado de la niña y niño no acompañado o separado, la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 definen qué se entiende por refugiado y establecen los derechos y principios

³⁶⁵ CIDH. Informe sobre Movilidad Humana: Estándares Interamericanos. Óp. Cit, páraf. 138. Corte IDH. Opinión consultiva OC-21/14. Óp.Cit, páraf. 49. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 6, páraf. 8.

³⁶⁶ Corte IDH. Opinión consultiva OC-21/14. Óp.Cit, páraf. 89.

³⁶⁷ SALADO OSUNA, Ana. “La protección de los niños refugiados”. *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*. Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (Coord.). Huelva: 2002, Universidad de Huelva, pp. 201-230.

³⁶⁸ ACNUR. Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo, febrero 1997, pp. 2.

aplicables a ellos sin distinguir entre niños y niñas y adultos³⁶⁹. Ante ello, el ACNUR reconoció que la definición de refugiado contenida en el artículo 1A(2) de la Convención de 1951 se aplica a todos los individuos independientemente de su edad³⁷⁰. Por tanto, bajo la Convención de 1951, si una niña y un niño no acompañado o separado tienen fundados temores de ser perseguidos por motivo de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas; podrán recibir el estatuto del refugiado.

En el ámbito regional, la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984, tampoco distingue entre adultos y niños y niñas. Ello no implica que las niñas y niños no acompañados o separados no puedan iniciar un procedimiento de calificación de refugio en virtud de la Declaración de Cartagena de 1984; ya que la Corte IDH precisó que, “los artículos 19, 22.7 y 22.8 de la CADH, VII y XXVII de la DADH, 22 de la CDN, así como la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 y la definición regional de la Declaración de Cartagena, conforman el *corpus iuris* internacional para la protección de los derechos humanos de las niñas y los niños solicitantes de asilo y refugiados en el continente americano”³⁷¹.

La cuestión controvertida que surge en la evaluación del reconocimiento del estatuto del refugiado en virtud de la Convención de 1951 a las niñas y niños no acompañados o separados, gira entorno a determinar si el niño o niña tiene temores fundados de ser perseguido, que es el aspecto fundamental a analizar según el ACNUR. Este análisis no plantea grandes desafíos cuando se trata de niñas y niños acompañados de sus

³⁶⁹ LOTT, F. “La Protection des Refugies. Les instruments internationaux”. *L'enfant réfugié. Quelle protection? Quelle assistance?*. Paris: 1995, Syros, pp. 41. SALADO OSUNA, Ana. “La protección de los niños refugiados”. *Op. Cit.*, pp. 203.

³⁷⁰ ACNUR. Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Ginebra: ACNUR, 2009.

³⁷¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. *Op. Cit.*, párraf. 249.

dos padres o de alguno de ellos, pues si los padres son considerados “víctimas directas”, sus hijos pueden recibir la consideración de “víctimas indirectas”³⁷².

Lo anterior se debe a que, en caso de que un solicitante de estatuto de refugiado reciba protección, otros miembros de la familia, particularmente los niños, pueden recibir el mismo tratamiento o verse beneficiados de ese reconocimiento, en atención al principio de unidad familiar³⁷³. O puede ocurrir que de la misma forma que el niño o niña puede beneficiarse de la condición de refugiado reconocida a uno de sus padres, a un padre se le puede, *mutatis mutandis*, conceder el estatuto derivado basado en la condición de refugiado de su hijo o hija³⁷⁴.

Tratándose de niñas y niños no acompañados o separados las dificultades son mayores. Por un lado, las dificultades se presentan dependiendo de si estamos frente a niñas y niños no acompañados o separados que tienen o no la edad y madurez suficiente para expresar con claridad los temores para huir de su país de origen o residencia. Asimismo, las niñas y niños no acompañados y separados están cada vez más expuestos al reclutamiento militar, la explotación, el abuso y la violencia sexual y el trabajo forzoso³⁷⁵, es decir, a formas de persecución no habituales.

Al respecto, en principio, es importante considerar que el artículo 22 de la CDN dispone que:

“los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria

³⁷² FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo. “Hacia un concepto jurídico amplio de refugiado”. *Refugiados, Derecho y Solidaridad*. Sevilla: 1994, Universidad de Sevilla.

³⁷³ Corte IDH. Caso Familia Pachecho Tineo contra Bolivia. Óp. Cit, párraf. 225.

³⁷⁴ ACNUR, Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina, mayo 2009, párraf. 11. ACNUR. Comité Ejecutivo. Conclusión sobre la protección de las familias de los refugiados, No. 88 (L), 1999, párraf. (b) (iii).

³⁷⁵ ONU. Asamblea General. Resolución 58/2009. Óp. Cit, párraf. 19.

adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes” (Resaltado añadido)

De acuerdo a dicha norma, en la Observación N° 6 (2006), el Comité de los Derechos del Niño precisó que “los menores que soliciten el refugio, con inclusión de los no acompañados o separados, podrán entablar, con independencia de la edad, los procedimientos correspondientes y recurrir a otros mecanismos complementarios orientados a la protección internacional”³⁷⁶. De esta manera, se reconoce que aún cuando las niñas y niños no acompañados no tengan la edad o madurez suficiente para expresarse, pueden iniciar un procedimiento para acceder a protección internacional.

Otro problema que suelen enfrentar las niñas y niños no acompañados o separados tiene que ver con la falta de facilidades para su acceso a los procedimientos de refugio³⁷⁷. Sobre ello, el Comité de los Derechos del Niño estipula que si en el curso del proceso de identificación e inscripción, se constata que el menor puede tener un temor fundado o, incluso en el caso de que éste no pudiera articular expresamente un temor concreto, que puede encontrarse objetivamente en peligro de persecución, o si necesitara por otras razones protección internacional; se debe iniciar en favor del menor el procedimiento para la obtención del refugio o, en su caso, aplicar mecanismos de protección complementaria al amparo del DIR y del derecho interno³⁷⁸.

Un problema fundamental que pueden afrontar las niñas y niños no acompañados o separados para ser reconocidos como refugiados, es cumplir con la definición de refugiado de la Convención de 1951. Sobre el particular, el Comité de los Derechos del

³⁷⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 6 (2006), sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Óp. Cit, párraf. 66.

³⁷⁷ ALONSO SANZ, Lucía. “El derecho al asilo de menores no acompañados: una propuesta de reguñación más segura”. *UNED. Revista de Derecho Político*. 2009, N° 74, pp. 215-260.

³⁷⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 6 (2006), sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Óp. Cit, párraf. 66.

Niño determinó que, en los procedimientos aplicables para la concesión de la condición de refugiado, los Estados deben considerar que la definición de refugiado debe interpretarse teniendo presente la edad y el género y a la luz de los motivos concretos, las formas y manifestaciones de la persecución sufrida por los menores³⁷⁹. Además de la edad, el ACNUR agrega factores tales como derechos específicos de los niños, la etapa de desarrollo, conocimiento y/o memoria de las condiciones en su país de origen, y vulnerabilidad; que también deben ser considerados para asegurar la aplicación apropiada del criterio de elegibilidad para la condición de refugiado³⁸⁰.

En relación al elemento de persecución de la definición de refugiado de la Convención de 1951, cuando se trata de niñas y niños se presentan dos particularidades. La primera, apunta a algunas formas y manifestaciones de persecución infantil, que pueden justificar la concesión de la condición de refugiado; como son: la persecución por razones de parentesco, el reclutamiento de menores en las fuerzas armadas, la trata de menores con fines de prostitución y la explotación sexual de los menores o la mutilación genital de niñas³⁸¹. La segunda apunta a que, las niñas y niños pueden experimentar de manera distinta, las formas de persecución similares o idénticas a las de los adultos.

De esta manera, las acciones y amenazas que no puedan alcanzar el umbral de persecución en el caso de un adulto, pueden equivaler a persecución en el caso de una niña o niño por el simple hecho de ser una niña o un niño. Ya que, la inmadurez, la vulnerabilidad, el no tener un desarrollo de mecanismos para enfrentar situaciones, la dependencia, así como las diferentes etapas de desarrollo y la dificultad en las

³⁷⁹ *Ibíd*em, párraf 74.

³⁸⁰ ACNUR. Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo, Ginebra, 1997.

³⁸¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 6 (2006), sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Óp. Cit., párraf. 74.

capacidades, pueden estar directamente relacionadas con la forma en que una niña y un niño experimenta o siente el temor³⁸².

Pues bien, considerando los criterios recogidos por el Comité de Derechos del Niño y las directrices del ACNUR, podemos concluir que, en el DIR, el derecho a la no devolución les alcanza a las niñas y niños no acompañados o separados, en tanto reúnan los requisitos para ser refugiados o solicitantes de refugio en virtud de la Convención de 1951. A propósito, el Comité resalta que “en el marco del trato adecuado de los menores no acompañados o separados, los Estados deben respetar íntegramente las obligaciones de no devolución resultantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho humanitario y el relativo a los refugiados y, en particular, deben atenerse a las obligaciones recogidas en el artículo 33 de la Convención de 1951 y en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura”³⁸³.

El derecho a la no devolución tiene en relación con estos menores un contenido reforzado³⁸⁴. Este contenido reforzado se puede verificar, en los siguientes aspectos:

- El Comité de los Derechos del Niño reafirma que no se devolverá directamente o indirectamente a un menor, cuando haya motivos fundados para considerar que se expondrá al menor a un riesgo real de sufrir la violación de los derechos contemplados en los artículos 6³⁸⁵ y 37³⁸⁶ de la CDN³⁸⁷, es decir, cuando se lo

³⁸² ACNUR. Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo. Óp. Cit., párraf. 15.

³⁸³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 6 (2006), sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Óp. Cit., párraf. 26.

³⁸⁴ PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen. Migraciones Irregulares y Derecho Internacional: Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Óp. Cit., pp. 83.

³⁸⁵ Artículo 6 de la CDN: “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

³⁸⁶ Artículo 37 de la CDN: “Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda [...]

³⁸⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 6 (2006), sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Óp. Cit., párraf. 27.

exponga a los riesgos tradicionales, pero interpretados en el contexto del la CDN.

- Además, se agregan riesgos específicos, pues de acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, los Estados se abstendrán de trasladar al menor de cualquier manera, incluso con fines de reagrupación familiar, a la frontera de un Estado en el que exista un riesgo real de reclutamiento de menores para las fuerzas armadas, no solo a título de combatiente, sino también con la finalidad de ofrecer servicios sexuales a los miembros de las fuerzas armadas, o si existe peligro real de participación directa o indirecta en las hostilidades, sea como combatiente o realizando cualesquiera otras funciones militares³⁸⁸. Cabe agregar que, en relación al reclutamiento de menores, la CPI ha entendido que:

“[...] “conscriptio” and “enlistment” are both forms of recruitment, in that they refer to the incorporation of a boy or a girl under the age of 15 into an armed group, whether coercively (conscriptio) or voluntarily (enlistment). The word “recruiting”, which is used in the Additional Protocols and in the Convention on the Rights of the Child, was replaced by “conscripting” and “enlisting” in the Statute. Whether a prohibition against voluntary enrolment is included in the concept of “recruitment” is irrelevant to this case, because it is proscribed by Article 8 [...] it is to be noted that “enlisting” is defined as “to enrol on the list of a military body” and “conscripting” is defined as “to enlist compulsorily”. Therefore, the distinguishing element is that for conscription there is the added element of compulsion”³⁸⁹.

- La evaluación del riesgo de sufrir dichas violaciones en el caso de las niñas y niños no acompañados o separados, según el Comité de Derechos del Niño, deberá efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género; y tomando en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios.³⁹⁰

³⁸⁸ *Ibidem*, párraf. 28.

³⁸⁹ CPI. Sala de Primera Instancia I. *Prosecutor v. Tohmas Lubanga Dyilo*. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/06. 14 de marzo de 2012.

³⁹⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 6 (2006), sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. *Op. Cit*, párraf. 27.

- De otro lado, la protección que el DIDH otorga a los niños no acompañados o separados refuerza el contenido del derecho a la no devolución, principalmente con el principio que obliga a salvaguardar el interés superior del niño³⁹¹. De ahí que, la decisión sobre cuál debe ser la solución duradera respecto a las niñas y niños no acompañado o separados tiene que adoptarse con un procedimiento que permita efectivamente conocer cuál es el interés superior del menor en cada caso, incorporando las garantías necesarias para la consecución de tal propósito³⁹². Por ejemplo, el retorno no se considerará que responde al interés superior del niño si, tras el mismo no se dispone de las medidas adecuadas de cuidado³⁹³.

Ahora bien, en el plano regional, la Corte IDH ha resaltado que las niñas y los niños son titulares de todos los derechos establecidos en la CADH y la DADH³⁹⁴; de este modo, las niñas y niños no acompañados o separados son titulares al derecho a la no devolución. Además, tal como lo hemos reiterado, la protección del derecho a la no devolución bajo la CADH alcanza a toda persona extranjera, sin ninguna distinción.

A propósito de ello, la Corte IDH concuerda con el Comité de los Derechos del Niño en relación al contenido reforzado del derecho a la no devolución enunciado anteriormente; agregando que, cualquier decisión sobre su devolución a su Estado de origen o a un tercer Estado seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad³⁹⁵.

³⁹¹ Según el artículo 3(1) de la CDN, el principio del interés superior del niño prescribe que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

³⁹² PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen. Migraciones Irregulares y Derecho Internacional: Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Óp. Cit, pp. 85.

³⁹³ ACNUR. Directrices para la determinación del interés superior del niño. Óp. Cit, pp. 70.

³⁹⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit, párraf. 208.

³⁹⁵ *Ibidem*, párraf. 242.

Entonces, a criterio de la Corte IDH, en el SIDH el derecho de no devolución de los niños y niñas consiste en:

- La prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña o niño a un Estado cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviado a uno en el cual pueda correr dichos riesgos³⁹⁶. Como podemos apreciar, este es el contenido del derecho a la no devolución general en el SIDH.
- Este derecho encuentra en otras normas de derechos humanos una protección adicional que se extiende a otro tipo de graves violaciones a sus derechos humanos, entendidos y analizados con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia CDN, que hace de la determinación del interés superior rodeada de las debidas garantías un aspecto central al adoptar cualquier decisión que concierne a la niña o al niño³⁹⁷. De aquí se deriva el contenido reforzado del derecho a la no devolución de los niños y niñas en el marco del SIDH que ha reconocido la Corte IDH.

Adicionalmente a ello, no podemos dejar de mencionar que en el caso de las niñas y niños refugiados o solicitantes de refugio que se encuentran acompañados por sus familias, el derecho a la no devolución guarda una relación intrínseca con el derecho a la protección de la familia. De ahí que, de acuerdo con la Corte IDH, la separación de

³⁹⁶ *Ibidem*, párraf. 233.

³⁹⁷ *Ibidem*.

niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales³⁹⁸.

Además, la separación de niñas y niños de sus padres, pueden en ciertos contextos poner en riesgo la supervivencia y desarrollo de los mismos, lo cual, por el contrario, debe ser garantizado por el Estado según lo dispuesto en el artículo 19 y 6 de la CDN, especialmente a través de la protección a la familia y la no injerencia ilegal o arbitraria en la vida familiar de los niños³⁹⁹.

Pese a lo mencionado, actualmente, este derecho estaría siendo violado, por ejemplo, por el gobierno de Donald Trump en EE.UU., quien como parte de una política migratoria de tolerancia cero, ha separado a millones de niños migrantes de sus familias⁴⁰⁰. Frente a la acción de diversas ONG's y de organizaciones internacionales, el 20 de junio de 2018, emitió la Directiva denominada "Affording Congress an Opportunity to Address Family Separation", con el fin de mantener a las familias unidas. Pese a ello, en la misma Directiva se establece la continuidad de la política de tolerancia cero, al señalar que:

"It is the policy of this Administration to rigorously enforce our immigration laws. Under our laws, the only legal way for an alien to enter this country is at a designated port of entry at an appropriate time. When an alien enters or attempts to enter the country anywhere else, that alien has committed at least the crime of improper entry and is subject to a fine or imprisonment under section 1325(a) of title 8, United States Code [...]"⁴⁰¹.

³⁹⁸ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párraf. 77. Corte IDH. Caso Familia Pachecho Tineo. Óp. Cit, párraf. 226.

³⁹⁹ Corte IDH. Consultiva OC-17/02, párrs. 66 y 71. Corte IDH. Caso Familia Pachecho Tineo. Óp. Cit, párraf. 227. En el mismo sentido, el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" dispone que "todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre".

⁴⁰⁰ Puede verse: The Boston Globe. The local face of Trump's campaign against migrant children. 15 de octubre de 2018.

⁴⁰¹ EE.UU. White House. Executive Order: Affording Congress an Opportunity to Address Family Separation. 20 de junio de 2018.

Finalmente, del estudio de las legislaciones nacionales en América Latina⁴⁰², hemos identificado que en trece Estados se recoge una protección especial para niños no acompañados o separados de acuerdo a los estándares mencionados. Respecto a la protección especial vinculada con el derecho a la no devolución son notables las disposiciones de la Ley General de Migración y Extranjería de Costa Rica, que disponen que en ningún supuesto podrán rechazarse personas menores de edad no acompañadas ni a las personas de las que no exista certeza de su mayoría de edad⁴⁰³; y, que las personas menores de edad no serán sujetos de deportación, ni expulsión del territorio nacional, salvo en resguardo de su propio interés⁴⁰⁴. Esta última disposición también está contemplada en el Código de Migración de Guatemala⁴⁰⁵ y en la Ley de Migración de México⁴⁰⁶.

Cuadro N° 8: Países de América Latina que reconocen una protección especial a las niñas y niños no acompañados o separados⁴⁰⁷

| PAÍS | FUENTE | DISPOSICIÓN |
|------------|---|---|
| Argentina | Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado de 2006 (Artículo 53, sobre atención especial a menores sobre todo si no están acompañados). Asimismo, la Defensoría General de la Nación creó en 2007, el Programa para la asistencia y protección del refugiado y solicitante de refugio. | “La Comisión procurará cuando se tratare de mujeres o menores en especial si no están acompañados, que hubieren sido víctimas de violencia, la atención psicológica especializada de los mismos, y durante el procedimiento, se observará las recomendaciones del ACNUR formuladas en las Guías para la protección de mujeres refugiadas y las directrices sobre persecución por motivos de género. En caso de los menores se tendrá en cuenta las directrices sobre su protección y cuidado dando cuenta a los organismos con responsabilidad primaria en políticas dirigidas a grupos vulnerables a los fines de una solución eficaz, rápida y de contención efectiva a dichas personas”. |
| Costa Rica | Ley General de Migración y Extranjería de 2009 (Artículo 65 sobre el no rechazo de menores no acompañados en la | Artículo 65: “[...] En ningún supuesto podrán rechazarse personas menores de edad no acompañadas ni a las personas de las que no exista certeza de su mayoría de edad. Las autoridades migratorias encargadas de realizar el |

⁴⁰² Conforme la Base de Datos Legal del ACNUR.

⁴⁰³ Ley General de Migración y Extranjería de Costa Rica, de 2009, Artículo 65.

⁴⁰⁴ Ley General de Migración y Extranjería de Costa Rica, de 2009, Artículo 185.

⁴⁰⁵ Código de Migración de Guatemala, de 2016, Artículo 11: “no se puede deportar a los niños, niñas o adolescentes de no ser en su interés superior”.

⁴⁰⁶ Ley de Migración de México, de 2011, artículo 120: “[...] En el caso de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados y el de víctimas o testigos de delitos cometidos en territorio nacional, no serán deportados y atendiendo a su voluntad o al interés superior para garantizar su mayor protección, podrán sujetarse al procedimiento de retorno asistido o de regularización de su situación migratoria [...]”.

⁴⁰⁷ Legislación extraída de la Base de Datos Legal del ACNUR.

| | | |
|-------|---|---|
| | frontera, artículo 69). | <p>control del ingreso al país deberán informar, de manera inmediata al PANI, sobre la situación de estas personas menores de edad. El PANI, en el acto, deberá asumir la representación temporal y el traslado a un albergue de estas personas, hasta que se realicen las investigaciones correspondientes”.</p> <p>Artículo 69: “Será inadmisibile la solicitud de permanencia legal de la persona extranjera que haya ingresado al país o permanezca en él en condiciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley; se exceptúa de esta norma a las personas menores de edad. Bajo condiciones de humanidad, la Dirección General podrá admitir dichas solicitudes mediante resolución fundada”.</p> |
| Chile | Ley que establece disposiciones sobre protección de refugiados (Artículo 39 y 40) | <p>Artículo 39: “Cuando la solicitud fuese presentada por un menor de edad no acompañado o separado de su familia, la Secretaría Técnica de la Comisión de Reconocimiento informará, de inmediato, a la autoridad de menores, de manera que se ejerzan las medidas de protección, cuidado y asistencia que sean necesarias”.</p> <p>Artículo 40: “Cuando se trate de menores no acompañados o separados de sus familias, se observarán las recomendaciones formuladas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en las Directrices sobre Protección y Cuidados de Niños Refugiados”.</p> |
| | Reglamento de la Ley N° 20430 (artículo 55 y 56) | <p>Artículo 55: “Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado, por sí o representado por sus padres, parientes directos, representantes legales o aquellas personas o instituciones que, de conformidad a la ley, tengan a cargo su cuidado personal. Si el menor de edad lo requiere, podrá acogerse a trámite la solicitud con independencia de las personas que ejercen su representación legal o cuidado personal, con el objeto de considerar las circunstancias particulares que la motivan, en cuyo caso la Secretaría Técnica evaluará la conveniencia de informar a la autoridad de protección de derechos de niños, niñas o adolescentes. Tratándose de menores de edad separados de su familia, no acompañados o huérfanos, la Secretaría Técnica deberá informar de inmediato a la autoridad de protección de derechos de niños, niñas o adolescentes para que se adopten las medidas de protección, cuidado y asistencia que se estimen necesarias”.</p> <p>Artículo 56: “La autoridad migratoria evaluará individualmente la necesidad y oportunidad que el menor de edad sea acompañado durante la entrevista por sus padres, representantes legales, la persona encargada de su cuidado personal o un profesional experto en derechos de la infancia y adolescencia. En el caso de niños, niñas o adolescentes separados de su familia, no acompañados o huérfanos, la entrevista siempre se realizará con la presencia de un profesional</p> |

| | | |
|-------------|---|--|
| | | experto en derechos de la infancia y adolescencia”. |
| Colombia | Decreto N° 2840 (Artículo 17) | <p>“En casos de niños, niñas y adolescentes solicitantes de la condición de refugiado, se pondrá en conocimiento al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, el cual podrá designar un funcionario que velará por la protección de los derechos del niño, niña o adolescente durante todas las etapas del procedimiento, conforme a las disposiciones vigentes, en especial a las contenidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia.</p> <p>En los casos de niños, niñas o adolescentes acompañados por sus padres o quienes ejerzan la patria potestad, éstos actuarán como representantes en las gestiones ante el Ministerio de Relaciones Exteriores. En los demás casos, el ICBF representará a los niños, niñas o adolescentes durante todo el trámite. Durante el trámite de reconocimiento de la condición de refugiado se velará por la protección del interés superior del niño, niña o adolescente”.</p> |
| Ecuador | Ley Orgánica de Movilidad Humana de 2017 (Artículo 99(9) y artículo 113 sobre la prioridad a las solicitudes de refugio presentadas por niños no acompañados o separados) | <p>Artículo 99(9): “[...] En el caso de niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus representantes legales, la autoridad competente coordinará el nombramiento de un tutor o representante legal. La autoridad de movilidad humana notificará inmediatamente a la Defensoría Pública a fin que asuma la representación legal del niño, niña o adolescente”.</p> <p>Artículo 113: “Se dará prioridad a la tramitación de las solicitudes presentadas por niñas, niños y adolescentes no acompañados o separados de su representante legal, víctimas de tortura, víctimas de abuso sexual o violencia por motivos de género”.</p> |
| Guatemala | Ley de protección integral de la niñez y adolescencia, Decreto N° 27-2003 (Artículo 58) | <p>“Los niños, niñas y adolescentes que soliciten o tengan el estatus de refugiado, retornado o desarraigado conforme los procedimientos nacionales o internacionales aplicables, tienen derecho de recibir, si están solos o acompañados de sus padres, algún pariente o cualquier persona, la protección y asistencia humanitaria adecuada para el disfrute de los derechos plasmados en la Constitución Política de la República, la legislación interna y los convenios, tratados, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala. Esta será efectiva durante el tiempo, forma y procedimientos que establezcan las leyes nacionales e internacionales relativas a la materia”.</p> |
| El Salvador | Decreto Ejecutivo N° 79 Reglamento de la Ley para la Determinación de la Condición de Personas Refugiadas (Artículo 57) | <p>“Tratándose de niños y niñas no acompañados, solicitantes de la condición de refugiados, éstos deberán ser representados por el Procurador General de la República, quien actuará en su nombre.</p> |

| | | |
|-----------|--|---|
| | | <p>La Secretaría, dentro de las cuatro horas siguientes de recibida la solicitud, la hará saber al Procurador General de la República, para que asuma su representación. En el mismo término, la Secretaría informará a la Dirección Ejecutiva del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, para que ésta asuma la protección del niño o la niña y coordine las acciones para localizar u obtener información de su familia y, si fuere posible, lograr su reunión.</p> <p>El Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, en coordinación con los organismos encargados de garantizar los derechos de la persona refugiada, buscará la mejor alternativa de atención para el niño o la niña y tendrá la obligación de dar seguimiento mensual a la medida de protección aplicada.</p> <p>En todo el procedimiento que se realice para otorgar la condición de refugiado y en el procedimiento para brindarle protección social, el niño o la niña deberá ser oído y expresar libremente su opinión, la cual será tomada en cuenta en función de su edad y madurez. Asimismo, se deberá aplicar lo regulado en el Art. 9 de este Reglamento”.</p> |
| México | <p>Circular N° 001/2010: Circular por la que se instruye el procedimiento para la atención de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados (artículo 7)</p> <p>Adicionalmente, en la Ley de Migración de 2011 se encuentran algunos artículos relevantes: Artículo 74, interés superior del niño no acompañado; artículo 120 sobre la no deportación de niños; artículo 133 sobre la regularización de la condición migratoria de los niños.</p> | <p>Artículo 7: “Para el caso de los niños, niñas y adolescentes migrantes extranjeros no acompañados, se seguirá el siguiente procedimiento: I.- El OPI, de ser posible, entrevistará al niño, niña o adolescente migrante extranjero no acompañado, con el propósito de verificar si ingresó a territorio nacional con algún familiar consanguíneo en cualquier grado. En caso de no ser así, el OPI deberá identificarlo como niño, niña o adolescente migrante extranjero no acompañado. Cuando el niño, niña o adolescente migrante extranjero sea alojado con algún familiar consanguíneo, la representación consular o diplomática del país de origen será la única instancia facultada para verificar el vínculo familiar, sin embargo, no se entablará contacto alguno con la representación consular o diplomática si se detecta que es posible solicitante de refugio, en términos de las disposiciones aplicables en la materia”.</p> |
| Nicaragua | <p>Ley N° 655 de Protección a Refugiados (artículo 21, 24 y 32)</p> | <p>Artículo 21: “Si el solicitante es un menor no acompañado o separado, o un adulto que no tiene las facultades para representarse por sí mismo durante el procedimiento de asilo, se le debe asignar una persona encargada de su tutela que lo acompañe”: Artículo 24: “B) El entrevistador preferentemente será mujer en caso de que sea una mujer quien solicite la condición de refugiado. Se deberá tener especial atención y cuidado en caso de entrevistas a menores no acompañados”.</p> |

| | | |
|-----------|---|--|
| | | Artículo 32: “B) El entrevistador preferentemente será mujer en caso de que sea una mujer quien solicite la condición de refugiado. Se deberá tener especial atención y cuidado en caso de entrevistas a menores no acompañados”. |
| Paraguay | Ley General sobre Refugiados N° 1938 (Artículo 32) | “Se aplicará el principio del trato más favorable a las mujeres y niños no acompañados que soliciten refugio en la República del Paraguay. A tal efecto, la Comisión gestionará la participación de los organismos con competencia en la materia, a fin de que se les brinde protección, oportunidad de empleo, capacitación, salud y educación”. |
| Perú | Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones (Artículo 146 sobre el ingreso de menores no acompañados) | “146.1. MIGRACIONES evaluará y dispondrá el otorgamiento de la calidad migratoria especial para permitir el ingreso de la niña, niño o adolescente no acompañado a territorio peruano y pone a la niña, niño o adolescente a disposición del Ministerio de la Mujer y de Poblaciones Vulnerables hasta que concluyan las gestiones que permitan determinar su permanencia o salida del territorio peruano. 146.2. El Ministerio de la Mujer y de Poblaciones Vulnerables, podrá solicitar el cambio de calidad migratoria si fuera necesario, y realizará las gestiones que permitan mantener la regularidad migratoria de la niña, el niño o adolescente”. |
| Uruguay | Ley sobre el Estatuto de Refugiado N° 18076, de 2006 (Artículo 36 sobre niños, niñas o adolescentes no acompañados) | “Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a solicitar y a que se reconozca su condición de refugiado, en forma independiente a las personas que ejercen su representación legal. Cuando la solicitud sea realizada por un niño, niña o adolescente no acompañado, la Secretaría Permanente le asegurará la designación de asistencia letrada obligatoria dándole trámite en forma prioritaria. Asimismo, deberá comunicar el hecho en forma inmediata al Juez de Familia quien adoptará las medidas pertinentes. Es nula toda actuación que se hubiese realizado sin la presencia del defensor. En caso de duda sobre la edad de la persona se estará a la declarada por ésta mientras no mediaren estudios técnicos que establecieran otra edad. Deberá prevalecer la defensa del interés superior del niño, niña o adolescente a lo largo de todas las instancias del procedimiento. Todas las decisiones que sean adoptadas en el mismo deberán tomarse considerando el desarrollo mental y madurez del niño, niña o adolescente”. |
| Venezuela | Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela de 2007 (Artículo 397-A, sobre la protección de niños, niñas y adolescentes separados o separadas de su familia de origen; y, Artículo 397-B. Tutela de niños, niñas y adolescentes separados o | Artículo 397-A: “A los efectos del artículo 394-A, toda persona que tenga conocimiento de un niño, niña o adolescente que carezca de sus progenitores o se encuentre separado o separada de ellos, ya sea porque se desconoce su identidad o su paradero deberá informarlo al correspondiente Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, tan pronto sea posible. Una vez en conocimiento de ello, este Consejo buscará a dicho niño, niña o adolescente y, simultáneamente, hará todo lo necesario para |

| | | |
|--|--|--|
| | <p>separadas de su familia de origen) También, se puede ver: Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas de 2001 (Artículo 2(6) sobre que respalda el derecho a la unidad familiar de niños refugiados)</p> | <p>localizar a sus progenitores y a la familia de origen del mismo, ya sea directamente o a través de un programa de localización de familia de origen. Si fuere imposible ubicar a la familia de origen dictará la medida de abrigo. Las familias en las cuales se ejecute la medida de abrigo sólo podrán ser aquellas que aparezcan inscritas en el correspondiente registro de elegibles en materia de abrigo. En caso de no encontrarse una familia que llene este requisito previo y que responda a las necesidades y características del respectivo niño, niña o adolescente, la medida de abrigo se ejecutará en entidad de atención. Localizados uno o ambos progenitores el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, adoptará las medidas necesarias para lograr la integración o reintegración del niño, niña o adolescente con su progenitor, progenitora o progenitores”.</p> <p>Artículo 397-B: “En los casos en que ambos progenitores o uno solo de ellos, cuando sólo existe un representante, hayan fallecido o, se desconozca su paradero, y existe Tutor o Tutora nombrado por dicho progenitor o progenitores, el mismo Tutor o Tutora o, cualquier pariente del respectivo niño, niña o adolescente, deberá informar directamente al juez o jueza de mediación y sustanciación del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, a fin de que proceda a constituir la correspondiente tutela, en los términos previstos por la Ley”.</p> |
|--|--|--|

Por todo lo dicho anteriormente, concluimos que los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados son titulares del derecho a la no devolución. En su caso, este derecho presenta un contenido reforzado, que se manifiesta como una protección adicional que se extiende a otro tipo de graves violaciones a sus derechos humanos, entendidos y analizados con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia CDN, que hace de la determinación del interés superior rodeada de las debidas garantías, un aspecto central al adoptar cualquier decisión que concierne a la niña o al niño.

4.2. Mujeres

El desarrollo del DIR y del DIDH ha sido parcial y androcéntrico, y toda su estructura, tanto conceptual como procedimental, se ha construido sobre el silencio de las

mujeres⁴⁰⁸, privilegiando el punto de vista masculino⁴⁰⁹. En tal sentido, se ha puntualizado que la legislación internacional que regula el refugio es objetiva y se aplica por igual a todos los individuos; es decir, se presupone universal y neutra. Sin embargo, considerar el término “refugiado” como un término neutro se ha traducido en una falta de protección de las mujeres solicitantes de refugio⁴¹⁰.

Además, la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 fueron adoptados en un contexto histórico determinado, como fue el de la post guerra mundial, por hombres de convicciones liberales, pensando en las necesidades de los hombres⁴¹¹. Incluso, en la Convención de 1951 ni en su Protocolo de 1967 se contempla el género o el sexo como motivos expresos para conceder el estatuto del refugiado a las mujeres; de ahí que, sus experiencias han sido evaluadas desde el punto de vista masculino.

Antes de continuar con el análisis, consideramos pertinente precisar el significado del término “sexo” y “género” que emplearemos en nuestra investigación. Asumiremos las definiciones establecidas por la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-24/17. Para la Corte IDH, el término “sexo”, se refiere a “las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas, a la suma de las características biológicas que define el espectro de las personas como mujeres y hombres o a la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como hombre o mujer al nacer (SIC)”⁴¹².

⁴⁰⁸ DOWD, Siobhan. “Women and the World: The silencing of the Femenine”. Julie PETERS y Andrea WOLPER (Edit.). *Women’s Rights, International Feminist Perspective*. Nueva York: 1995, Routledge, pp. 317-323.

⁴⁰⁹ CHARLESWORTH, Hilary y Christine CHINKIN. “The Gender of the lus Cogens”. *Human Rights Quarterly*. Vol nº 85, 1993, pp. 613-645.

⁴¹⁰ MIGUEL JUAN, Carmen. *Refugiadas: Una mirada feminista al Derecho Internacional*. Madrid: 2016, Catarata.

⁴¹¹ MARTÍN ARRIBAS, Juan José. “La protección de las mujeres refugiadas”. Pablo FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (Edit.). *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*. Huelva: 2002, Universidad de Huelva, pp. 59-88.

⁴¹² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. 24 de noviembre de 2017.

Por otro lado, el término “género”, para la Corte IDH (citando la definición usada por el Comité CEDAW⁴¹³) se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológica⁴¹⁴. En relación al concepto de género, además, asumiremos la definición utilizada por Scott, aceptada mayoritariamente en la doctrina, quien asume al género como:

“[...] un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos y el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder. Los cambios en la organización de las relaciones sociales corresponden siempre a cambios en las representaciones del poder, pero la dirección del cambio no es necesariamente en un solo sentido”⁴¹⁵.

Ahora bien, algunas de las limitaciones por las que atraviesan las mujeres en el DIR, se visibilizan en la calificación y concesión del estatuto del refugiado, ya que al interpretar la Convención de 1951 las experiencias de las mujeres han sido marginadas. Por un lado, se ha tomado como persecución paradigmáticas la que sufre el varón en el ámbito público por parte de agentes estatales, y las mujeres han sido reconocidas como refugiadas en aquellos casos en que su persecución era similar a persecución masculina; por lo que, no han podido ser reconocidas como refugiadas en los casos en que respecto a la persecución sufrida, no existía un modelo de persecución masculina con el que realizar la comparación. Por otro lado, los daños sufridos por las mujeres no han sido considerados como persecución, o se ha estimado que no eran perseguidas por uno de los motivos previstos en la Convención de 1951, o que eran perseguidas por agentes no estatales⁴¹⁶.

⁴¹³ COMITÉ CEDAW. Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. CEDAW/C/GC/28. 16 de diciembre de 2010, párraf. 5

⁴¹⁴ *Ibidem*, párraf. 32(e). La Corte IDH, recoge la definición de: COMITÉ CEDAW. Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. CEDAW/C/GC/28. 16 de diciembre de 2010, párr. 5.

⁴¹⁵ SCOTT, Joan. “El género: una categoría útil para el análisis histórico”. Marta Lamas (Compiladora). *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*. México: 1996, PUEG, pp. 265-302.

⁴¹⁶ Miguel Juan, Carmen. *Op. Cit.*, pp. 18. Marta Lamas (Compiladora). *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*. México: 1996, PUEG, pp. 265-302.

Frente a ello, el Parlamento Europeo fue el primero en reconocer, en su Resolución de 13 de abril de 1984⁴¹⁷, la necesidad de llevar a cabo una interpretación de la Convención de 1951 basada en consideraciones de género, resolución de la que se hizo eco posteriormente el ACNUR en sus conclusiones y directrices⁴¹⁸. En efecto, la respuesta del ACNUR a la ausencia en la Convención de 1951 de la persecución por motivo de género, ha sido publicar directrices, guías y conclusiones de protección específicas sobre cómo transversalizar el género en los procedimientos de refugio⁴¹⁹.

Asimismo, el Comité Ejecutivo del ACNUR se ha ocupado de las mujeres en una serie de Conclusiones, entre ellas: la Conclusión N° 54 sobre la seguridad de las mujeres refugiadas⁴²⁰; la Conclusión N° 60 para facilitar la participación de mujeres refugiadas⁴²¹; la Conclusión N° 64 en la se señalan medidas específicas a favor de las mujeres refugiadas para asegurar la igualdad de trato para las mujeres y hombres refugiados⁴²²; la Conclusión N° 77 que resalta la necesidad de aplicar criterios especiales a las persecuciones dirigidas contra las mujeres⁴²³; y, la Conclusión N° 105 sobre estrategias de protección de mujeres y niñas en riesgo⁴²⁴.

En relación a la evolución de los pronunciamientos en las conclusiones emitidas por el Comité Ejecutivo del ACNUR, se las clasifica en tres etapas⁴²⁵: (1) en una primera etapa, se considera a la mujer refugiada como una persona humana que podía acceder al estatuto del refugiado como cualquier hombre; (2) en una segunda etapa, que inicia a mediados de los ochenta, se considera que las mujeres podían pertenecer

⁴¹⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de abril de 1984, sobre la aplicación de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (DO C 127 de 14.5.1984, p. 137).

⁴¹⁸ PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la situación de las mujeres refugiadas y solicitantes de asilo en la UE (2015/2325(INI))*, del 10 de febrero de 2016.

⁴¹⁹ Véase: ACNUR. Guía para la protección de mujeres refugiadas. 1991. ACNUR. Persecución por motivos de género, posición del ACNUR. 1999. ACNUR. Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967. 2002. ACNUR. Manual para la Protección de Mujeres y Niñas. 2008.

⁴²⁰ ACNUR. Comité Ejecutivo. Conclusión N° 54 (XXXIX). Mujeres refugiadas, de 1988.

⁴²¹ ACNUR. Comité Ejecutivo. Conclusión N° 60 (XL). Mujeres Refugiadas, de 1989.

⁴²² ACNUR. Comité Ejecutivo. Conclusión N° 64 (XLI). Las mujeres refugiadas y la protección internacional, de 1990.

⁴²³ ACNUR. Comité Ejecutivo. Conclusión N° 77 (XLVI). Conclusión general sobre la protección internacional, de 1995.

⁴²⁴ ACNUR. Comité Ejecutivo. Conclusión N°105 (LVII). Mujeres y niñas en situación de riesgo, de 2006.

⁴²⁵ MARTÍN ARRIBAS, Juan José. *Óp. Cit.*, pp. 72 y 73.

a un determinado grupo social o ser perseguidas por sus opiniones políticas⁴²⁶; y, (iii) en una tercera etapa, que inicia en 1999, se reconoce la necesidad de incorporar la perspectiva del género en las políticas, reglamentos y prácticas de refugio⁴²⁷.

En Europa, dentro de las normas comunitarias que podemos encontrar vinculadas con este tema, nos centraremos en la Directiva 2011/95⁴²⁸ que establece las normas para el reconocimiento de refugiados. Los aspectos positivos de esta Directiva vinculados con la persecución por motivos de género fueron:

“(a) reconocer en su artículo 6 la persecución por agentes no estatales cuando el Estado no puede o no quiere proporcionar protección contra la persecución o contra daños graves; (b) enumerar los actos de persecución en su artículo 9.2.a y mencionar los actos de violencia física y psíquica, incluidos los actos de violencia sexual; y, (c) que en su artículo 10.1.d, al definir el grupo social reconoce que la orientación sexual o identidad sexual y/o el sexo en sí mismos pueden ser características válidas para configurar un grupo social”⁴²⁹.

En nuestra región, los Estados han adoptado declaraciones sobre la protección de las personas refugiadas, que contribuyen a la consolidación del género como un motivo de persecución. De ellas, resaltamos el aporte de la Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la protección internacional de los refugiados en América latina, en la que se reconoce que “la persecución puede guardar relación con el género y la edad de los refugiados; así como la necesidad de brindar protección y asistencia humanitaria atendiendo a las necesidades diferenciadas de hombres y mujeres”⁴³⁰.

En cuanto a normativa interna, Canadá fue el primer país en reconocer la persecución por motivos de género como base para solicitar refugio; y, en 1995 emitió directrices sobre el tratamiento de la violencia doméstica como una solicitud de refugio. Para el

⁴²⁶ ACNUR. Comité Ejecutivo. Conclusión N° 39 (XXXVI). Las mujeres refugiadas y la protección internacional, de 1985.

⁴²⁷ ACNUR. Comité Ejecutivo. Conclusión N° 87 (I) Conclusión general sobre la protección internacional, de 1999.

⁴²⁸ UE. Parlamento Europeo y Consejo Europeo. Directiva 2011/95, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.

⁴²⁹ MIGUEL JUAN, Carmen. *Op. Cit.*, pp. 80.

⁴³⁰ Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la protección internacional de los refugiados en América latina, adoptada por 20 países de América Latina, en la Ciudad de México, el 16 de noviembre de 2004.

2000, Canadá, Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda reconocieron la violencia doméstica contra las mujeres como base para una solicitud de refugio. A partir de 2005, Argentina, Irlanda, Rumania, España y Hungría también habían otorgado solicitudes de asilo basadas en MGF y/o violencia doméstica⁴³¹. Asimismo, en la legislación de doce países de la región, se ha incorporado el género como un motivo expreso para conceder refugio, como mostramos a continuación.

Cuadro N° 9: Países de América Latina que incorporan en su legislación la persecución por motivos de género⁴³²

| PAÍS | FUENTE | DISPOSICIÓN |
|-------------|---|---|
| Argentina | Ley N° 26165, Ley General de Reconocimiento y Protección del Refugiado, del 2006 (Artículo 53) | “La Comisión procurará cuando se tratare de mujeres o menores en especial si no están acompañados, que hubieren sido víctimas de violencia, la atención psicológica especializada de los mismos, y durante el procedimiento, se observará las recomendaciones del ACNUR formuladas en las Guías para la protección de mujeres refugiadas y las directrices sobre persecución por motivos de género. En caso de los menores se tendrá en cuenta las directrices sobre su protección y cuidado dando cuenta a los organismos con responsabilidad primaria en políticas dirigidas a grupos vulnerables a los fines de una solución eficaz, rápida y de contención efectiva a dichas personas”. |
| Costa Rica | Ley N° 8764, Ley General de Migración y Extranjería, del 2009 (Artículo 106) | “[...]A efectos de la presente Ley, el término refugiado se aplicará a toda persona extranjera a quien la Dirección General le reconozca tal condición. Se entenderá como refugiado a la persona que: 1) Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, por causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país”. |
| Chile | Reglamento de la Ley N° 20430, Ley que establece disposiciones sobre persecución de refugiados (Artículo 3) | “En la interpretación de cada uno de los elementos del concepto de refugiado establecido en el artículo precedente, se aplicará una perspectiva sensible al género, a la edad u otras condiciones especiales de vulnerabilidad”. |
| El Salvador | Ley N° 918, Ley para la determinación de la condición de personas | “Para los efectos de aplicación de la presente Ley, se considera refugiado: a. A toda persona que debido a fundados temores de ser |

⁴³¹ KNEIF, Amanda. “Gender Bias in Asylum Law: Recognizing persecution against women and girls”. *Women Lawyers Journal*. 2006, Vol. N° 92, pp. 1-7.

⁴³² Legislación extraída de la Base de Datos Legal del ACNUR. Hemos incluido la legislación de Venezuela y Paraguay, aunque, en ellas se utiliza la palabra “sexo”, no “género”.

| | | |
|-----------|--|---|
| | refugiadas, del 2002 (Artículo 1). | perseguida por motivos de raza, etnia, género, religión o creencia, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera el país de su nacionalidad, y no pueda, a causa de dichos temores, o no quiera acogerse a la protección de tal país; b. Que careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país de su residencia habitual, por fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, etnia, género, religión o creencia, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él; [...]" |
| Honduras | Ley N° 208-2003, Ley de Migración y Extranjería, del 2004 (Artículo 42 (3)) | "Le será reconocida la condición de refugiado a quienes: [...] e) Que sufran persecución <i>mediante violencia sexual u otras formas de persecución de género basada en violaciones de derechos humanos consagrados, en instrumentos internacionales</i> ". |
| México | Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, del 2011 (Artículo 13). | "La condición de refugiado se reconocerá a todo extranjero que se encuentre en territorio nacional, bajo alguno de los siguientes supuestos: I. Que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, <i>género</i> , 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 residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él; [...]" |
| Nicaragua | Ley N° 655, Ley de Protección a Refugiados, del 2008 (Artículo 1) | "Para los efectos de esta Ley, se considera refugiado a toda persona a quien la autoridad competente le reconozca dicha condición cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: A) Que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, <i>género</i> , 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[...]" |
| Panamá | Decreto Ejecutivo N° 5, del 16 de enero de 2018, sobre aprobación de Convención y Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiado, dicta nuevas disposiciones para protección de personas refugiadas (Artículo 5) | "Se considera como refugiado a: 1. Toda persona que. debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, <i>género</i> , religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. se encuentre fuera del país de su nacionalidad o de residencia habitual, y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país, o que careciendo de nacionalidad o hallandose, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él [...]" |

| | | |
|-----------|--|---|
| Paraguay | Ley N° 1938, Ley General sobre Refugiados, del 2002 (Artículo 1) | “A los efectos de la presente ley, el término refugiado se aplicará a toda persona que: a) se encuentre fuera del país de su nacionalidad, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas [...]” |
| Uruguay | Ley N° 18076, Ley sobre el Estatuto del Refugiado, del 2006 (Artículo 2) | “Será reconocido como refugiado toda persona que: A) Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de pertenencia a determinado grupo étnico o social, género, raza, religión, nacionalidad, 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”. |
| Venezuela | Ley Orgánica sobre Refugiados, del 2001 (Artículo 5). | “El Estado venezolano considerará como refugiado o refugiada a toda persona a quien la autoridad competente le reconozca tal condición, en virtud de haber ingresado al territorio nacional debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas [...]”. |

En la actualidad, se acepta mayoritariamente que la persecución por motivos de género tiene cabida dentro de los motivos de persecución previstos en la Convención de 1951⁴³³. En concreto, las solicitudes de mujeres se analizan como persecución basada en la pertenencia a un determinado grupo social, debido a que el ACNUR alentó a los Estados a considerar “el grupo social” como motivo adecuado para las solicitudes vinculadas con la persecuciones de género⁴³⁴; y en menor medida, por opiniones políticas, en las que se incluye solicitudes de mujeres opositoras a regímenes opresores, a mujeres que expresan ideas de independencia frente a la dominación cultural y social de los hombres, entre otros casos⁴³⁵. Sin perjuicio de que, las solicitudes de las mujeres también puedan ser analizadas bajo los demás motivos

⁴³³ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. “Derecho de asilo y persecución relacionada con el sexo”. Teresa FREIXES (Coord.). *Mujer y constitución*. Madrid: 2000, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 561-593.

⁴³⁴ ACNUR. Guía para la protección de mujeres refugiadas. Ginebra: 1991.

⁴³⁵ KELLY, Nancy. “Gender-Related persecution: Assessing the asylum claims of women”. *Cornell Int'l L.J.* N° 26, 1993, pp. 625-674.

de la Convención de 1951, siguiendo la interpretación que realizó el ANUCR en la guía de persecución por motivo de género.⁴³⁶

En este sentido, el ACNUR es de la opinión que no es necesario agregar el “género” como un motivo a la definición de refugiado de la Convención de 1951; ya que, pese a que la definición de refugiado no hace referencia directa a la dimensión de género, es comúnmente aceptado que ésta puede influenciar o determinar el tipo de persecución o daño causado, y las razones de ese trato⁴³⁷. De esta manera, el problema con el reconocimiento de las experiencias de mujeres en las solicitudes de refugio “is not so much the actual invisibility of women but rather how their experiences have been represented and analytically characterized”⁴³⁸.

Por esta razón, concordamos con la opinión del ACNUR referida, sin negar la necesidad de interpretar la Convención de 1951 desde una perspectiva de género; ya que, el principal problema que enfrentan las mujeres como solicitantes de refugio es la incapacidad de quienes toman las decisiones para incorporar en su interpretación de los motivos ya existentes las solicitudes de las mujeres relativas al género, y su renuencia a reconocer la índole política de actos aparentemente privados que perjudican a las mujeres⁴³⁹. De ahí que, es necesario que esta interpretación de la Convención de 1951 tenga que hacerse con todos los componentes de la definición de persona refugiada: temor fundado de persecución, falta de protección estatal, agentes de persecución, alternativa de huida interna, nexos causales⁴⁴⁰ y el derecho a la no devolución.

⁴³⁶ ACNUR. Persecución por motivos de género, posición del ACNUR. Óp. Cit., pp. 8-9.

⁴³⁷ ACNUR. Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967. 2002, párraf. 6.

⁴³⁸ CRAWLEY, Heaven. “Gender, persecution and the concept of politics in the asylum determination process”. *Forced Migration Review*. 2000, N° 9, pp. 17-20.

⁴³⁹ RODGER HAINES, Q.C. “La persecución por motivos de género”. Erika FELLER y otros (Edit.) *Protección de los Refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional*. Barcelona: 2010, Icaria Editorial, pp. 349-384.

⁴⁴⁰ MIGUEL JUAN, Carmen. Óp. Cit., pp. 101.

La protección de la mujer en virtud de la Convención de 1951 ha girado en torno de la incorporación de la perspectiva de género en el procedimiento de calificación de la solicitud de refugio; cuyo avance se refleja en que se reconocieron sus experiencias como persecución por uno de los motivos ya previstos en la Convención de 1951. En esa medida, las mujeres al igual que los hombres, son titulares de los derechos que se consagran de la Convención de 1951, como lo es el derecho a la no devolución.

Adicionalmente, las mujeres refugiadas gozan de la protección que otorga la CEDAW, que según el Comité CEDAW, “se aplica a todas las etapas del ciclo del desplazamiento, puede invocarse para prohibir la discriminación por razón de sexo o de género en todas las etapas del ciclo: durante el procedimiento para la determinación del estatuto de refugiado, durante los procesos de devolución o reasentamiento y durante el proceso de integración de las mujeres a las que se haya concedido el asilo”⁴⁴¹.

Ahora bien, en el presente acápite buscamos estudiar la titularidad del derecho a la no devolución por parte de las mujeres, a nivel del SIDH. En esa línea, nótese que el lenguaje del artículo 22(8) de la CADH, que estipula este derecho, también utiliza un lenguaje neutro refiriendo la protección del derecho de no devolución a todo “extranjero”, concebido desde un punto de vista masculino. En el sentido de lo que señala Tamar Pitch, “puesto que vivimos en un mundo dominado por lo masculino -o mejor, por lo que es considerado como atributo de lo masculino y asociado a los hombres de carne y hueso-, derecho y derechos reflejan, reproducen y legitiman ese dominio, bajo la ficción de la neutralidad e imparcialidad”⁴⁴².

⁴⁴¹ COMITÉ CEDAW. Recomendación General N° 32 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres. CEDAW/C/GC/32. 14 de noviembre de 2014.

⁴⁴² PITHC, Tamar. “Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico”. (Traducción de Mariano Meresca). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. 2010, Vol. N° 44, pp. 435-459.

Frente a ello, la Corte IDH considera que en el caso de la CADH, el objeto y fin del tratado es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”⁴⁴³, a propósito de lo cual fue diseñada para proteger los derechos humanos de las personas independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro⁴⁴⁴. Es decir, la CADH protege a todas las personas sin ninguna diferenciación por algún factor, ya sea de edad, género, etc. Además, la Corte IDH en la reciente Opinión Consultiva OC-25/18 estipula que, con base en una interpretación evolutiva, se debe interpretar las causales de persecución del artículo 22(7) a la luz de las condiciones actuales en cuanto a las necesidades de protección internacional, con un enfoque de género, diversidad y edad⁴⁴⁵.

Las mujeres, entonces, son titulares de los derechos que se consagran en la CADH, sin ninguna distinción⁴⁴⁶, incluyendo el derecho a la no devolución estipulado en el artículo 22(8) de la CADH. Adicionalmente, en la Convención De Belem Do Para⁴⁴⁷, desde la interseccionalidad de factores que pueden aumentar la vulnerabilidad de las mujeres, se establece al derecho de las mujeres a la adopción de medidas por la vulnerabilidad a la violencia, como sigue:

“[...] los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”⁴⁴⁸.

En relación al contenido del derecho a la no devolución bajo la titularidad de las mujeres, notamos que la omisión del género como una causa que ponga en peligro el

⁴⁴³ Corte IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, párraf. 29.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, párraf. 33.

⁴⁴⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18. Óp. Cit, párraf. 142.

⁴⁴⁶ En concordancia con el artículo 4 de la Convención De Belem Do Para, que dispone: “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos”.

⁴⁴⁷ OEA. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención De Belem Do Para”. Adoptada en Brasil, el 9 de junio de 1994.

⁴⁴⁸ Artículo 9 de la Convención De Belem Do Para.

derecho a la vida o a la libertad personal de las mujeres, también ha sido replicada en la redacción del artículo 22(8) de la CADH; el cual sólo contempla a la raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas, como motivos que pueden poner en riesgo la vida o libertad de las mujeres. Pese a ello, en algunos Estados de la región, como Costa Rica⁴⁴⁹, Ecuador⁴⁵⁰ y El Salvador⁴⁵¹, se contempla el derecho a la no devolución, con la inclusión expresa del “género” como un motivo que podría poner en riesgo la vida o libertad del individuo.

Por su parte, en el convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia Contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, se establece la obligación de adoptar “las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las víctimas de violencia contra las mujeres necesitadas de protección, con independencia de su condición o de su lugar de residencia, no puedan ser devueltas en circunstancia alguna a un país en el que su vida pudiera estar en peligro o en el que pudieran ser víctimas de tortura o de tratos o daños inhumanos o degradantes”⁴⁵².

Asimismo, el Comité CEDAW, considera que la prohibición contra la discriminación de la mujer, concordada con el artículo 2(d)⁴⁵³ de la CEDAW, incluye la obligación de los Estados partes de proteger a las mujeres contra la exposición a un peligro real,

⁴⁴⁹ Artículo 115 de la Ley N° 8764, Ley General de Migración y extranjería: No podrán ser deportadas al territorio del país de origen, las personas refugiadas y las personas solicitantes de refugio que debido a fundados temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo u opiniones políticas, se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o, por causa de dichos temores, no quieran acogerse a la protección de tal país.

⁴⁵⁰ Artículo 2 de la Ley de Movilidad Humana: [...] No devolución. La persona no podrá ser devuelta o expulsada a otro país, sea o no el de origen, en el que sus derechos a la vida, libertad o integridad y la de sus familiares corran el riesgo de ser vulnerados a causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, género, orientación sexual, pertenencia a determinado grupo social, opiniones políticas, o cuando haya razones fundadas que estaría en peligro de ser sometida a graves violaciones de derechos humanos de conformidad con esta Ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

⁴⁵¹ Artículo 46 de la Ley N° 918, Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas: La persona refugiada no puede ser expulsada o devuelta a otro país, sea o no de su origen, donde su derecho a la vida, integridad personal, libertad y seguridad estén en riesgo de violación por causa de su raza o etnia, género, religión o credo, nacionalidad [...]

⁴⁵² Artículo 61 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Adoptado en Estambul el 2011. Disponible en: <https://rm.coe.int/1680462543>

⁴⁵³ El artículo 2(d) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, prescribe que: “Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación.

personal y previsible de formas graves de discriminación contra la mujer, incluida la violencia basada en el género⁴⁵⁴. Por lo tanto, el Comité establece que los Estados partes tienen la obligación de garantizar que ninguna mujer sea expulsada o devuelta a otro Estado en el que su vida, su integridad física, su libertad y su seguridad personales se verían amenazadas o en el que estaría en riesgo de ser objeto de formas graves de discriminación, incluidas formas graves de persecución o violencia por razón de género⁴⁵⁵.

De manera que, en el caso de las mujeres, se añade como riesgo para evaluar su devolución o expulsión, las formas graves de discriminación de género; de ahí que, el derecho a la no devolución de titularidad de las mujeres se presenta con un contenido reforzado. Quedaría por determinar en cada caso, qué constituye una forma grave de discriminación. Al respecto, en la Recomendación General N° 19 (1992), el Comité CEDAW ha precisado que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación y que la definición de discriminación contenida en el artículo de la CEDAW incluye la violencia contra las mujeres⁴⁵⁶.

En el mismo sentido, puede verse la definición de violencia contra las mujeres del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha Contra la Violencia Contra las Mujeres y la Violencia Doméstica:

“[...] por “violencia contra las mujeres” se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ COMITÉ CEDAW. Recomendación General N° 32 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres. Óp. Cit, párraf. 22.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, párraf. 23.

⁴⁵⁶ COMITÉ CEDAW. Recomendación General N° 19, sobre la violencia contra la mujer. 29 de enero de 1992.

⁴⁵⁷ Artículo 3(a) del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

Por ello, consideramos que las formas de violencia contra las mujeres tienen cabida dentro del umbral de protección que ofrece el derecho a la no devolución, en el SIDH. A diferencia del DIR, en donde se tiene que verificar que sufran persecución, en nuestro sistema, como lo señala la Corte IDH, el derecho a la no devolución “como concepto autónomo y englobante, puede abarcar diversas conductas estatales que impliquen poner a la persona en manos de un Estado en donde su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo”⁴⁵⁸.

Cabe precisar que, la violencia a la mujer comprende la violencia contra la mujer basada en su género, en el sentido del artículo 1 de la Convención De Belem Do Para, en la que se entiende como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Asimismo, a todos los actos que son considerados como violencia contra la mujer, de acuerdo con el artículo 2 de la DEVAW⁴⁵⁹, los cuales son los siguientes:

“a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra”.

Igualmente, incluye la violencia contra la mujer que han sido reconocidas como causas para invocar protección internacional, de acuerdo a lo que señala el Comité CEDAW:

“[...] han sido reconocidas en la ley y en la práctica como motivos legítimos para invocar la protección internacional, y entre ellas cabe señalar la amenaza de mutilación genital femenina, el matrimonio forzoso o a edad temprana, la amenaza de violencia o los denominados “delitos de honor”, la trata de mujeres,

⁴⁵⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18. Óp. Cit, párraf.190.

⁴⁵⁹ ONU. Asamblea General. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Adoptada el 20 de diciembre de 1993.

los ataques con ácido, la violación y otras formas de agresión sexual, las formas graves de violencia doméstica, la imposición de la pena capital u otras penas físicas contempladas en los sistemas de justicia discriminatorios, la esterilización forzada, la persecución política o religiosa por manifestar opiniones feministas o de otra índole y las consecuencias persecutorias de no acatar las normas y convenciones sociales prescritas en relación con el género o por reivindicar sus derechos en virtud de la Convención⁴⁶⁰.

Incluso, en la jurisprudencia de Canadá⁴⁶¹ y EE.UU.⁴⁶², se aceptó que la violencia doméstica contra la mujer puede ser considerada como forma de persecución por razón de su género, y por tanto, se puede otorgar protección internacional mediante el estatuto del refugiado. Además, en EE.UU., el Departamento de Justicia propuso considerar como regla jurisprudencial que el género puede ser la base para determinar la pertenencia a un grupo social, incluidas las víctimas de violencia doméstica, explicando que:

“[The Department of Justice] believes certain forms of domestic violence may constitute persecution despite the fact that they occur within familial or intimate relationships. Domestic violence centers on power and control over the victim. The proposed rule recognizes that such patterns of violence are not private matters, but rather should be addressed when they are supported by a legal system or social norms that condone or perpetuate domestic violence [...]”⁴⁶³

A lo ya expuesto, cabe agregar que, en su jurisprudencia, el TEDH ha analizado a la expulsión de mujeres bajo el umbral del artículo 3 del CEDH. Así, en el *asunto Jarabi contra Turquía*⁴⁶⁴, declaró por unanimidad que si Turquía ejecutara la decisión de expulsar a la solicitante de refugio a Irán, representaría una violación del artículo 3 del CEDH. El caso en comentario, se trata de una ciudadana iraquí que huyó de Irán temiendo ser condenada a muerte por lapidación o a flagelación por haber cometido el delito de adulterio, castigado por la ley islámica. Cuando trataba de dirigirse a Canadá, fue detenida por las autoridades turcas y se ordenó su expulsión. Ante ello, el TEDH,

⁴⁶⁰ COMITÉ CEDAW. Recomendación General N° 32 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres. Óp. Cit, párraf. 15.

⁴⁶¹ Puede verse: MACINTOSH, Constance. “Domestic violence and gender-based persecution: how refugee adjudicators judge women seeking refuge from spousal violence- and why reform is needed”. *Refuge*. 2009, Vol N° 26, pp. 147-164. RAZACK, Sherene. “Domestic violence as gender persecution: policing the borders of nation, race and gender”. *Canadian Journal of Women & the Law*. 1995, Vol N° 8, pp. 45-88.

⁴⁶² Puede verse: KNEIF, Amanda. Óp. Cit, pp. 6.

⁴⁶³ EE.UU. Departamento de Justicia. News Release: Proposed Rule Issued for Gender-Based Asylum Claims. 7 de diciembre de 2000.

⁴⁶⁴ TEDH. Asunto Jarabi contra Turquía. Demanda N° 40035/98. Sentencia de 11 de julio de 2000.

sin especificar el riesgo al que se expondría a la solicitante (si se trataba de tortura o de tratos inhumanos o degradantes), señaló que “the Court finds it substantiated that there is a real risk of the applicant being subjected to treatment contrary to Article 3 if she were to be returned to Iran”⁴⁶⁵.

Asimismo, el TEDH ha consolidado la tendencia de condenar al Estado por no haber evitado los daños perpetrados por actores no estatales contra las mujeres⁴⁶⁶, como podemos notar en el *asunto Bevacqua y S. contra Bulgaria*; y, en el *asunto Opuz contra Turquía*. Así, en el *asunto Bevacqua y S. contra Bulgaria*, el TEDH analizó un caso de violencia doméstica contra una de las demandantes. Si bien no se analiza la problemática desde el DIR, el TEDH concluye que la violencia física ejercida por el esposo hacia su esposa e hijo no puede seguir considerándose un “asunto privado”, reafirmando la obligación de los Estados de proteger el respeto a la vida familiar, en atención al artículo 8 del CEDH⁴⁶⁷.

En el *asunto Opuz contra Turquía*, la demandante alegó que su madre y ella no recibieron protección por parte de las autoridades estatales contra la violencia doméstica, lo que dió lugar al fallecimiento de su madre y que ella sufriera maltrato físico. El TEDH concluyó que el hecho de que las autoridades turcas no hayan adoptado medidas que podían haber dado lugar a un cambio en el resultado o a mitigar el daño es suficiente para responsabilizar al Estado; condenando a Turquía por omisión de la protección de la víctima, en virtud de los artículos 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura y de tratos inhumanos o degradantes) y 14 (prohibición de discriminación), del CEDH⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, párraf. 42.

⁴⁶⁶ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Carolina. “La persecución de género en el derecho internacional de los refugiados: nuevas perspectivas”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. 2017, N° 33, pp. 1-31.

⁴⁶⁷ TEDH. *Asunto Bevacqua y S. contra Bulgaria*. Demanda N° 71127/01. Sentencia del 12 de junio de 2008, párraf. 84.

⁴⁶⁸ TEDH. *Asunto Opuz contra Turquía*. Demanda N° 33401/02. Sentencia de 9 de setiembre de 2009.

Asimismo, el TEDH ha emitido algunos pronunciamientos en relación a mujeres que podrían ser víctimas de MGF si eran devueltas a su país de origen⁴⁶⁹, bajo la consideración que es un trato contrario al artículo 3 del CEDH, aunque no ha especificado si se trata de tortura o trato cruel, inhumano o degradante. Así, señaló que “[i]t is not in dispute that subjecting a woman to female genital mutilation amounts to ill-treatment contrary to Article 3 of the Convention⁴⁷⁰”.

Además, en el asunto *Emily Collins y Ashley Akaziebie contra Suecia*, en el asunto *Izevbekhai y otros contra Irlanda*⁴⁷¹, en el asunto *Omeredo contra Austria*⁴⁷²; y, en el asunto *Sow contra Bélgica*⁴⁷³; el TEDH ratificó que la MGF es una manifestación de violencia de género y se aceptaron medidas cautelares para paralizar las expulsiones, pero los declaró inadmisibles por falta de pruebas en la realización de dichas prácticas⁴⁷⁴.

En suma, el aporte del TEDH es muy valioso, pues considerar que las expulsiones de mujeres, que tienen un riesgo de sufrir alguna de las formas de violencia contra las mujeres, como contrarios al artículo 3 del CEDH; permite a los operadores jurídicos examinar si con la expulsión de las mujeres se las expondría a un riesgo de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En cuyo caso, al tratarse de una prohibición de *ius cogens*, bajo ningún supuesto los Estados podrían expulsarlas.

⁴⁶⁹ ACNUR, Directrices sobre protección internacional No1: Persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y su Protocolo relativo al estatuto de los refugiados de 1967, 7 de Mayo de 2002, (HCR/GIP/02/01), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f1c64.html>, párraf. 9: El ACNUR considera la MGF como una forma de violencia por motivos de género que inflige un daño severo, tanto mental, como físico, y constituye persecución. ACNUR. Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina, mayo de 2009. Para el ACNUR, la MGF comprende todos los procedimientos que incluyen la extirpación parcial o total de los genitales femeninos externos, u otra agresión a los órganos genitales femeninos, practicada por razones tradicionales, culturales o religiosas.

⁴⁷⁰ TEDH. Asunto *Emily Collins and Ashley Akaziebie contra Suecia*. Demanda N° 23944/05. Decisión de admisibilidad de 08 de marzo de 2007.

⁴⁷¹ TEDH. Asunto *Izevbekhai y otros contra Irlanda*. Demanda N° 43408/08. Decisión de admisibilidad del 17 de mayo de 2011.

⁴⁷² TEDH. Asunto *Omeredo contra Austria*. Demanda N° 8969/10. Decisión de admisibilidad de 20 de setiembre de 2011.

⁴⁷³ TEDH. Asunto *Sow contra Bélgica*. Demanda N° 27081/13. Decisión de admisibilidad del 19 de enero de 2016.

⁴⁷⁴ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Carolina. Óp. Cit., pp. 24.

Sobre ello, existen quienes afirman que la violencia contra las mujeres debe ser entendida como tortura⁴⁷⁵; aunque, lo cierto es que el TEDH ha sido reticente en especificar qué formas de violencia de género se deben entender como tortura o como tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes, en el marco de expulsiones de mujeres contrarias al artículo 3 del CEDH⁴⁷⁶.

Ante ello, el Relator Especial sobre la tortura, ha enfatizado la necesidad de aplicar la CAT incorporando la perspectiva de género. En ese sentido, en su informe del 5 de enero de 2016, resalta que la violación y otras formas de violencia sexual pueden constituir tortura y malos tratos. Igualmente, apunta que, la violencia doméstica equivale a malos tratos o tortura cuando los Estados toleran conductas prohibidas al no proteger a las víctimas y prohibir tales actos, que conocen o deberían conocer, en el ámbito privado. Finalmente, afirma que la MGF, el matrimonio infantil y el matrimonio forzado, y la violencia por motivos de honor son formas reconocidas de violencia de género equiparables a malos tratos y tortura⁴⁷⁷.

En suma, las mujeres, al igual que los hombres, son titulares del derecho a la no devolución. En su caso, este derecho presenta un contenido reforzado, el cual consiste en la obligación de garantizar que ninguna mujer sea expulsada o devuelta a otro Estado en el que su vida, su integridad física, su libertad y su seguridad personal se verían amenazadas o en el que estaría en riesgo de ser objeto de formas graves de discriminación, incluidas formas graves de persecución o violencia por razón de

⁴⁷⁵ COPELON, Rhonda. "Intimate terror: Understanding Domestic Violence as Torture". Rebecca Cook (Edit). *Human Rights of Women, National and International Perspectives*. Filadelfia: 1994, University of Pennsylvania Press, pp. 116-152.

⁴⁷⁶ Al respecto, ante el Día Internacional de la Mujer, un grupo de expertos en derechos humanos de Naciones Unidas, urgieron a los Estados a "mirar los crímenes de género a través del lente de la tortura," y recordaron a todos los gobiernos alrededor del mundo que si ignoran sus obligaciones de prohibir, prevenir y reparar la violencia y daño infligidos contra las mujeres y las niñas, estarían convirtiéndose en cómplices de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes. Véase en: http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_k2&view=item&id=798:mirar-los-crimenes-de-genero-a-traves-del-lente-de-la-tortura&Itemid=266

⁴⁷⁷ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A/HRC/31/57. 5 de enero de 2016.

género; las cuales podrían calificar, incluso, como tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

4.3. Víctimas de la trata de las personas

Las víctimas de la trata de personas conforman, en particular si son mujeres, niñas y niños, un colectivo particularmente vulnerable de cuya protección se ocupan diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos⁴⁷⁸. De su situación, también se ocupa el Relator Especial sobre la Trata de Personas, quien ha precisado que:

“la trata de personas, especialmente mujeres y niños, es una cuestión con múltiples aspectos que a menudo está vinculada con las denominadas corrientes migratorias mixtas, que abarcan diversas categorías de personas en movimiento, en particular refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes que viajan, principalmente de manera irregular, a lo largo de rutas similares y utilizando medios de transporte similares, pero por razones diferentes”⁴⁷⁹.

Los Estados parte de la ONU, mediante la adopción de la Declaración de Nueva York para los refugiados y migrantes, acordaron reconocer y atender, de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud DI, las necesidades especiales de todas las personas que se encuentran en situación vulnerable y que participan en los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes, entre otros, como las víctimas de la trata de personas, y las víctimas de la explotación y los abusos cometidos en el contexto del tráfico ilícito de migrantes⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ PÉREZ GONZÁLES, Carmen. Óp. Cit., pp. 70.

⁴⁷⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Maria Grazia Giammarinaro. A/HRC/29/38. 31 de marzo de 2015.

⁴⁸⁰ ONU. Declaración de Nueva York para los refugiados y migrantes. Óp. Cit., párraf. 23.

Actualmente, existe una definición universalmente consolidada de la trata de personas, contemplada en el artículo 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños⁴⁸¹. En él, se define a este delito como:

“la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptó, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”⁴⁸².

Asimismo, el artículo 6 de la CADH establece la prohibición absoluta e inderogable de la esclavitud, la servidumbre, la trata de mujeres y esclavos en todas sus formas. Esta disposición no admite excepciones, en tanto que del artículo 27(2) de la CADH se deduce que la prohibición de la esclavitud, servidumbre y la trata de personas es uno de los derechos humanos que no puede ser suspendido por los Estados, en caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad. Por este motivo, la CIDH considera que “la prohibición de la esclavitud y prácticas similares, como lo es la trata de personas, forman parte del derecho internacional consuetudinario y del *jus cogens*”⁴⁸³.

De acuerdo con el lenguaje del artículo 6 de la CADH, esta prohibición parece comprender solamente a las mujeres como víctimas del crimen de trata de personas; sin embargo, la Corte IDH interpreta esa prohibición de forma amplia y sujeta a las

⁴⁸¹ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Adoptados el 25 de diciembre de 2003.

⁴⁸² En el mismo sentido se ha definido la trata de personas en el artículo 4(a) del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos. Adoptado en Varsovia el 2005. También, véase: Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

⁴⁸³ CIDH. Informe sobre comunidades cautivas: Situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia, párraf. 54.

precisiones de su definición de acuerdo con su desarrollo en el DI⁴⁸⁴; así la prohibición puede también ser aplicada a aquellos casos que involucren a víctimas varones o menores de edad.

Por otro lado, si bien el CEDH no contiene una prohibición expresa de trata de personas, en el *asunto Siliadin contra Francia*, el TEDH examinó que la demandante no había sido esclavizada en el sentido “clásico” de esclavitud, ya que no se podía verificar que el Sr. y la Sra. B. ejercieron un verdadero derecho de propiedad legal sobre ella, reduciéndola así al estado de un "objeto". Sin embargo, el TEDH consideró que para los fines del CEDH, "servidumbre" significa la obligación de prestar los servicios que se impone mediante el uso de la coerción y debe vincularse con el concepto de "esclavitud", que incluye " "in addition to the obligation to perform certain services for others [...] the obligation for the 'serf' to live on another person's property and the impossibility of altering his condition"⁴⁸⁵.

Posteriormente, en el *asunto Rantsev contra Chipre y Rusia*, el TEDH precisó que “[...] la trata de seres humanos, por su propia naturaleza y afán de explotación, se basa en el ejercicio de potestades vinculadas al derecho de propiedad. [...] Implica la estrecha vigilancia de las actividades de las víctimas, cuyos movimientos se ven con frecuencia circunscritos. Conlleva el uso de violencia y amenazas contra las víctimas, que viven y trabajan en pobres condiciones”.⁴⁸⁶ Por tanto, concluyó que la trata en sí misma entra dentro del ámbito del artículo 4 del CEDH; el mismo que no contempla excepciones y no admite su derogación.

De este modo, el TEDH introdujo la figura de la trata de personas como una de las prohibiciones del CEDH, y por tanto, exigible desde la sola concretización de la

⁴⁸⁴Corte IDH. Caso trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra Brasil. Sentencia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 20 de octubre de 2016, párraf. 281.

⁴⁸⁵ TEDH. Asunto Siliadin contra Francia. Demanda 73316/01. Sentencia de 26 de octubre de 2005.

⁴⁸⁶ TEDH. Asunto Rantsev contra Chipre y Rusia. Demanda N° 25965/04. Sentencia del 7 de enero de 2010.

definición de trata de personas dada por las normas mencionadas en la sentencia, sin necesidad de que se verifique el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad necesarios para la figura de la esclavitud⁴⁸⁷. Finalmente, en la misma sentencia, aunque no involucraba normas del DIR, es importante agregar que el TEDH aceptó que cualquier trato inhumano o degradante se halla inherentemente vinculado a la trata de seres humanos y explotación⁴⁸⁸.

En efecto, cualquier ser humano que sea objeto de vulneración de sus derechos humanos a consecuencia del delito de trata de personas en cualquiera de sus modalidades, junto con su familia, personas a cargo y aquellos que resultaron perjudicados por brindarle ayuda, se constituyen en víctimas de este delito⁴⁸⁹. Considerando lo expuesto, examinaremos si las víctimas de la trata pueden ser porteadas mediante el DIR, y, por el derecho a la no devolución.

No todas las víctimas de la trata de personas se encontrarán en el ámbito de la definición de refugiado de la Convención de 1951, para ello tendrán que cumplir con los elementos de dicha definición. A fin de brindar orientación en este tema, el 2006, el ACNUR emitió las directrices sobre la aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata.

En este documento, se analiza, entre otros aspectos: (a) el temor fundado, (b) la persecución; y, (c) nexo causal y las causales de persecución, que pueden sufrir las

⁴⁸⁷ MARINELLI, Chiara. Óp. Cit, pp. 92-93.

⁴⁸⁸ TEDH. Asunto Rantsev contra Chipre y Rusia. Óp. Cit., párraf. 251.

⁴⁸⁹ LLAIN ARENILLA, Shirley y Sara Patricia Guzmán Suárez. "La protección internacional de los refugiados víctimas de trata de personas". *Revista de Derecho*. Barranquilla, 2014, N° 42, pp. 284-310.

víctimas o potenciales víctimas de trata de personas a fin de recibir la protección del estatuto del refugiado⁴⁹⁰; como veremos a continuación:

- (a) En relación al temor fundado de ser perseguidos, el ACNUR señala que la víctima o potencial víctima de la trata de personas puede tener fundados temores de ser perseguida debido a alguno de los motivos de la Convención de 1951; ya sea porque: (i) fue sometida a la trata en el extranjero, y está buscando la protección del Estado en el cual se encuentra. (ii) O porque no ha sido víctima de trata, pero podría temer convertirse en una víctima de trata y, por ello, haber huido fuera de su país para buscar protección internacional⁴⁹¹. En ese sentido, el temor fundado de persecución en víctimas de trata de personas "puede verse aumentado por la falta de protección de su Estado de nacionalidad o residencia o por miedo a ser incorporados nuevamente a la red de trata de personas o las represalias de dichas redes por haber escapado de la explotación a la que habían sido sometidos"⁴⁹².
- (b) En relación a la persecución que temen sufrir las víctimas o potenciales víctimas de la trata de personas, para el ACNUR, en la experiencia de la trata se encuentran inherentes formas de explotación severa, tales como el rapto, el encarcelamiento, la violación sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, los trabajos forzados, la extracción de órganos, golpizas, la privación de alimentos o de tratamiento médico. Estos actos constituyen graves violaciones a los derechos humanos, los cuales por lo general equivaldrán a persecución⁴⁹³.

⁴⁹⁰ ACNUR. Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata. HCR/GIP/06/07. 7 de abril de 2006.

⁴⁹¹ *Ibidem*, párraf. 13.

⁴⁹² LLAIN ARENILLA, Shirley y Sara Patricia Guzmán Suárez. *Óp. Cit.*, pp. 302.

⁴⁹³ ACNUR. Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata. *Óp. Cit.*, párraf. 15.

Cabe agregar que la trata de personas ha sido incluida como violencia de género, en la Convención De Belem Do Para (artículo 2(b)) y en la CEDAW (artículo 6); de modo que califica como persecución para los efectos de la Convención de 1951⁴⁹⁴. Esta posición es compartida por el ACNUR en sus directrices sobre la persecución de género, en donde se afirma que:

“[...] Algunos menores o mujeres víctimas de la trata de personas podrían calificar como refugiados en virtud de la Convención de 1951. El reclutamiento o captación forzosa o mediante engaño de mujeres o menores para la prostitución o la explotación sexual es una forma de violencia o abuso por motivos de género que puede llevar incluso a la muerte. Puede ser considerada como una forma de tortura y trato cruel, inhumano o degradante. También puede imponer serias restricciones a la libertad de circulación de una mujer, debido al secuestro, encarcelamiento o confiscación de pasaportes y otros documentos de identificación. Además, las mujeres y los menores víctimas de la trata de personas pueden sufrir serias repercusiones después de la huida y/o una vez retornados, tales como represalias por parte de los individuos o redes de traficantes, la probabilidad real de volver a ser objeto de la trata de personas, grave ostracismo por parte de la comunidad y la familia o discriminación severa. En casos individualizados ser objeto de la trata de personas para prostitución forzosa o explotación sexual podría por lo tanto, ser el fundamento para la solicitud de condición de refugiado cuando el Estado no pueda o no quiera brindar protección contra tales perjuicios o amenazas”⁴⁹⁵.

- c) En relación al nexo causal y a las causas de persecución, las víctimas de la trata de personas deben probar que tienen temores fundados de ser perseguidas debido a su raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social. En efecto, para el ACNUR, en las solicitudes de refugio de víctimas de la trata, por lo general es más difícil encontrar el vínculo entre el temor fundado de persecución y uno de los motivos de la Convención de 1951.

Por lo que, se deberá considerar que cuando existe un riesgo de sufrir persecución por parte de agentes no estatales por razones vinculadas con un motivo de la Convención de 1951, esto satisface el nexo causal, aunque la

⁴⁹⁴ COMITÉ CEDAW. Recomendación General N° 32 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres. Óp. Cit, párraf. 15.

⁴⁹⁵ ACNUR. Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967. Óp. Cit., párraf. 18.

carencia de protección estatal esté o no vinculada con la Convención de 1951. Por otro lado, también se satisface el nexo causal cuando el riesgo de persecución por parte de un actor no estatal no se encuentra vinculado con un motivo de la Convención de 1951, pero la incapacidad o falta de voluntad del Estado de brindar protección sí responde a uno de los motivos de la Convención de 1951⁴⁹⁶.

Asimismo, en relación a los motivos en los que se encajaría las solicitudes de las víctimas de la trata, el ACNUR menciona que los miembros de un determinado grupo racial o étnico de un país podrían ser especialmente vulnerables a la trata de personas o recibir una protección menos efectiva por parte de las autoridades del país de origen. Asimismo, reconoce que las víctimas podrían ser seleccionadas con base en su etnia, nacionalidad o sus ideas religiosas o políticas en un contexto en el cual las personas con un perfil específico podrían de por sí encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad en relación con diversas formas de abuso o explotación⁴⁹⁷.

Cabe mencionar que, en el caso particular de las mujeres víctimas de trata de personas, el Comité CEDAW alienta a los Estados a examinar los casos de las víctimas de la trata a luz del motivo relativo a la pertenencia a un determinado grupo social recogido en la definición de refugiado⁴⁹⁸. En la jurisprudencia interna de algunos países, podemos encontrar algunos casos de mujeres víctimas de trata de personas reconocidas como refugiadas por el motivo de pertenencia a un determinado grupo social.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, párraf. 30.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, párraf. 31.

⁴⁹⁸ COMITÉ CEDAW. Recomendación General N° 32 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres. Óp. Cit, párraf. 45.

A propósito, Edwards citó los siguientes casos: El Tribunal de Apelaciones de Inmigración del Reino Unido, en la Apelación N° CC-50627-99 (00TH00728), de 17 de mayo de 2000, determinó mantener el estatuto de refugiada a una mujer ucraniana víctima del tráfico de personas. En la Decisión N° 99/20/0497-6, la Corte Administrativa Austriaca, de 31 de enero de 2002, revocó la negativa de asilo a una mujer nigeriana víctima del tráfico de personas y forzada a la prostitución.⁴⁹⁹

En nuestra región, los Estados participantes de la Declaración y Plan de Acción de Brasil de 2014, acordaron que “las personas víctimas o potenciales víctimas de trata podrían, en algunas circunstancias, ser sujetos de protección internacional, debiendo garantizarse su acceso a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, destacando la importancia de su identificación temprana en razón de su situación de vulnerabilidad, y reconociendo la complementariedad entre los sistemas de asilo y los de protección de víctimas de trata de personas”⁵⁰⁰. A partir de ello, algunos Estados de la región, reconocieron expresamente en sus legislaciones internas el derecho a solicitar refugio de las personas víctimas de la trata.

En Argentina, mediante la Ley N° 26842 de Prevención y sanción de la trata de personas y atención a las víctimas, se estipula en el artículo 6, que:

“[e]l Estado nacional garantiza a la víctima de los delitos de trata o explotación de personas los siguientes derechos, con prescindencia de su condición de denunciante o querellante en el proceso penal correspondiente y hasta el logro efectivo de las reparaciones pertinentes: [...] g) Permanecer en el país, si así lo decidiere, recibiendo la documentación necesaria a tal fin. En caso de corresponder, será informada de la posibilidad de formalizar una petición de refugio en los términos de la Ley 26.165”.

⁴⁹⁹ EDWARDS, Alice. “Las dimensiones de edad y género en el Derecho Internacional de los Refugiados”. Erika FELLER, Volker TÜRK y Frances NICHOLSON (Edit.). *Protección de los refugiados en el derecho internacional: Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional*. Barcelona: 2010, Icaria Editorial, pp. 50-89.

⁵⁰⁰ Declaración y Plan de Acción de Brasil. Óp. Cit., pp. 5.

Asimismo, en Guatemala, según el artículo 2(h) de la Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, las personas víctimas de trata tienen derecho a que se les informe sobre “el procedimiento de asilo, la búsqueda de su familia y la situación en su país de origen”. Finalmente, el artículo 6 de la Ley de Migración de Bolivia, facilita el acceso a los procedimientos de refugio a las víctimas de trata y tráfico de personas, como sigue:

“I. La prohibición de ingreso al territorio nacional de una persona migrante extranjera, es la decisión administrativa por la que la autoridad migratoria, al efectuar el control migratorio, niega el ingreso por las causales establecidas en el párrafo II del presente Artículo, ordenando su inmediato retorno al país de origen o a un tercer país que lo admita. Contra esta decisión no procede recurso ulterior alguno.

[...]

III. Quedan exentas del cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior, las personas solicitantes de refugio y víctimas de delitos de Trata y Tráfico de Personas, además de las personas”

Por lo expuesto, algunas de las víctimas de la trata de personas pueden recibir la protección internacional que otorga el estatuto de los refugiados, y con ello, del derecho a la no devolución. Ello ha sido reconocido explícitamente en el artículo 14 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas; el mismo que dispone que

“[n]ada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos y, en particular, cuando sean aplicables, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como el principio de *non-refoulement* consagrado en dichos instrumentos”.

Al igual que en los casos de los grupos vulnerables hasta aquí estudiados, el derecho a la no devolución de titularidad de las víctimas de la trata de personas presenta un contenido reforzado, debido a la especial vulnerabilidad que enfrentan. En el ámbito

europeo, con la Convención Europea contra la Trata de Seres Humanos ⁵⁰¹, se considera la obligación de no devolución de las víctimas de trata de personas, especialmente en aquellos casos donde exista una alta posibilidad de re-victimización por no existir cambios en la situación que en un inicio originó la captación de la misma⁵⁰².

En concordancia con ello, en relación con la devolución o expulsión de las mujeres y niñas víctimas de la trata de personas, el Comité CEDAW recomienda a los Estados que adopten medidas para que las mujeres y las niñas no sean devueltas a lugares en los que estén expuestas al riesgo de volver a caer en las redes de la trata⁵⁰³. De esta manera, el derecho a la no devolución, debe ser especialmente evaluado al momento de determinar el retorno de una persona víctima de trata a su lugar de origen, teniendo en cuenta el riesgo que puede sufrir de ser nuevamente objeto de este delito⁵⁰⁴.

A propósito de ello, en el marco de la Declaración del Milenio⁵⁰⁵, en donde los Estados resolvieron tomar medidas para asegurar el respeto de la protección de los derechos de los migrantes e intensificar sus esfuerzos en la lucha contra la trata; en el 2002, el ACNUDH, presentó al Consejo Económico y Social de la ONU, los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas⁵⁰⁶. En la directriz 4, referida a establecer un marco jurídico adecuado para las víctimas de la trata, el ACNUDH encomendó a los Estados a:

⁵⁰¹ La Convención Europea contra la trata de seres humanos cuenta con una mención expresa al principio de no devolución en el artículo 40(4), que prescribe que: "Ninguna disposición del presente Convenio tendrá incidencia sobre los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y los particulares en virtud del derecho internacional, incluido el derecho internacional humanitario y el derecho internacional relativo a los derechos humanos, en particular cuando se apliquen el Convenio de 1951 y el Protocolo de 1967 relativos al estatuto de los refugiados, así como al principio de no expulsión que en ellos se enuncia".

⁵⁰² MARINELLI, Chiara. *Op. Cit.*, pp. 100.

⁵⁰³ COMITÉ CEDAW. Recomendación General N° 32 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres. *Op. Cit.*, párraf. 45.

⁵⁰⁴ OBOKATA, Tom. *Trafficking in human beings from a human rights perspective: Towards a holistic approach*. Leiden: 2006, Martinus Nijhoff. BLANCO, Cristina y Chiara MARINELLI. "Víctimas de trata de personas versus migrantes en situación irregular. Retos y lineamientos para la atención y protección de las víctimas de trata de personas extranjeras en el Perú". *Derecho PUCP*. N° 78, 2017, pp. 173-198.

⁵⁰⁵ ONU. Asamblea General. Declaración del Milenio. A/RES/55/2. Resolución aprobada el 13 de setiembre de 2000.

⁵⁰⁶ ACNUDH. Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas. Presentado al Consejo Económico y Social adición a su informe (E/2002/68/Add.1), 2010.

“6. Incorporar en la legislación contra la trata de personas disposiciones para proteger a las víctimas de ella, que comprendan la protección respecto de la deportación sumaria o la repatriación *cuando haya motivos razonables para llegar a la conclusión de que la deportación o repatriación constituiría un gran riesgo de seguridad para la víctima de la trata o su familia*”⁵⁰⁷.

Esta posición ha sido asumida también en el informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud de 2004, en el cual se exhorta a los Estados a velar para que: No se expulse del país de recepción a ninguna víctima de trata de personas si hay una probabilidad razonable de que vuelva a ser objeto de trata o de ser sometida a otras formas de daños graves, independientemente de que decida cooperar en las diligencias penales”⁵⁰⁸.

Esto último es especialmente relevante, considerando que la Directiva 2004/81/CE del Consejo de Europa, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes⁵⁰⁹; ignora este criterio. En ella se estipula que durante el período de reflexión y a la espera de la decisión de las autoridades competentes, no se ejecutará en su contra ninguna orden de expulsión⁵¹⁰. Este periodo de reflexión se concede para que las víctimas puedan decidir si cooperan con las autoridades competentes a fin de identificar a los autores del delito⁵¹¹. Entonces, si deciden cooperar, se expide el permiso de residencia; en caso contrario podrían ser expulsados⁵¹².

⁵⁰⁷ *Ibidem*, pp. 7.

⁵⁰⁸ Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud en su 29º período de sesiones”, E/CN.4/Sub.2/2004/36, de 20 de Julio de 2004, en particular la sección VII de Recomendaciones adoptadas durante el 29º período de sesiones, p. 18, párrafo 29

⁵⁰⁹ UE. Consejo de Europa. Directiva 2004/81/CE, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes.29 de abril de 2004.

⁵¹⁰ Artículo 6(2) de la Directiva 2004/81/CE.

⁵¹¹ Artículo 6(1) de la Directiva 2004/81/CE.

⁵¹² Artículo 8 de la Directiva 2004/81/CE.

Esta disposición atenta con el derecho a la no devolución de titularidad de las víctimas de la trata; ya que, en sus comentarios a los Principios y Directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas, el ACNUDH indicó que “cuando haya que tomar una decisión sobre la concesión del derecho a residencia temporal a las víctimas, deben tenerse en cuenta la obligación de los Estados de no devolver a las víctimas cuando se encuentran en grave riesgo de sufrir daños, inclusive por intimidación, represalias o nuevos actos de trata”⁵¹³. Así, la Directiva 2004/81/CE al regular la posibilidad de expulsar a una víctima de la trata de personas si no coopera con las autoridades, es muy problemática⁵¹⁴, pues permite la exposición a víctimas de trata de personas a la re victimización en su país de origen.

Asimismo, para el ACNUR los riesgos que podrían experimentar las personas víctimas de la trata si se produce su retorno a su país de origen, pueden ser considerados como una forma de persecución⁵¹⁵. Dentro de los riesgos que podrían enfrentar en caso se los regrese, agrega que podrían sufrir represalias, convertirse nuevamente en víctimas de trata o el ostracismo, la discriminación o el castigo por parte de la familia o la comunidad local o, en algunos casos, por las propias autoridades⁵¹⁶. Como podemos apreciar, el ACNUR comparte el criterio con el ACNUDH en relación a los riesgos a los que se pueden exponer a las víctimas de trata de personas en caso se decida su retorno a su país de origen.

⁵¹³ ACNUDH. Principios y Directrices recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas. Comentario. Nueva York y Ginebra: 2010, ACNUDH.

⁵¹⁴ Más si tomamos en cuenta que la mayoría de los Estados miembros de la U.E. han incorporado a su legislación nacional el artículo 6, que establece dicha posibilidad durante el periodo de reflexión. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO relativa a la aplicación de la Directiva 2004/81/CE, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. Bruselas: 17 de octubre de 2014.

⁵¹⁵ ACNUR. Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata. Óp. Cit., párraf. 18.

⁵¹⁶ *Ibidem*, párraf. 18.

En el SIDH todavía no se ha avanzado en este aspecto, tal vez por la falta de casos de trata de personas que han llegado a la CIDH y a la Corte IDH⁵¹⁷. Pese a ello, considero que los principios y directrices vinculados al derecho a la no devolución a los que hemos hecho mención, forman parte del *corpus juris* internacional que existe sobre la trata de personas. Según la Corte IDH, “[...] el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones) [...]”⁵¹⁸. Por tanto, el artículo 22(8) de la CADH que regula el derecho a la no devolución, debería ser interpretado siguiendo los estándares internacionales que se han establecido para proteger a las víctimas de trata de personas en caso de devolución a su país de origen o de residencia.

Como ha quedado dicho, entonces, el derecho a la no devolución de las personas víctimas de la trata, presenta un contenido reforzado y es fundamental para garantizar su protección y para la prevención de re victimización; el cual consiste en la obligación de garantizar que ninguna víctima de la trata, sea devuelta o expulsada, cuando haya motivos razonables para llegar a la conclusión de que la expulsión o devolución constituiría un riesgo de sufrir daños, por intimidación, represalias o de re victimización de trata; los cuales podrían calificar como tortura, trato o pena cruel, inhumano o degradante.

4.4. Personas con discapacidad

Algunas personas refugiadas han vivido desde siempre con una discapacidad; otras la adquirieron durante el conflicto o el desastre natural que las obligó a huir. Durante el transcurso de la huida, las personas con discapacidad a veces son dejadas atrás o no

⁵¹⁷ MARINELLI, Chiara. Óp. Cit., pp. 108.

⁵¹⁸ CORTE IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párraf. 115.

sobreviven al viaje; no suelen ser identificadas ni se las cuenta en los procesos de registro o recogida de datos; son excluidas o no pueden acceder a los principales programas de ayuda y suelen ser olvidadas cuando se crean servicios específicos. Lo cual, muchas veces se replica incluso en campos de refugiados⁵¹⁹. De este modo, los refugiados con discapacidad se encuentran entre las personas desplazadas más ocultas, excluidas, desatendidas; y, suelen estar más expuestas a riesgos como la violencia física y sexual, a la explotación, al acoso y a la discriminación⁵²⁰.

En el 2016, la Comisión de Mujeres Refugiadas, halló que del total de personas desplazadas forzosamente en ese momento, alrededor de 13.2 millones se trataban de personas con discapacidad⁵²¹. Según dicha Comisión, “within this context, women, children, and youth with disabilities are often excluded from programs and activities that would protect them and help them develop their skills, including services addressing gender-based violence, programs for adolescents and youth, and information and education about sexual and reproductive health and services”⁵²².

Considerando las circunstancias en que se encuentran las personas con discapacidad en contextos de movilidad humana que hemos mencionado, en el presente acápite examinaremos la protección que otorga el DIR a las personas con discapacidad, en virtud del estatuto del refugiado; y, luego, el contenido reforzado del derecho a la no devolución.

La CDPD define a las personas con discapacidad, en el artículo 1(2), como “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y

⁵¹⁹ COMISIÓN DE MUJERES REFUGIADAS. Disabilities among refugees and conflicto-affected populations. 2008.

⁵²⁰ REILLY, Rechael. “La discapacidad entre poblaciones refugiadas y afectadas por conflictos”. *Revista Migraciones Forzadas*. N° 35,2010, pp. 8-10. En el mismo sentido véase: ACNUR. El trabajo con personas con discapacidad durante el desplazamiento. Ginebra: 2011, ACNUR.

⁵²¹ COMISIÓN DE MUJERES REFUGIADAS. Fact Sheet: Disability Program. 28 de setiembre de 2017.

⁵²² *Ibidem*, pp. 1.

efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”⁵²³. Asimismo, la CDPD reconoce la responsabilidad de los Estados de brindar protección a las personas con discapacidad, destacando en particular que:

“Los Estados Partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, **todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales**⁵²⁴” (Resaltado añadido).

Como hemos adelantado, las personas con discapacidad que huyen de sus países de origen o de residencia víctimas de conflictos armados, o de situaciones de riesgo⁵²⁵, sufren múltiples desventajas. De esta manera, las personas con discapacidades que viven en situaciones de conflicto y desastre humanitario seguramente deben estar entre las personas más vulnerables del mundo⁵²⁶.

A fin de facilitar su identificación y registro, el ACNUR categorizó las clases de discapacidad, con sus respectivos códigos y descripciones, en el Anexo II de la “Guidance on the Use of Standardized Specific Needs Codes” de 2009. Veamos.

Cuadro N° 10: Categorías y códigos relacionados a la discapacidad usados por el ACNUR⁵²⁷

| CATEGORÍA | DESCRIPCIÓN | CÓDIGO |
|--|--|--------|
| Discapacidad visual (Incluye ceguera) | Persona que tiene una limitación visual desde el nacimiento o como resultado de una enfermedad, infección, lesión o vejez, que afecta la vida cotidiana, puede restringir el movimiento independiente o requerir tratamiento continuo, educación especial o monitoreo regular. | DS-BD |
| Discapacidad | Persona que tiene una limitación de audición desde el | DS-DF |

⁵²³ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Se adoptó el 30 de marzo de 2007 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

⁵²⁴ Artículo 11 de la CDPD.

⁵²⁵ En relación con todos los riesgos que enfrentan las personas con discapacidad durante el desplazamiento, véase: SHIVJI, Aleema. “La discapacidad en el desplazamiento”. *Revista Migraciones Forzadas*. N° 35, pp. 4-7.

⁵²⁶ CROCK, Mary, Christine ERNEST y Ron MCCALLUM. “Where Disability and Displacement Intersect: Asylum Seekers and Refugees with Disabilities”. *International Journal of Refugee Law*. 2012, Vol. 21, N° 4, pp. 735-764. La vulnerabilidad de las personas de discapacidad en el contexto de desplazamientos, también ha sido señalada por la CIDH, en: CIDH, Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México. Óp. Cit, párr. 76. Igualmente en la Declaración y Plan de Brasil sobre Refugiados, de 2014, Óp. Cit., pp. 8.

⁵²⁷Elaborado a partir de: Traducción libre. ACNUR. Guidance on the Use of Standardized Specific Needs Codes, de 2009.

| | | |
|-------------------------------|---|-------|
| auditiva (incluye sordera) | nacimiento o como resultado de una enfermedad, infección, lesión o vejez, que afecta la vida diaria y puede requerir tratamiento regular, educación especial, monitoreo o mantenimiento de audifonos artificiales. La persona puede comunicarse a través del lenguaje de señas. | |
| Discapacidad física moderada | Persona que tiene una discapacidad física desde el nacimiento o que resulta de una enfermedad, lesión, trauma o vejez, que no limita significativamente la capacidad de desempeñarse de forma independiente. Esta categoría puede incluir víctimas de minas y personas que perdieron dedos o extremidades, que se pueden corregir con un dispositivo protésico. | DS-PM |
| Discapacidad física severa | Persona que tiene una discapacidad física desde el nacimiento o como resultado de una enfermedad, lesión, trauma o vejez, que restringe severamente el movimiento, limita significativamente la capacidad de desempeñarse independientemente o de ejercer una ocupación, y / o requiere la asistencia de un cuidador. | DS-PS |
| Discapacidad mental moderada | Persona que tiene una discapacidad mental o intelectual desde el nacimiento o como resultado de una enfermedad, lesión, trauma o vejez, que no limita significativamente la capacidad de desempeñarse de manera independiente e interactuar, pero puede requerir educación especial, algo de monitoreo y medicación moderada. | DS-MM |
| Discapacidad mental severa | Persona que tiene un impedimento mental o intelectual desde el nacimiento o como resultado de una enfermedad, lesión, trauma o vejez, lo que limita significativamente la capacidad de desenvolverse de forma independiente o de ejercer una ocupación. Requiere la asistencia de un cuidador y puede requerir medicamentos y / o tratamiento médico. | DS-MS |
| Discapacidad del habla | Persona que no puede hablar claramente desde el nacimiento o como resultado de una enfermedad, lesión, trauma o vejez, lo que restringe o limita la capacidad de desenvolverse de manera independiente y puede requerir terapia del habla o intervención médica. La persona puede comunicarse a través del lenguaje de señas. | DS-SD |

Si bien esta clasificación ayuda al ACNUR a la identificación y registro de las personas con discapacidad, se puede notar que este cuadro fue elaborado desde un enfoque médico de la discapacidad, el cual se centra en el individuo y enfatiza la naturaleza médica de la discapacidad⁵²⁸. Este modelo de la discapacidad impide que se aplique el principio de igualdad a las personas con discapacidad, en él no se reconoce a las personas con discapacidad como titulares de derechos, sino que estas quedan “reducidas” a sus deficiencias; y, se considera la norma dispensar un trato diferencial o discriminatorio a las personas con discapacidad y excluirlas⁵²⁹.

⁵²⁸ Traducción libre. WORLD HEALTH ORGANIZATION, INTERNATIONAL LABOUR OFFICE Y UNESCO. CBR: a strategy for rehabilitation, equalization of opportunities, poverty reduction and social inclusion of people with disabilities. Ginebra: 2005.

⁵²⁹ COMITÉ CDPD. Observación General N° 6 (2018), sobre la igualdad y la no discriminación. Óp. Cit., párraf. 8.

Frente a este modelo, actualmente, a partir de la CDPD se recomienda adoptar un modelo social de la discapacidad, el cual:

“[...] Destaca la interacción entre las personas con discapacidad y su entorno social. No es tanto el deterioro lo que deshabilita a un individuo, sino las barreras sociales, físicas, ambientales y de actitud que la sociedad erige lo que impide su participación plena e igualitaria. Las estrategias de rehabilitación están dirigidas a hacer que el entorno social sea más accesible para las personas con discapacidades, en lugar de hacerlo únicamente para la rehabilitación médica de la persona. En otras palabras, la percepción es que el problema reside en la sociedad, en lugar de en el individuo. Este modelo enfatiza las capacidades de las personas con discapacidad y busca estrategias para hacer que los servicios, instalaciones, políticas y prácticas sean más inclusivos y accesibles”⁵³⁰.

Asimismo, se propone el uso del modelo de discapacidad basado en los derechos humanos, el cual reconoce que la discapacidad es una construcción social y que las deficiencias no deben considerarse un motivo legítimo para denegar o restringir los derechos humanos. Según ese modelo, la discapacidad es uno de los diversos estratos de identidad. Por lo tanto, las leyes y políticas de discapacidad deben tener en cuenta la diversidad de personas con discapacidad⁵³¹.

Por otro lado, el Comité Ejecutivo del ACNUR, mediante la Conclusión N° 110, sobre la protección internacional de los refugiados con discapacidad, reafirmando la responsabilidad primordial de los Estados de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger y asistir a las personas con discapacidad en todas las situaciones; instó a los Estados y al ACNUR a proteger y asistir a los refugiados y otras personas con discapacidad contra todas las formas de discriminación; y, a ofrecer un apoyo sostenible y adecuado para atender a todas sus necesidades⁵³².

⁵³⁰ Traducción libre. WORLD HEALTH ORGANIZATION, INTERNATIONAL LABOUR OFFICE Y UNESCO. Óp. Cit., pp. 3.

⁵³¹ COMITÉ CDPD. Observación General N° 6 (2018), sobre la igualdad y la no discriminación. Óp. Cit., párraf. 9.

⁵³² COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. Conclusión General sobre Protección Internacional N° 110: Conclusión sobre los refugiados con discapacidad y otras personas discapacitadas a las que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados brinda protección y asistencia. 2010. 61° periodo de sesiones, numeral a).

En efecto, en la CDPD se detalla que la “discriminación por motivos de discapacidad”, se refiere a “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.”⁵³³

Al respecto, en el artículo 21(1) de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE se prohíbe expresamente la discriminación por discapacidad. Sin embargo, en la cláusula de prohibición de discriminación del CEDH del artículo 14, no se recoge como uno de los motivos a la discapacidad. No obstante, el TEDH en los *asuntos Glor contra Suiza*⁵³⁴ y *Pretty contra Reino Unido*⁵³⁵, sostuvo que el artículo 14 del CEDH protege también contra la discriminación por motivos de discapacidad.

Lo mismo ocurre en la cláusula de prohibición de discriminación de la CADH, en donde tampoco se menciona como uno de los motivos protegidos a la discapacidad; sin embargo, en la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia⁵³⁶, artículo 1(1), se incluye expresamente a la discapacidad como un motivo de discriminación.

Además, en el preámbulo de la CDPD se hace referencia a la discriminación múltiple o interseccional que pueden enfrentar las personas con discapacidad, como la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición⁵³⁷. También, en la CDPD se reconocen las formas de

⁵³³ Artículo 2 de la CDPD.

⁵³⁴ TEDH. Asunto Glor contra Suiza. Demanda N° 13444/04. Sentencia de 30 de abril de 2009.

⁵³⁵ TEDH. Pretty contra Reino Unido. Demanda N° 2346/02. Sentencia de 29 de abril de 2002.

⁵³⁶ Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Adoptada en Guatemala el 06 de mayo de 2013; regula expresamente la prohibición de discriminación por discapacidad.

⁵³⁷ Numeral p) del Preámbulo de la CDPD.

discriminación múltiple o interseccional que pueden sufrir las mujeres con discapacidad (artículo 6 de la CDPD) y los niños con discapacidad (artículo 7 de la CDPD).

En ese sentido, a fin de no incurrir en discriminación o discriminación múltiple o interseccional, las personas con discapacidad de cualquier tipo que soliciten refugio no pueden ser excluidas o no se les puede restringir del acceso a los procedimientos de concesión de refugio; los cuales deben, tener en cuenta sus necesidades específicas, desde un enfoque de género, edad y diversidad⁵³⁸. Es más, el Comité Ejecutivo del ACNUR en la Conclusión N° 110, recomienda que los Estados y el ACNUR velen por que los procedimientos de determinación de la condición de refugiado y otros procedimientos pertinentes sean accesibles y estén formulados para que las personas con discapacidad puedan presentar sus argumentos íntegramente y de forma justa con el apoyo necesario⁵³⁹.

Las personas con discapacidad pueden recibir el reconocimiento como refugiadas en virtud de la Convención de 1951, para ello deberán satisfacer los elementos de la definición de refugiado. Aunque, los elementos clave de la definición de la Convención de 1951 pueden resultar difíciles para una persona con discapacidad que está buscando refugio⁵⁴⁰. Por ejemplo, para una persona que tenga deficiencias mentales⁵⁴¹, le será muy difícil demostrar temor de sufrir persecución o para expresar un reclamo de cualquier tipo, peor aun cuando se trata de un niño, niña o adulto mayor que cuente con esta discapacidad. De manera que, las personas con discapacidad

⁵³⁸ ACNUR. Política de Edad, Género y Diversidad: El trabajo con las personas y las comunidades por la igualdad y la protección. 8 de junio de 2011.

⁵³⁹ COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. Conclusión General sobre Protección Internacional N° 110: Conclusión sobre los refugiados con discapacidad y otras personas discapacitadas a las que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados brinda protección y asistencia, numeral j).

⁵⁴⁰ Traducción libre. CROCK, Mary, Christine ERNEST y Ron MCCALLUM. Óp. Cit., pp. 742.

⁵⁴¹ En relación a la vulnerabilidad de las personas con discapacidades cognitivas, véase: MARSHALL, Julie, Helen BARRETT y Angelo EBENGO. "La vulnerabilidad de los refugiados con discapacidades de comunicación ante la violencia sexual y de género: la evidencia de Ruanda" *Revista Migraciones Forzosas*. N° 55, 2017, pp. 74-76.

encontran barreras específicas para acceder a la protección y la asistencia, y es posible que requieran un mayor grado de ayuda⁵⁴².

Ahora bien, con la aprobación de la CDPD, la Convención de 1951 y su definición de refugiado debe enriquecerse con los derechos y garantías reconocidos en ella. La CDPD debe operar como un agente de cambio de los proceso de determinación de la condición de refugiado alrededor del mundo⁵⁴³. Esto ha sido puesto en manifiesto en el informe anual de 2015 del ACNUDH y del Secretario General de la ONU, en donde concluyen que:

“La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad supone un cambio del paradigma de la discapacidad que considera a las personas con discapacidad como objetos de atención médica y beneficencia a su reconocimiento como sujetos de derechos. **Este enfoque de la discapacidad basado en los derechos humanos exige una nueva comprensión del derecho internacional humanitario, el derecho de los refugiados y los marcos de crisis aplicados a las personas con discapacidad.** Los Estados, los agentes no estatales y los agentes humanitarios deben reformar sus políticas y prácticas de conformidad con la Convención para abordar las situaciones de riesgo y de emergencia humanitaria”⁵⁴⁴ (Resaltado añadido)

En efecto, los Estados tienen la obligación de adecuar los procedimientos de calificación del refugio a las necesidades específicas y a la situación particular de las personas con discapacidad; lo que, también, se desprende de la Conclusión N° 110 del Comité Ejecutivo del ACNUR ya citada.

Por otro lado, la interpretación tradicional que se le ha dado a los elementos de la definición de refugiado de la Convención de 1951 plantea algunas dificultades para las personas con discapacidad como ya hemos adelantado; por lo que, a continuación nos referiremos a ellos desde un enfoque de discapacidad, con apoyo de la doctrina. Cabe

⁵⁴² CONSEJO DE EUROPA. AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. Manual De Derecho Europeo Sobre Asilo, Fronteras e Inmigración. Óp. Cit., pp. 435.

⁵⁴³ CROCK, Mary, Laura SMITH-KHAN y otros. The legal protection of refugees with disabilities. Forgotten and invisible?. Cheltenham: Edgard Elgar Publishing, 2017, pp. 139.

⁵⁴⁴ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General: Estudio temático sobre los derechos de las personas con discapacidad en virtud del artículo 11 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, relativo a las situaciones de riesgo y emergencias humanitarias. A/HRC/31/30. 30 de noviembre de 2015.

precisar que, a diferencia de los grupos vulnerables estudiados anteriormente, el ACNUR no cuenta con una guía que oriente la aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 a las personas con discapacidad.

- (i) Dentro del elemento del temor fundado de sufrir persecución, puede ser problemático para identificar el aspecto subjetivo y objetivo. Así, la necesidad de demostrar el temor subjetivo puede presentar un problema para las personas con discapacidades mental o intelectual, que carecen de la capacidad psicológica o mental para apreciar (y temer) situaciones que son objetivamente peligrosas⁵⁴⁵. De ahí que, si el requisito del "temor fundado" se aplica de manera demasiado estricta, todas las personas que sean incapaces no podrán calificar como refugiados de la Convención de 1951⁵⁴⁶, debido a esa discapacidad.

Frente a esta situación, se aducen dos criterios para salvar la falta de capacidad de las personas al momento de expresar sus temores de persecución. Por un lado, se considera que al evaluar el temor subjetivo de los solicitantes con discapacidades, los tribunales y cortes pueden recurrir al enfoque que se utiliza con frecuencia para los niños solicitantes de refugio⁵⁴⁷. Sin embargo, con este criterio se infantilizaría la discapacidad, lo cual no es admisible bajo el modelo de discapacidad que establece la CDPD.

Por otro lado, de acuerdo con la jurisprudencia de Canadá, "los responsables de tomar decisiones, están autorizados para inferir el temor subjetivo de sufrir persecución de la evidencia disponible, incluso cuando el solicitante no aduce

⁵⁴⁵ Traducción libre. CROCK, Mary y Laurie BERG. *Immigration, Refugees and Forced Migration: Law, Policy and Practice in Australia*. 2011, Federation Press, pp. 383.

⁵⁴⁶ Traducción libre. *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v Patel*, 2008, FC 747, párraf. 28. Citado por: CROCK, Mary, Christine ERNEST y Ron MCCALLUM. *Óp. Cit.*, pp. 743.

⁵⁴⁷ Traducción libre. CROCK, Mary, Christine ERNEST y Ron MCCALLUM. *Óp. Cit.*, pp. 743.

nada al respecto”⁵⁴⁸. En el mismo sentido, en la jurisprudencia de Australia, se sugiere que “los responsables de tomar decisiones, pueden basarse en el temor subjetivo expresado por sus familiares”⁵⁴⁹.

De este modo, las autoridades competentes de la calificación de la solicitud de refugio al momento de analizar el elemento subjetivo de la definición, pueden considerar que las discapacidades que enfrentan los hacen vulnerables, considerando el impacto real de las discapacidades en la persona que ha huido de su Estado de origen o de residencia por razones de riesgo.

Este enfoque se encuentra implícitamente en el Manual de Reasentamiento del ACNUR, en el que se señala que:

“[c]uando se evalúa si un tratamiento o medida en particular equivale a persecución, los operadores jurídicos lo consideran a la luz de las opiniones, los sentimientos y la composición psicológica del solicitante. El mismo acto puede afectar a las personas de manera diferente según su historial, perfil y vulnerabilidad anteriores. En cada caso, los responsables de tomar decisiones deben determinar a la luz de todas las circunstancias individuales específicas si se alcanza o no el umbral de persecución”⁵⁵⁰.

- (ii) Las personas con discapacidad pueden sufrir persecución por alguno de los motivos de la Convención de 1951, al igual que una persona sin alguna discapacidad. No obstante, la persecución tiene un significado particular y puede tener diferentes sentidos para personas con discapacidades⁵⁵¹. Por un lado, puede ocurrir que algunos tratos que no constituyen persecución para ciertos individuos, sí configuran persecución para las personas con discapacidad.

⁵⁴⁸ Canada (Minister of Citizenship v Immigration) v Patel, 2008, FC 747, párraf. 28. Citado por: CROCK, Mary, Christine ERNEST y Ron MCCALLUM. Óp. Cit., pp. 743.

⁵⁴⁹ Traducción libre. Chen Shi Hai v Minister for Immigration and Multicultural Affairs, 2000, CLR 293, párraf. 309. Citado por: CROCK, Mary, Christine ERNEST y Ron MCCALLUM. Óp. Cit., pp. 744.

⁵⁵⁰ Traducción libre. ACNUR. Resettlement Handbook: Division of International Protection. Edición revisada. Ginebra: 2011, ACNUR.

⁵⁵¹ Traducción libre. CROCK, Mary, Laura SMITH-KHAN y otros. Óp. Cit., pp. 153.

Como algunos ejemplos, el Comité Ejecutivo del ACNUR menciona que la denegación de asistencia médica o alimentaria, o actos de persecución contra los cuidadores, que pueden tener un impacto tan grave en las personas mayores y en las personas con discapacidad, constituyen una persecución⁵⁵². O, también, que las mujeres, niños y niñas y personas mayores con discapacidad, quienes dependen de cuidadores o tienen una movilidad limitada, son particularmente vulnerables a la violencia sexual y otras formas de explotación y abuso⁵⁵³.

Por otro lado, pueden existir algunos daños que sólo afecten a las personas con discapacidad por sus condiciones o deficiencias. Por ejemplo, en algunos países, las personas con albinismo o de baja estatura, o aquellos con enanismo, pueden ser atacados con peligrosas prácticas específicas para personas con estas condiciones⁵⁵⁴. Al respecto, podemos mencionar las personas que tienen discapacidades psicológicas pueden ser sometidas a prácticas dolorosas, incluyendo tratamientos médicos especialmente nocivos⁵⁵⁵.

Asimismo, llama la atención el caso de los albinos de Burundi, quienes viven escondidos por temor a ser asesinados en cualquier momento para poder vender las partes de su cuerpo a “brujos” locales⁵⁵⁶. Ante ello, a partir de una serie de recomendaciones de ONG’s y organismos internacionales, el 18 de mayo de 2018, el *Pan African Parliament* adoptó una Resolución sobre personas con albinismo en África, adoptándose el Plan de Acción Regional contra el Albinismo en África (2017-2021), que establece medidas específicas para abordar los ataques y la discriminación contra las personas con albinismo mediante la

⁵⁵² Traducción libre. COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. The protection of older persons and persons with disabilities. EC/58/SC/CRP .14. 6 de junio de 2007, párraf. 21.

⁵⁵³ ACNUR. El trabajo con personas con discapacidad durante el desplazamiento forzado. Ginebra: 2011, ANUCR.

⁵⁵⁴ CROCK, Mary, Laura SMITH-KHAN y otros. Cit., pp.153.

⁵⁵⁵ CROCK, Mary, Christine ERNEST y Ron MCCALLUM. Óp. Cit., pp.754.

⁵⁵⁶ NDEGE, Yvone. “The ‘genocide of Burundi’s albinos”. *Al Jazeera English*. 25 de julio de 2009.

prevención, la protección, la rendición de cuentas y las medidas de igualdad y no discriminación. Además, se reconoce que:

“NOTING WITH CONCERN that persons with albinism in the region continue to face prejudice, stigmatisation and social exclusion, as well as multiple and intersecting forms of discrimination which impedes the enjoyment of their human rights”⁵⁵⁷.

- (iii) Causales de persecución. Las personas con discapacidad son mayoritariamente incluidas en la causal de “pertendencia a una determinado grupo social” a fin de obtener protección mediante el estatuto del refugiado⁵⁵⁸. En efecto, se apunta que el daño y el maltrato al que están sometidas las personas con discapacidades mentales es al menos tan ofensivo como el que se inflige a los miembros de otros grupos a los que se les ha brindado protección contra la persecución a causa de su membresía en un grupo social particular⁵⁵⁹.

Por ejemplo, en 2001, la Oficina de Asilo de Chicago concedió asilo a un menor de 10 años con autismo, basándose en la persecución que enfrentaría en su país de origen, Pakistán, como miembro del grupo social de personas con discapacidades de desarrollo. Su madre alegó que el niño fue sometido a tratamientos místicos degradantes y peligrosos, como ser obligado a beber agua sucia, para expulsar la "maldición de Allah"⁵⁶⁰.

Por ejemplo, en un intento por mejorar la "calidad" de vida la población y reducir las cuotas de personas con discapacidad, China aprobó la Ley de Atención de Salud Materna e Infantil (*Eugenics Law*), que ordena la esterilización de

⁵⁵⁷ PAN AFRICAN PARLAMENT. Resolution on persons with albinism in Africa. PAP.4/PLN/RES/05/MAY.18. 17 de mayo de 2018.

⁵⁵⁸ ALEINIKOFF, Alexander. “Las características protegidas y las percepciones sociales: un análisis del significado de pertenencia a un determinado grupo social”. Erika FELLER y otros (Edit.) *Protección de los Refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional*. Barcelona: 2010, Icaria Editorial, pp. 290-342.

⁵⁵⁹ Traducción libre. KANTER, Arlene S., Blake CHISAM y Christopher NUGENT. “The rights to asylum and need for legal representation of people with mental disabilities in immigration proceedings”. *Mental and Physical Disability Law Reporter*. Vol. 25, N° 4, 2001, pp. 511-516.

⁵⁶⁰ Traducción libre. DEARDORFF, Julie. “Mom wins asylum for son with autism”. *Chicago Tribune*. 21 de febrero de 2001.

personas con "defectos genéticos graves"⁵⁶¹. En Japón, basados en los temores de que las mujeres con retraso mental puedan ser acosadas en instituciones, se estipula esterilizarlas involuntariamente⁵⁶².

Pues bien, habiendo visto que, en el DIR las personas con discapacidad pueden eventualmente convertirse en refugiados en virtud de la Convención de 1951, en consecuencia, podrán beneficiarse del derecho a la no devolución. Lo mismo ocurre con el derecho a la no devolución del SIDH, que protege a todos los extranjeros sin distinción, incluyendo a las personas con discapacidades. Su exclusión constituiría discriminación a tenor de lo que dispone el artículo 5 de la CDPD. Este derecho debe aplicarse desde un enfoque de discapacidad, según el modelo social y de derechos humanos de la CDPD.

Sin duda, el derecho a la no devolución de titularidad de las personas con discapacidad, también presenta un contenido reforzado como en los otros casos de los grupos vulnerables analizados líneas atrás. Ello se deduce pues, la CDPD tiene un protagonismo y relevancia directa en la protección contra devoluciones ilegales de personas con discapacidad; debido a que ha cambiado la manera en que se percibe las discapacidades⁵⁶³ y ha creado obligaciones para proveer ajustes razonables.

Los ajustes razonables son medidas que pretenden adaptar el entorno, bienes y servicios a las necesidades específicas de las personas con discapacidad⁵⁶⁴. Los mismos que, se deben considerar en los procedimientos de calificación de refugio; y

⁵⁶¹ Traducción libre. GOMEZ, Graciela. "China's Eugenics Law as Grounds for Granting Asylum,". *Pac. Rim. L. & Pol'* y *J. N°* 563, 1996.

⁵⁶² Traducción libre. KANTER, Arlene S., Blake CHISAM y Christopher NUGENT. *Óp. Cit.*, pp. 512.

⁵⁶³ Traducción libre. CROCK, Mary, Laura SMITH-KHAN y otros. *Óp. Cit.*, pp. 262. En relación a los ajustes razonables que establece la cdpd, véase: artículos 5(3), 14(2), 18.2(c), 18(5);y, 21.1(i) de la CDPD.

⁵⁶⁴ DE ASIS, Rafael. "Lo razonable en el concepto de ajuste razonable". Elizabeth SALMÓN y Renata BREGAGLIO (Edits.) *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad*. Lima: 2015, IDEHPUCP, pp. 99-118.

considero, también, en los procedimientos de devolución de personas con discapacidad, como veremos en el punto 2 del capítulo 3.

Además, considerando que desde “el principio de dignidad inherente y el de no discriminación, uno de los objetivos fundamentales de la CDPD ha sido adaptar las normas pertinentes de los tratados de derechos humanos existentes al contexto específico de la discapacidad”⁵⁶⁵, el contenido tradicional del derecho a la no devolución puede, del mismo modo ser adaptado para responder a las circunstancias particulares que enfrentan las personas con discapacidad en contextos de movilidad humana.

Así, a pesar que la CDPD no contiene una disposición expresa sobre el derecho a la no devolución de las personas con discapacidad, el artículo 15 de la CDPD contempla la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, del siguiente modo:

“1. Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. *En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento.*

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

En este sentido, en virtud de la CDPD, artículo 15(1), una persona con discapacidad (particularmente una discapacidad psicosocial) que probablemente "se enfrente a un tratamiento involuntario", internación, institucionalización o una práctica médica

⁵⁶⁵ PALACIOS, Agustina. “El modelo social de la discapacidad”. Elizabeth SALMÓN y Renata BREGAGLIO (Edits.) *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad*. Lima: 2015, IDEHPUCP, pp. 9-34.

equivalente en su país de origen puede argumentar que la remoción constituirá una tortura o trato cruel o inhumano o degradante⁵⁶⁶.

Además, el Comité CDPD al interpretar la norma citada desde la perspectiva del modelo social y de derechos humanos de la discapacidad, señala que “las personas con discapacidad pueden verse afectadas de manera desproporcionada por la violencia, los malos tratos y otros castigos crueles y degradantes, que pueden ser en forma de medidas de contención o segregación, así como de agresiones violentas”⁵⁶⁷.

Dentro de las personas con discapacidad, el Comité CDPD resalta que las personas privadas de libertad en lugares como instituciones psiquiátricas, sobre la base de una deficiencia real o subjetiva, son objeto de niveles más elevados de violencia, así como de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y están segregadas y expuestas al riesgo de violencia sexual y de trata de personas en instituciones de atención y de educación especial⁵⁶⁸.

Como algunos ejemplos de los actos cometidos contra las personas con discapacidad, el Comité CDPD recoge los siguientes: separación de niños con discapacidad de su familia e internamiento forzoso en instituciones; privación de libertad; tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; violencia; y administración forzosa de tratamientos a las personas con discapacidad, tanto dentro como fuera de los centros de salud mental⁵⁶⁹.

Cabe añadir algunos ejemplos de la violencia contra las mujeres con discapacidad internadas en instituciones que pueden enfrentar: ser desvestidas por personal

⁵⁶⁶ PETERSON, Vandana. “Understanding disability under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its impact on International Refugee and Asylum Law”. *Georgia Journal of International and Comparative Law*. 2014, Vol. 42, N° 3, pp. 615-686.

⁵⁶⁷ COMITÉ CDPD. Observación General N° 6 (2018), sobre la igualdad y la no discriminación. Óp. Cit., párraf. 56.

⁵⁶⁸ COMITÉ CDPD. Observación General N° 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad. Óp. Cit., párraf. 53.

⁵⁶⁹ COMITÉ CDPD. Observación General N° 6 (2018), sobre la igualdad y la no discriminación. Óp. Cit., párraf. 56.

masculino en contra de su voluntad; la administración forzosa de medicación psiquiátrica; y la sobremedicación, lo que puede reducir la capacidad de describir y/o recordar la violencia sexual⁵⁷⁰.

En este sentido, el derecho a la no devolución de personas con discapacidad comprende, además de los riesgos tradicionales que puede enfrentar cualquier persona; los riesgos específicos que pueden enfrentar por sus condiciones de desventaja. De manera que, obliga a los Estados a no devolver o expulsar a personas con discapacidad a su país de origen o residencia, si razonablemente se puede asumir que estarán expuestos a actos de violencia, explotación y abuso, o actos que atenten contra la integridad física, de que son objeto exclusivamente o de manera desproporcionada las personas con discapacidad, los cuales, inclusive, pueden calificar como tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Abreviando, en el presente capítulo se ha estudiado algunos casos de los titulares del derecho a la no devolución en el SIDH, el cual comparte el aspecto personal con el principio de no devolución de los refugiados, en tanto que ambos protegen a los solicitantes de refugio y a los refugiados de la Convención de 1951. Sin embargo, a diferencia del principio de no devolución de los refugiados, protege también a los refugiados bajo la definición ampliada del término refugio y a los solicitante de asilo diplomático.

Por otro lado, en la última parte del capítulo se ha conocido el derecho a la no devolución de titularidad de algunos grupos en situación especial de vulnerabilidad. Este análisis ha sido revelador, ya que, vimos que el derecho a la no devolución aquí asume un contenido reforzado por otros instrumentos internacionales de protección de

⁵⁷⁰ COMITÉ CDPD. Observación General N° 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad. Óp. Cit., párraf. 53.

derechos humanos y por los pronunciamientos de los órganos de control de la ONU. De esta manera, se presenta como una herramienta adicional para que estas personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad puedan ejercer sus derechos.

Naturalmente, en el SIDH el derecho a la no devolución al proteger a una categoría general como a “todos los extranjeros”, lo determinante no será el análisis del aspecto personal del derecho, sino del aspecto objetivo del mismo. Precisamente, a continuación nos ocuparemos de este aspecto, y de las obligaciones que se derivan implícitamente del derecho a la no devolución.



**CAPÍTULO 3: ESTÁNDARES JURÍDICOS PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA
NO DEVOLUCIÓN EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS**

El propósito del presente capítulo es identificar los estándares jurídicos en el marco del SIDH, para garantizar el derecho a la no devolución (nos referimos al principio de no devolución de los refugiados, al derecho a la no devolución causal y al derecho a la no devolución ampliado). Conocer y comprender estos estándares, resulta particularmente relevante, pues se desprenden de instrumentos jurídicos vinculantes y de la interpretación de ellos realizada por los principales órganos jurisdiccionales regionales y por los órganos de control de la ONU. Además, porque permiten que el derecho a la no devolución sirva como una herramienta adicional de protección a las personas en situación especial de vulnerabilidad.

Antes, cabe precisar que estos estándares tienen un contenido indeterminado; en la medida que, no existe un catálogo cerrado de los derechos que integren este estándar mínimo, pues son conceptos en constante evolución⁵⁷¹. Para fines de la presente investigación, hemos identificado cuatro estándares inherentes al derecho a la no devolución; sin embargo, no es una lista taxativa. Sin estos estándares mínimos, el derecho a la no devolución estaría vacío y las personas cuya vida, libertad o integridad están en riesgo en su Estado de origen, residencia o en otro Estado quedarían desprotegidas.

1. ELIMINANDO BARRERAS: EL DERECHO A ENTRAR Y RESIDIR EN EL TERRITORIO DEL POTENCIAL ESTADO DE ACOGIDA

⁵⁷¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Carmen. Óp. Cit., pp. 52-53. Hemos asumido una postura similar a la autora, quien considera que existe un estándar mínimo de derechos humanos de todos los migrantes. Sin embargo, este estándar mínimo no está determinado absolutamente.

Apesar que una persona puede salir libremente de su Estado de origen, no existe el derecho a entrar al territorio de un Estado. Son los mismos Estados, quienes en ejercicio de su soberanía, deciden quienes pueden entrar a sus territorios⁵⁷². Frente a ello, el derecho a la no devolución plantea el desafío de compeler a los Estados a aceptar la entrada en sus territorios de aquellas personas que aleguen un riesgo de violación a sus derechos fundamentales en su Estado de origen, residencia o en un tercer Estado.

A continuación, desarrollaremos el derecho a entrar y permanecer en el territorio del potencial Estado de acogida, el cual, en mi opinión, representa una obligación implícita en el derecho a la no devolución.

La DUDH, en su artículo 13, contempla el derecho de toda persona a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado; y, el derecho a salir de cualquier Estado, incluso el propio, y a regresar a su Estado de origen. En un sentido similar, el derecho a la libertad de circulación se regula en diversos instrumentos internacionales, como en: el artículo 12 del PIDCP; artículo 22 de la CADH; en el artículo 2 del CEDH; en el Protocolo 4 al CEDH; el artículo 12 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos; y, el artículo 26 de la Carta Árabe de Derechos Humanos y en la Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Estados del Sureste Asiático (ASEAN).

De ello, observamos que el derecho a la libertad de circulación y residencia tiene un amplio reconocimiento en instrumentos convencionales universales y regionales. Asimismo, éste es un derecho complejo, pues comprende múltiples aspectos⁵⁷³.

⁵⁷² COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Libertad de circulación (artículo 12): Observación General 27. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9. 2 de noviembre de 1999.

⁵⁷³ UPRIMNY YEPES, Rodrigo y Luz María SÁNCHEZ DUQUE. Artículo 22. Derecho de Circulación y residencia. Christian STEINER y Patricia URIBE (Coord.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. México: 2014, Konrad Adenauer Stiftung.

Según el Comité de Derechos Humanos, involucra el derecho de desplazarse libremente y de escoger su lugar de residencia, el derecho de salir de cualquier país, incluso el propio y el derecho a entrar en su propio país⁵⁷⁴.

Si bien en la DUDH se contempló que toda persona será titular de este derecho, el artículo 12 del PIDCP delimita el alcance a toda persona que se *halle legalmente* en el territorio de un Estado. De esta manera, son los Estados quienes decidirán los requisitos para que las personas accedan a la legalidad requerida por el artículo 12 del PIDCP. Esta restricción, es la expresión del “principio general en virtud del cual los Estados de la comunidad internacional pueden decidir las condiciones a las que se someterá la entrada y/o permanencia de un extranjero en su territorio con el objetivo de considerarla conforme a derecho”⁵⁷⁵.

La CIJ reconoce implícitamente la competencia discrecional del Estado en materia de entrada de extranjeros en su territorio. En efecto, en su sentencia de 5 de febrero de 1970, relativa al asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company (Nouvelle Requête: 1962) (Belgique c. Espagne), Deuxième Phase*, el Tribunal declaró: cuando un Estado admite en su territorio empresas extranjeras o extranjeros, personas físicas o jurídicas, está obligado a otorgarles la protección de la ley y asume ciertas obligaciones en relación con su tratamiento⁵⁷⁶. De ahí que, en virtud del DI la admisión de extranjeros pertenece a la esfera de la competencia discrecional del Estado, por lo que éste puede denegarla o someterla a las condiciones que juzgue necesarias: pasaporte, visado, permiso de trabajo, etc⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Libertad de circulación (artículo 12): Observación General N° 27. Óp. Cit., párraf. 4.

⁵⁷⁵ PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen. Óp. Cit., pp. 48.

⁵⁷⁶ Traducción libre. TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, pp. 3.

⁵⁷⁷ CASTILLO DAUDÍ, Mireya. “Libertad de circulación y soberanía del Estado: posibles límites derivados de obligaciones de protección internacional”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. 2016, N° 31, pp. 1-44.

En concordancia con el artículo 12 del PIDCP, el artículo 26 de la Convención de 1951 incluyó el derecho a la libertad de circulación y residencia de los refugiados, en los siguientes términos: “[t]odo Estado Contratante concederá a los refugiados *que se encuentren legalmente* en el territorio el derecho de escoger el lugar de su residencia en tal territorio y de viajar libremente por él, siempre que observen los reglamentos aplicables en las mismas circunstancias a los extranjeros en general”⁵⁷⁸. Nótese que se establece como requisito la estancia legal del refugiado.

De los instrumentos internacionales mencionados, entonces, no se deduce el derecho de un extranjero o de un refugiado o solicitante de refugio a entrar en el territorio de un Estado como un componente del derecho a la libertad de circulación y residencia⁵⁷⁹. Incluso, el Comité de Derechos Humanos expresó que “el Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él”⁵⁸⁰. Sin embargo, este Comité admite la posibilidad que un extranjero pueda acogerse a la protección del PIDCP por ciertas cuestiones de ingreso o residencia; por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia⁵⁸¹.

La AG de la ONU confirma esta posición mediante la “Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven”, en cuyo artículo 2(1), señala que ninguna disposición de la declaración se interpretará en el sentido de legitimar la entrada ni la presencia ilegal de un extranjero en cualquier Estado. Tampoco se interpretará ninguna disposición en el sentido de limitar el derecho de cualquier Estado a promulgar leyes y reglamentaciones relativas a la entrada de extranjeros y al plazo y las condiciones de su estancia en él o a establecer

⁵⁷⁸ Cursivas añadidas.

⁵⁷⁹ Un interesante análisis sobre el tema puede verse: HIGGINS, Rosalyn. “The right in International Law of and individual to enter, stay in and leave a country”. *Royal Institute of International Affairs*. 1973, Vol. 49, N° 3, pp. 341-357.

⁵⁸⁰ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto. Observación General 15. 11 de abril de 1986, numerales 5 y 6.

⁵⁸¹ *Ibidem*, numeral 6.

diferencias entre nacionales y extranjeros⁵⁸². No obstante, en esta disposición también se establece que dichas leyes y reglamentos no deberán ser incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, en particular en la esfera de los derechos humanos⁵⁸³.

Mucho tiempo atrás, en el preámbulo de las “*Règles internationales sur l’admission et l’expulsion des étrangers*” aprobadas por el Instituto de Derecho Internacional en 1892, se proclamó el derecho de los Estados de admitir o no admitir extranjeros en su territorio, o de admitirlos sólo en forma condicional, o de expulsarlos, como una consecuencia lógica de su independencia y soberanía⁵⁸⁴. Sin embargo, no se reguló este derecho de manera absoluta, pues se contemplaron algunas excepciones.

La primera excepción es en relación a las personas apátridas, señalando que “[e]n principio, un Estado no debe prohibir el acceso o la permanencia en su territorio ni a sus nacionales (SIC) ni a aquellos que, habiendo perdido su nacionalidad en ese Estado, no hayan adquirido otra⁵⁸⁵”. Igualmente, se permite excepcionalmente la admisión temporal de extranjeros, al señalar que “[u]n Estado puede, excepcionalmente, no admitir de los extranjeros que estén temporalmente y bajo defensa para que residan en el territorio, siempre que, en la medida de lo posible, la defensa sea notificada individualmente y por escrito⁵⁸⁶”.

En el mismo sentido, se han pronunciado los órganos jurisdiccionales regionales. En el *asunto Moustaquim contra Bélgica*⁵⁸⁷ y en el *asunto Beldjoudi contra Francia*⁵⁸⁸, en el

⁵⁸² ONU. Asamblea General. Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985.

⁵⁸³ ONU. Asamblea General. Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven. Artículo 2(1)

⁵⁸⁴ Traducción libre. L’INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. Règles internationales sur l’admission et l’expulsion des étrangers. Ginebra: 1892.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, artículo 6.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, artículo 13.

⁵⁸⁷ TEDH. Asunto Moustaquim contra Bélgica. Demanda N° 12313/86. Sentencia de 18 de febrero de 1991.

⁵⁸⁸ TEDH. Asunto Beldjoudi contra Francia. Demanda N° 12083/86. Sentencia de 26 de marzo de 1992.

*asunto Vilvarajah y otros contra Reino Unido*⁵⁸⁹, el TEDH reiteró que Estados parte del CEDH tienen el derecho a controlar la entrada, estancia y expulsión de los no nacionales, derivado del DI y sin perjuicio de los compromisos asumidos en tratados internacionales. En ambos casos el TEDH analizó la legalidad de las medidas de expulsión ordenadas por los Estados demandados, encontrando que las expulsiones transgredieron el derecho a la vida familiar de los demandantes. De este modo, para el TEDH, si bien reconoce la facultad de los Estados de expulsar a extranjeros, ésta no es absoluta.

Para la CIDH, el derecho a entrar, circular y residir en un país, se encuentra restringido a aquellas personas que cuenten con autorización legal para hacerlo⁵⁹⁰. Esta interpretación de la CIDH se condice con el texto del artículo 22(1) de la CADH, el cual reproduce el artículo 12 del PIDCP, limitando el derecho de circulación y residencia a toda persona que se *halle legalmente* en el territorio de un Estado. La Corte IDH reconoce que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias⁵⁹¹, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas⁵⁹²; pero dichas políticas deben ser compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la CADH⁵⁹³.

En efecto, es posible limitar la competencia de los Estados de admitir o no en su territorio a los extranjeros en determinadas ocasiones⁵⁹⁴, especialmente, en aras de cumplir con los derechos humanos y con las obligaciones asumidas en tratados internacionales. Precisamente, el derecho a la no devolución se presenta como una

⁵⁸⁹ TEDH. Asunto Vilvarajah y otros contra Reino Unido. Demanda N° 13163/87. Sentencia del 30 de octubre de 1991.

⁵⁹⁰ CIDH. Informe de movilidad humana: estándares interamericanos. Óp. Cit., párraf. 80.

⁵⁹¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. Óp. Cit. párraf. 163. Corte IDH. Caso Vélez Looor contra Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párraf. 97.

⁵⁹² Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párraf. 350.

⁵⁹³ *Ibidem*.

⁵⁹⁴ CASTILLO DAUDÍ, Mireya. Óp. Cit., pp. 17.

obligación asumida en virtud de la Convención de 1951, y como un derecho humano en virtud de la CADH; que limita la competencia de los Estados de restringir la admisión de extranjeros a su territorio⁵⁹⁵.

Ello debido a que, impone a los Estados la obligación de admisión y permanencia en su territorio cuando una persona alegue un riesgo de afectación a su derecho a la vida, la libertad o integridad o pueda ser sometida a tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en su país de origen o residencia; toda vez que, “la formulación del artículo 33 de la Convención de 1951, por sí misma, implica necesariamente la presencia física en el territorio del Estado”⁵⁹⁶.

Tan es así que, originalmente, en el artículo 3 de la Convención de 1933 sobre refugiados, se contempló el derecho de no devolución, señalando expresamente que: “[c]ada una de las Partes contratantes se compromete a no retirar o expulsar de su territorio mediante la aplicación de medidas policiales, tales como expulsiones o no admisión en frontera [...]. **Se compromete en todo caso a no rechazar la entrada de refugiados en las fronteras de sus Estados de origen**”. (Resaltado añadido).

Esto se debe a que la necesidad más urgente de las personas refugiadas y solicitantes de refugio es asegurar la entrada a un territorio en el que estén protegidos del riesgo que los forzó a huir de su país de origen o residencia. De ahí que, considero que no puede existir protección en virtud del derecho a la no devolución sin acceso al territorio del Estado⁵⁹⁷ y sin permanencia en él mientras dure el riesgo de devolución. Por ende,

⁵⁹⁵ En ese sentido: HAILBRONNER, Kay. “Comments on: The Right to Leave, the Right to Return and the Question of a Right to Remain”. GOWLLAND-DEBBAS, Vera (edit.). *The Problem of Refugees in The Light of Contemporary International Law Issues*. Springer, 1994, pp. 114.

⁵⁹⁶ Traducción libre. MANFREDI, Martina Federica. “Non-Refoulement, interception and push-back policies”. *Cogito: Multidisciplinary Research Journal*. 2014, Vol. VI, N° 1, pp. 44-52.

⁵⁹⁷ En el mismo sentido: HATHAWAY, James. *The Rights of Refugees under International Law*. Óp. Cit., pp. 279. LAZARUS HIRSCH, Asher y Nathan BELL. “The Right to Have Rights as a Right to Enter: Addressing a Lacuna in the International Refugee Protection Regime”. *Human Rights Review*. 2017, Vol. 18, pp. 417-437. STOYANVA, Vадislava. “The Principle of Non-Refoulement and the Right of Asylum-Seekers to Enter State Territory”. *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*. 2008. Vol. 3, pp. 1-11. EDWARDS, Alice. “Tampering with Refugee Protection: the case of Australia”. *International Journal of Refugee Law*. 2003, Vol. 15, N° 2, pp. 192-211.

se reconoce que la no devolución, hasta cierto punto, limita la soberanía del Estado, porque “la prohibición del artículo 33(1) de la Convención de 1951 constituye una obligación *de facto* de aceptar solicitantes de refugio en el territorio de un Estado si la denegación de aceptación “en cualquier forma” “resulta en la exposición al riesgo”⁵⁹⁸.

Pese a ello, en los trabajos preparatorios del artículo 33(1) de la Convención de 1951, el Comité *ad hoc* sobre refugiados y apátridas puntualizó que “este artículo no implica que el refugiado deba ser admitido en todos los casos en el Estado donde busca entrar”⁵⁹⁹. En su exposición, los representantes de Suiza apuntaron que “[...] su gobierno presumía que el artículo no significaba que un refugiado que solicite a las autoridades en la frontera de un país debía de ser admitido únicamente porque no podía ser devuelto al país donde su vida sería amenazada. En su entendimiento, el artículo 28, protegía solo a los refugiados que residen legalmente en un país y no a aquellos que solicitaron la admisión o ingresaron al país sin autorización.”⁶⁰⁰.

Frente a la participación de los representantes de Suiza, la representación de Israel manifestó que “la observación de los representantes del gobierno de Suiza es aparentemente una mala interpretación relacionada con la aplicación del artículo 28. En la discusión de la primera sesión se acordó que el artículo 28 aplicaba tanto a los refugiados que residían legalmente en el país como a quienes se le garantizó refugio por razones humanitarias⁶⁰¹”. La discusión iniciada por los representantes de Suiza finalizó con la intervención de los representantes de la IRO⁶⁰², quienes añadieron que “el artículo 28 significa exactamente lo que señala. Este artículo impone un deber

⁵⁹⁸ LAZARUS HIRSCH, Asher y Nathan BELL. Óp. Cit., pp. 5.

⁵⁹⁹ Traducción libre. Document E/1618. Citado por: WEIS, Paul. The Refugee Convention. The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary By Dr Paul Weis Óp. Cit., pp. 233.

⁶⁰⁰ Traducción libre. WEIS, Paul. The Refugee Convention. The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary By Dr Paul Weis Óp. Cit., pp. 234.

⁶⁰¹ Traducción libre. *Ibidem*.

⁶⁰² “IRO” Son las iniciales en inglés de la Organización Internacional para los Refugiados que existía en esa fecha.

negativo que prohíbe la expulsión de cualquier refugiado a ciertos territorios, pero no impuso la obligación de permitir que resida en el territorio”⁶⁰³.

Aparentemente, la voluntad de los Estados participantes de los trabajos preparatorios de la Convención de 1951, es contraria a la posibilidad de reconocer que los refugiados o solicitantes de refugio tienen, en virtud del derecho a la no devolución, el derecho a entrar y residir en el territorio del potencial Estado de acogida. Sin embargo, asumo que detrás de estas afirmaciones se encontraba la reticencia de los Estados a aceptar la obligación de otorgar refugio, más allá de analizar en sí misma la obligación inherente que otorga el derecho de no devolución de admitir la entrada y permanencia de refugiados o solicitantes. Por lo que, no considero que la existencia de esta obligación, derivada del derecho a la no devolución, haya sido negada en su totalidad por los Estados participantes de la Convención de 1951.

En ese sentido, Goodwin-Gil y McAdam apuntan que los Estados no estaban preparados para incluir en la Convención de 1951 alguna disposición que regulara la admisión a su territorio de refugiados; ya que, la no devolución como una obligación de permitir la entrada de refugiados, podría haberse visto como un acercamiento al deber no deseado de otorgar asilo⁶⁰⁴. Incluso, Hathaway alega que el artículo 33 de la Convención de 1951 sería la respuesta principal de la comunidad internacional a la necesidad de los refugiados a entrar y residir en el territorio de un Estado de acogida⁶⁰⁵.

Sin embargo, cabe precisar que la obligación de admisión en el territorio de un potencial Estado de acogida, proviene no sólo del derecho a la no devolución, sino también del derecho al asilo. O, como mencionan Hirsch y Bell, “together, it can be

⁶⁰³ *Ibidem*, pp. 235.

⁶⁰⁴ Traducción libre. GOODWIN-GIL, Guy. S y Jane MSADAM. *Óp. Cit.*, pp. 207.

⁶⁰⁵ Traducción libre. HATHAWAY, James. *The Rights of Refugees under International Law. Óp. Cit.*, pp. 300.

argued that these rights provide a de facto right to enter⁶⁰⁶. Esto, sin perjuicio que ambos derechos tienen matices que los distinguen; ya que, como se reitera en la doctrina, el derecho a la no devolución no involucra necesariamente la obligación de un Estado de otorgar refugio a la persona cuya vida, libertad o integridad se encuentre en riesgo en su Estado de origen o residencia⁶⁰⁷.

Siguiendo a Hathaway, el derecho de entrar y residir en el territorio de un Estado que se deriva del derecho de no devolución responde enteramente a la existencia de un riesgo de ser perseguido (o a otros riesgos como lo vimos en el primer capítulo), no obliga a un Estado a permitir que un solicitante de refugio permanezca en su territorio si ese riesgo ha terminado, es decir, no implica la obligación de otorgarle refugio⁶⁰⁸. Es más, de acuerdo con Thomas, “de la estructura misma de la Convención de 1951, la no devolución es simplemente uno de los derechos que disfrutaban los refugiados, no un estatus general bajo la ley interna”⁶⁰⁹.

En cuanto al derecho de entrar al territorio que se deriva del derecho al asilo; la Corte IDH señala que, para que el derecho a buscar asilo surta su efecto útil, se requiere que los Estados de acogida permitan que las personas puedan petitionar el asilo o el reconocimiento del estatuto de refugiado⁶¹⁰. Lo anterior implica en su vertiente de obligaciones positivas, que el Estado debe permitir la entrada al territorio y dar acceso al procedimiento para la determinación de la condición de refugiado⁶¹¹. Bajo este argumento, en aras de garantizar el derecho a “buscar” asilo, los Estados parte de la CADH tienen la obligación positiva de permitir el ingreso a su territorio a las personas que busquen asilo o refugio, independientemente del riesgo de devolución.

⁶⁰⁶ LAZARUS HIRSCH, Asher y Nathan BELL. Óp. Cit., pp. 427.

⁶⁰⁷ Por ejemplo, véase: GOODWIN-GILL, Guy y Jane McAdam. Óp. Cit., pp. 206. CLAYTON, Gina. Óp. Cit., pp. 409.

⁶⁰⁸ Traducción libre. HATHAWAY, James. *The Rights of Refugees under International Law*. Óp. Cit., pp. 302.

⁶⁰⁹ Traducción libre. THOMAS WORSTER, William. “The Contemporary International Law Status of the Right to Receive Asylum”. *International Journal of Refugee Law*. 2014, Vol. 26, N° 4, pp. 477-499.

⁶¹⁰ *Ibidem*, párraf. 122.

⁶¹¹ *Ibidem*.

En el mismo sentido, de acuerdo con el ACNUR, como regla general, con el fin de dar cumplimiento a sus obligaciones en virtud de la Convención de 1951 y/o de su Protocolo de 1967, se le requerirá a los Estados dar acceso al territorio a los individuos que buscan protección internacional y a procedimientos de asilo justos y eficientes⁶¹². En este sentido, en algunas conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR se reitera la necesidad de admitir a los refugiados en el territorio de los Estados⁶¹³.

Por ejemplo, en aras de salvaguardar el derecho de unión familiar, el Comité Ejecutivo del ACNUR manifiesta que los Estados deberían facilitar la admisión a su territorio de, al menos, el cónyuge y los hijos menores o dependientes de cualquier persona a la cual se hubiera otorgado refugio provisional o asilo permanente⁶¹⁴. Igualmente, se reafirma esta obligación en situaciones de afluencia en gran escala, señalando que debe admitirse a las personas en busca de asilo en el Estado donde buscaron refugio en primer lugar, y si ese Estado no puede admitirlos indefinidamente, al menos debe admitirlos temporalmente, en todos los casos⁶¹⁵.

No obstante, a mi criterio, el derecho de entrar y permanecer en el territorio de un Estado, encuentra en el derecho a la no devolución un soporte universal y convencional, derivado de la Convención de 1951 y de la naturaleza consuetudinaria del mismo. De esta manera, en los casos que existan personas que aleguen un riesgo real de sufrir violaciones a sus derechos a la vida, libertad o integridad, si son retornadas a su Estado de origen o residencia; los Estados tendrán la obligación de admitirlas en su territorio y permitir su permanencia en él, en aras de salvaguardar su derecho a la no devolución mientras dure el riesgo.

⁶¹² ACNUR. Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. Óp. Cit., párraf. 8.

⁶¹³ COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. Conclusión N° 22 (XXXII), 1981, párraf. A.2. Conclusión N° 81 (XLVIII), 1997, párraf. H). Conclusión N° 82 (XLVIII), 1997, párraf. iii). N° 85 (XLIX), 1998, párraf. Q). Conclusión N° 99 (LV), 2004, párraf. L). Conclusión N° 108 (LIX), 2008.

⁶¹⁴ COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. Conclusión N° 15 (XXX), Refugiados sin país de asilo, 1979, párraf. E).

⁶¹⁵ COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. Conclusión n° 22 (XXXII), Protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia en gran escala, párraf. A.1.

Sin perjuicio de ello, el derecho a permanecer en el territorio de un Estado derivado del derecho a la no devolución, está condicionado a la existencia del riesgo de sufrir violaciones de sus derechos a la vida, libertad o integridad en su país de origen y residencia. De modo que, si el solicitante de refugio que alegó este riesgo para ser admitido en el territorio, pero que no solicitó protección internacional o no le fue concedida y si el riesgo de devolución ha desaparecido, los Estados no tendrían la obligación de garantizar su permanencia en su territorio. Por el contrario, “si un solicitante de refugio es declarado como un refugiado, no puede ser devuelto a su Estado de origen, y se le deben garantizar otros derechos fundamentales a fin de disfrutar el refugio”⁶¹⁶.

Sobre este tema, como parte de las garantías que se deben establecer en las legislaciones nacionales a favor de las niñas y niños para garantizar su acceso a los procedimientos de refugio, tanto el Comité de Derechos del Niño, como la Corte IDH concuerdan en que las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio nacional⁶¹⁷, aún cuando se encuentren solos, no deben exigirles documentación que no pueden tener y deben proceder a dirigirlos de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niñas y niños⁶¹⁸.

Por otro lado, recordemos que la prohibición de rechazar en la frontera, es un componente del derecho a la no devolución, según lo hemos analizado anteriormente. Esta prohibición, que es una obligación negativa, expresada en términos positivos implica la obligación de admitir en el territorio de los potenciales Estados de acogida a las personas en búsqueda de protección internacional o que podrían sufrir la

⁶¹⁶ LAZARUS HIRSCH, Asher y Nathan BELL. Óp. Cit., pp. 429.

⁶¹⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 6 (2006). Óp. Cit, párraf. 20.

⁶¹⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit, párraf. 83.

violaciones de su derecho a la vida, libertad o integridad en su país de origen o residencia.

Esto es particularmente relevante, toda vez que la prohibición de rechazo en la frontera tiene un reconocimiento expreso en instrumentos internacionales vinculantes como la Declaración de Asilo Territorial de 1967, en los Principios Asiático-Africanos sobre los Refugiados de 1966, en la Convención sobre refugiados de la OUA de 1969; y, en la Declaración de Cartagena de 1984. A nivel de América Latina, existe normativa interna expresa que contempla esta prohibición, en: Argentina, Bolivia, Chile, Honduras, México, Panamá, Perú y Uruguay, según hemos detallado en el Cuadro N° 4.

En el mismo sentido, la Corte IDH interpreta que el derecho a la no devolución incluye conductas entre otras, como el rechazo en frontera, la no admisión, la interceptación en aguas internacionales y el traslado informal o “entrega”⁶¹⁹. Nótese que se incluye expresamente el rechazo en la frontera y la no admisión como conductas englobadas en la protección del derecho a la no devolución; esto traducido en una obligación positiva reafirma la obligación de los Estados de admitir en su territorio a las personas que aleguen un riesgo en caso sean trasladados al territorio de origen o residencia.

Finalmente, entonces, bajo este estándar de protección, se deben observar las políticas migratorias de no entrada, el rechazo en la frontera o las políticas de “*push-back*” que han establecido algunos Estados frente a los grandes flujos de movilidad humana. Especialmente, a nivel del SIDH, este estándar involucra la protección, no sólo de aquellos que aleguen protección internacional mediante la institución del refugio, sino también, de manera general a todos los extranjeros, siempre que exista

⁶¹⁹ *Ibidem*. En el mismo sentido se ha pronunciado el ACNUR en: ACNUR. Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. Óp. Cit., párraf. 7.

un riesgo real de violación de sus derechos fundamentales en caso sean retornados a su Estado de origen y residencia.

Pese a ello, por ejemplo, el 27 de enero de 2017, el presidente Donald Trump publicó una directiva “para proteger a la nación de la entrada de terroristas extranjeros a los EE.UU.” (“Directiva Trump”). De acuerdo con esta Directiva:

“[i]n order to protect Americans, the United States must ensure that those admitted to this country do not bear hostile attitudes toward it and its founding principles. The United States cannot, and should not, admit those who do not support the Constitution, or those who would place violent ideologies over American law. In addition, the United States should not admit those who engage in acts of bigotry or hatred (including “honor” killings, other forms of violence against women, or the persecution of those who practice religions different from their own) or those who would oppress Americans of any race, gender, or sexual orientation⁶²⁰”.

La Directiva Trump realizó diversos cambios a las políticas y procedimientos por medio de los cuales los extranjeros pueden ingresar a EE.UU. Tres de estas modificaciones generaron controversia: 1) la suspensión por 90 días de la entrada de extranjeros procedentes de Iraq, Irán, Libia, Somalia, Sudán, Siria y Yemen; 2) la suspensión por 120 días del “Programa de Admisiones de Refugiados de los Estados Unidos” que determina que, una vez que se reasuma el programa, la Secretaría de Estado debe priorizar las solicitudes de refugio basadas en la persecución de religiones minoritarias en el país de origen del solicitante; y 3) la suspensión de manera indefinida de la entrada de todos los refugiados sirios⁶²¹.

La constitucionalidad de la Directiva de Trump fue inmediatamente cuestionada por el Estado de Washington y de Minnesota ante una Corte Federal de distrito; pues consideraban que la Directiva Trump era inconstitucional e ilegalmente dejaba varados en el extranjero a residentes, dividía a sus familias, restringía su tránsito y dañaba la

⁶²⁰ Executive Order 13769. Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States. 27 de enero de 2017.

⁶²¹ Traducción libre. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. State of Washington y State of Minnesota v. Donald J. Trump. N° 17-35105. 9 de febrero de 2017, pp. 4.

economía estatal y a las universidades públicas (en tanto que algunos de sus estudiantes y docentes extranjeros no podían ingresar al territorio de EE.UU.), violando la Primera y Quinta enmienda de la Constitución de EE.UU. Asimismo, argumentaron que la medida no estaba destinada a proteger a la sociedad estadounidense de ataques terroristas, sino que se trataba en realidad de una prohibición de entrada de musulmanes⁶²².

Ante ello, la Corte Federal suspendió la directiva temporalmente, y decidió preliminarmente que:

“[...] significant and ongoing harm was being inflicted on substantial numbers of people, to the detriment of the States, by means of an Executive Order that the States were likely to be able to prove was unlawful. [...] The district court enjoined and restrained the nationwide enforcement of sections 3(c) and 5(a)-(c) in their entirety. [...] It enjoined section 5(e) to the extent that section “purports to prioritize refugee claims of certain religious minorities,” and prohibited the government from “proceeding with any action that prioritizes the refugee claims of certain religious minorities.[...]”⁶²³

Lógicamente, el gobierno de EE.UU. apeló esta decisión ante la Corte de Apelaciones, alegando nuevamente que la Directiva busca proteger a los ciudadanos americanos de actos terroristas y cuestionando la competencia de la Corte para determinar la constitucionalidad de la Directiva. Sin embargo, esta Corte negó la apelación del gobierno de EE.UU., aduciendo, entre otros argumentos, que:

- Ni la Corte Suprema, ni esa Corte han sostenido que los jueces carecen de autoridad para controlar una directiva del ejecutivo en estas áreas de cumplimiento en el ámbito de la Constitución. Al contrario, la Corte Suprema ha rechazado, repetida y explícitamente, la idea de que las ramas políticas del

⁶²² *Ibidem*, pp. 4-5.

⁶²³ *Ibidem*, pp. 6.

gobierno tienen autoridad no controlable sobre inmigración o que no están sujetas a la Constitución al hacer políticas en ese contexto⁶²⁴.

En ese sentido, la Corte de Apelaciones, citando diversos precedentes, demostró que, a pesar de que el ejecutivo federal está facultado para definir las políticas sobre inmigración relacionadas con la seguridad nacional, éstas no escapan al marco constitucional. Esto reafirma nuestra posición de que las políticas migratorias que restringen el acceso al territorio a personas en búsqueda de protección internacional pueden ser cuestionadas bajo el estándar desarrollado en el presente apartado de la investigación.

- Por otro lado, en relación a las violaciones al debido proceso que se estaría produciendo con la Directiva Trump, vinculadas con: (i) la sección 3 (c) que niega el reingreso a ciertos residentes permanentes legales y personas con visado que no sean inmigrantes sin un aviso constitucional suficiente y una oportunidad para responder; (ii) la sección 3 (c) que prohíbe a ciertos residentes permanentes legales y personas con visado que no sean inmigrantes ejercer sus intereses de libertad protegidos constitucionalmente separados e independientes para viajar al extranjero y luego reingresar; y, (iii) la sección 5 que contraviene los procedimientos provistos por el estatuto federal para los refugiados que buscan refugio y protección en EE.UU.⁶²⁵. La corte de Apelaciones consideró que:

“[...] the procedural protections provided by the Fifth Amendment’s Due Process Clause are not limited to citizens. Rather, they “appl[y] to all ‘persons’ within the United States, including aliens,” regardless of “whether their presence here is lawful, unlawful, temporary, or permanent [...] these rights also apply to certain aliens attempting to reenter the United States after travelling abroad. the Government has provided no affirmative argument showing that the States’ procedural due process claims fail as to these categories of aliens. For example, the Government has failed to

⁶²⁴ Traducción libre. *Ibidem*, pp. 14.

⁶²⁵ Traducción libre. *Ibidem*, pp. 20.

establish that lawful permanent residents have no due process rights when seeking to re-enter the United States. [...]”⁶²⁶.

A estas consideraciones, podemos agregar que la Directiva Trump atenta contra los derechos de los solicitantes de refugio y refugiados consagrados en la Convención de 1951 y contra la prohibición de no discriminación. Particularmente, al denegar acceso a su territorio a personas que probablemente pueden tener fundados temores de ser perseguidas por algún motivo prohibido, realizando, incluso rechazos en aeropuertos, se estaría violando el derecho a la no devolución.

Sobre todo, si consideramos que esta Directiva es abiertamente discriminatoria, pues se dirige a personas de nacionalidad y religión específica. Además, parecería que añade un requisito para solicitar refugio, al exigir que los solicitantes de refugio residan legalmente en EE.UU. para acceder a la protección del estatuto del refugiado, lo cual no tiene asidero legal desde el artículo 1A(2) y 31 de la Convención de 1951.

Finalmente, resaltamos la estrecha relación entre el derecho a entrar al territorio de un Estado con el acceso a la determinación de la condición de refugiado, pues la denegación del acceso al territorio del Estado equivale a la denegación del procedimiento de determinación de la condición de refugiado. Si no se realiza un procedimiento de determinación de la condición de refugiado, resulta imposible identificar a aquellos solicitantes de refugio que corren el riesgo de ser perseguidos si se les niega la persecución⁶²⁷.

En este sentido, el derecho a la no devolución no puede ser garantizado sin la autorización de acceso al territorio del Estado, y para que los Estados garanticen el derecho a la no devolución y las demás obligaciones asumidas en la Convención de

⁶²⁶ *Ibidem*, pp. 21.

⁶²⁷ STOYANVA, Vádislava. *Óp. Cit.*, pp. 5.

1951, tienen que evaluar individualmente cada caso, a través de procedimientos que respeten las garantías procesales mínimas. De esto nos ocuparemos en el siguiente apartado.

2. VALORANDO CASO A CASO: LA OBLIGACIÓN DE INICIAR UN PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN QUE RESPETE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

La Corte IDH, en la sentencia del *caso de la familia Pacheco Tineo contra Bolivia*, reconoció la existencia de una obligación de los Estados de que “cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado deberán, al menos, entrevistar a la persona y realizar una evaluación previa o preliminar, a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión”⁶²⁸.

A partir de ello, consideramos que la segunda obligación implícita en el derecho a la no devolución, consiste en iniciar un procedimiento previo a la devolución del extranjero que alegue un riesgo de afectación de sus derechos fundamentales en caso retorne a su Estado de origen o residencia⁶²⁹. Este procedimiento “debe respetar las garantías mínimas del debido proceso como parte de la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión y, si se constata ese riesgo, no debería ser devuelto a su país de origen o donde exista el riesgo”⁶³⁰.

⁶²⁸ Corte IDH. Familia Pacheco Tineo contra Bolivia. Óp. Cit., párraf. 136.

⁶²⁹ En el mismo sentido, Pérez considera que en razón del artículo 33 de la Convención de 1951, “el Estado parte queda obligado a incorporar en su ordenamiento interno un procedimiento que le permita verificar caso por caso, que la persona a la que devolverá no quedará expuesta a ninguna de las situaciones mencionadas”. En: PÉREZ GONZÁLES, Carmen. Óp. Cit., pp. 105 y 106.

⁶³⁰ *Ibidem*.

Este criterio esbozado por la Corte IDH por primera vez en la sentencia referida, fue reafirmado en la Opinión Consultiva OC-21/14⁶³¹ y en la reciente Opinión Consultiva OC-25/18⁶³². En dichas opiniones, la Corte IDH precisó que en el marco de la CADH, es exigible la entrevista a la persona y una evaluación preliminar del riesgo de devolución. Ello necesariamente implica la obligación de iniciar un procedimiento que permita a la persona exponer ante la autoridad competente los argumentos por los cuales no puede ser devuelto a su país de origen y residencia, de manera, que se pueda evaluar el riesgo al que se expondría a la persona⁶³³. Bajo estos términos, este procedimiento se presentaría como un procedimiento previo a la decisión de expulsión, iniciado cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución.

En este sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos, en el dictamen respecto de la Comunicación N° 1959/2010⁶³⁴, y en el dictamen respecto de la Comunicación N° 1222/2003⁶³⁵, en donde consideró que no se puede extraditar, deportar, expulsar o remover de ninguna manera a una persona del territorio de un Estado si existen motivos suficientes para creer que existe riesgo de daño irreparable contra sus derechos, y sin antes tomar en consideración los alegatos de la persona sobre el riesgo existente.

Además, considerando que el artículo 2(3) del PIDCP exige que los Estados Partes garanticen que toda persona disponga también de recursos accesibles y eficaces para justificar los derechos contemplados en el Pacto⁶³⁶; y, que el derecho a la no devolución forma parte de los derechos fundamentales que se derivan del PIDCP

⁶³¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit., párraf. 235.

⁶³² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18. Óp. Cit., párraf. 195.

⁶³³ *Ibidem*, párraf. 196.

⁶³⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Jama Warsame contra Canadá, CCPR/C/102/D/1959/2010. 102º periodo de sesiones. Comunicación N° 1959/2010.

⁶³⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Jonny Rubín Byahuranga contra Dinamarca, CCPR/C/82/D/1222/2003. 82º periodo de sesiones. Comunicación N° 1222/2003.

⁶³⁶ *Ibidem*.

según el Comité de Derechos Humanos⁶³⁷, los Estados, entonces, se encuentran obligados a establecer procedimientos accesibles que permitan la evaluación del riesgo contra los derechos fundamentales de una persona, antes de disponer su expulsión o devolución.

Por su parte, el TEDH también ha manifestado la necesidad de iniciar un procedimiento que permita valorar individualmente el riesgo en la devolución o expulsión de la persona, no sólo como una obligación derivada del artículo 3 del CEDH, sino también del artículo 13 del CEDH, que recoge el derecho a un recurso efectivo. Este artículo prescribe que: “[t]oda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

De la jurisprudencia del TEDH se deduce que si un demandante presenta un reclamo alegando que su expulsión a un Estado tercero le expondría al riesgo de sufrir tratos prohibidos por el artículo 3 del CEDH, este reclamo “deberá imperativamente ser examinado detenidamente por una ‘autoridad nacional’”⁶³⁸. De esta manera, para el TEDH, sólo a través de un procedimiento que respete las garantías procesales, se podrá evaluar la exposición al riesgo de devolución, a fin de no violentar con la obligación asumida en virtud del artículo 3 del CEDH⁶³⁹.

⁶³⁷ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 20: Reemplaza la Observación General N° 7: Prohibición de de la tortura y los tratos o penas crueles (Artículo 7), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 10 de marzo de 1992, párr. 9.

⁶³⁸ TEDH. Asunto Shamayev y otros contra Georgia y Rusia. Demanda N° 36378/02. Sentencia del 12 de octubre de 2005, párraf. 448. TEDH. Asunto Jabari contra Turquía. Op. Cit., párraf. 39. TEDH. Asunto Hirsi Jamaa y otros contra Italia. Op. Cit., párraf. 198.

⁶³⁹ TEDH. Asunto Shamayev y otros contra Georgia y Rusia. Op. Cit., párraf. 460. TEDH. Asunto Jabari contra Turquía. Op. Cit., 50. TEDH. Asunto Hirsi Jamaa y otros contra Italia. Op. Cit., párraf. 198.

Como hemos expuesto, este procedimiento, de acuerdo con la Corte IDH y el Comité de Derechos Humanos, deberá ser previo al procedimiento de expulsión⁶⁴⁰. Adicionalmente, el TEDH dispone que los efectos de este procedimiento sean suspensivos, es decir, interrumpe los efectos del procedimiento de expulsión. Además, para el TEDH, la noción de “recurso efectivo” en el sentido del artículo 13 del CEDH, examinado en relación el artículo 3 del CEDH exige, en primer lugar, “un examen independiente y riguroso” de todo reclamo presentado por un individuo en una situación en la que “existen motivos sustanciales para creer que corre un riesgo real de ser sometido a tratos contrarios al artículo 3 del CEDH”; y, en segundo lugar, “una posibilidad de interrumpir la ejecución de la medida impugnada”⁶⁴¹.

En este sentido, resaltando que, dada la importancia que se otorga al artículo 3 del CEDH y la naturaleza irreversible de los daños potenciales en caso de que el riesgo de tortura o malos tratos se materialice, para el TEDH el efecto suspensivo también debería aplicarse en aquellos casos en los que un Estado parte decide expulsar a un extranjero a un país en el que existen motivos sustanciales para creer que este individuo se enfrentaría a riesgos de esta naturaleza⁶⁴².

En virtud de este marco establecido por el TEDH, por ejemplo, en el *asunto Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, encontró que los demandantes no tuvieron acceso a un procedimiento de identificación y evaluación individualizada de sus circunstancias personales antes de ser devueltos a Libia. Es más, el propio Gobierno Italiano reconoció que no se llevó a cabo ningún procedimiento de este tipo a bordo de los buques militares en los que fueron embarcados los demandantes. Se halló que tampoco habían dispuesto un intérprete o asesor legal alguno entre el personal de

⁶⁴⁰ Si bien en algunos países la expulsión se da con un proceso judicial, en nuestro país se realiza mediante un procedimiento administrativo, por lo que nos referiremos al “procedimiento de expulsión”.

⁶⁴¹ *Ibidem*.

⁶⁴² TEDH. *Asunto Hirsi Jamaa y otros contra Italia*. Óp. Cit., párraf. 200. TEDH. *Asunto Gebremedhin [Geberamadhien] contra Francia*. Demanda N° 25389/0. Sentencia del 26 de julio de 2007, párraf. 66. TEDH. *Asunto M.S.S. contra Bélgica y Grecia*. Demanda N° 30696/09. Sentencia de 21 de enero de 2011, párraf. 223.

bordo ni se les proporcionó ningún tipo de información, pues se les hizo creer que estaban siendo trasladados a Italia y no se les informó del procedimiento a seguir para no ser devueltos a Libia⁶⁴³.

En esa línea, para el Comité Ejecutivo del ACNUR, la protección que ofrece el derecho a la no devolución requiere la valoración de las circunstancias individuales antes de la expulsión o devolución. Una negativa de protección a falta de una revisión de las circunstancias individuales sería inconsistente con la prohibición de la devolución⁶⁴⁴. En la Conclusión N° 30, señala, por un lado que, al solicitante se le debe dar la oportunidad de tener una entrevista personal completa. Por otro lado, que el solicitante no aceptado debe tener ocasión de que la decisión negativa sea examinada antes de ser rechazado en la frontera o de ser expulsado del territorio por la fuerza⁶⁴⁵.

Asimismo, en la Conclusión N° 81 de 1997, el Comité Ejecutivo del ACNUR apunta que todo enfoque global de la protección de los refugiados abarca el respeto de la prohibición del rechazo en la frontera sin que se haya tenido acceso a procedimientos imparciales y efectivos⁶⁴⁶. Lo cual es esencialmente relevante considerando las denominadas “devoluciones en caliente” o *push back policies* que efectúan los Estados en sus fronteras frente a los grandes flujos de población desplazada que llega a sus territorios sin seguir ningún procedimiento legal⁶⁴⁷, las cuales son evidentemente contrarias al derecho a la no devolución.

Frente a ello, en la Conclusión N° 85 de 1998, el Comité Ejecutivo manifestó que deplora firmemente que la devolución en todas sus modalidades, entre ellas las

⁶⁴³ TEDH. Asunto Hirsi Jamaa y otros contra Italia. Óp. Cit., párraf. 202 y 203.

⁶⁴⁴ SIRELIHULAUTER, Pacht y Daniel BETHLEHEM. Óp. Cit., pp. 132.

⁶⁴⁵ COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. Conclusión N° 30 (XXXIV). El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusiva. 1983, párraf. (i) y (iii).

⁶⁴⁶ COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. Conclusión N° 81 (XLVIII). Conclusión General sobre la Protección Internacional. Óp. Cit., párraf. H).

⁶⁴⁷ CARBÓ XALABARDER, Clara y Esther SANZ VILAR. “Las devoluciones en caliente: ¿una respuesta deshumanizada?”. *RJUAM*. 2016, N° 34, Vol. 2, pp. 373-381.

expulsiones sumarias, a veces en masa, y a este respecto reitera la necesidad de admitir a los refugiados en el territorio de los Estados, lo cual abarca no rechazarlos en las fronteras sin permitirles tener acceso a procedimientos justos y eficaces de determinación de su situación y sus necesidades de protección⁶⁴⁸.

No obstante, esta práctica persiste. Por ejemplo, además de la Directiva Trump ya mencionada líneas atrás, como parte de las medidas adoptadas para evitar la entrada irregular a su territorio, España intentó regularizar las devoluciones en caliente, a través de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000 introducida mediante la disposición final primera de la LO 4/2015 sobre Seguridad Ciudadana, que dispone lo siguiente: “[l]os extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España”⁶⁴⁹.

Esta norma transgrede no sólo el derecho a la no devolución, en su acepción de rechazo en la frontera, sino también la prohibición expresa de expulsiones colectivas plasmada en el artículo 4 del Protocolo del CEDH, pues la obligación de iniciar un procedimiento individualizado a fin de evaluar el riesgo de devolución, también encuentra sustento en la prohibición de expulsiones colectivas. Como recordamos, en el capítulo 1 de la presente investigación, vimos que según el TEDH, la CIDH y la Corte IDH, esta prohibición obliga a los Estados a realizar una evaluación individualizada, razonable y objetiva de cada extranjero antes de adoptar la medida de expulsión⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. Conclusión N° 85 (XLIX). Conclusión General sobre la Protección Internacional. 1998. , párraf. Q).

⁶⁴⁹ Normativa citada en: CARBÓ XALABARDER, Clara y Esther SANZ VILAR. Óp. Cit., pp. 318.

⁶⁵⁰ TEDH. Asunto Conka contra Bélgica. Óp. Cit., párraf. 63. Corte IDH. caso Nadege Dorzema y otros contra República Dominicana. Óp. Cit., párraf. 171 y 175. En el mismo sentido, en una guía para reducir los riesgos de devolución en las fronteras se ha pronunciado la Agencia de la Unión Europea por los Derechos Fundamentales: EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA). Scope of the principle of non-refoulement in contemporary border management: involving áreas of law. Luxemburgo: FRA, 2016, pp. 21.

De esta manera, si un Estado quiere rechazar a un extranjero en la frontera y se puede suponer que el extranjero está en desacuerdo con el retorno, el Estado debe investigar los motivos por los cuales el extranjero no quiere ser devuelto. Por muchas razones, que van desde el trauma anterior hasta dificultades de comunicación o incapacidad para presentar pruebas, no se debe esperar que el solicitante de refugio inicie una declaración sobre este asunto. Las respuestas se deben evaluar cuidadosamente para determinar si se puede considerar que se está apelando a al derecho a la no devolución⁶⁵¹.

De igual manera, antes del procedimiento de extradición, según apunta el ACNUR, existe la obligación de iniciar un procedimiento previo que permita evaluar el riesgo de devolución si es aducida por la persona sujeto a la extradición, en los casos en que la persona requerida por su Estado de origen (o por un tercer Estado) haya sido reconocida como refugiada o sea un solicitante de refugio. Esta obligación, a nivel europeo e interamericano, se sustenta en el artículo 4(5) de la Convención Interamericana sobre Extradición de 1981 y en el artículo 3(2) del Convenio sobre extradición de los Estados miembros de la UE de 1957.

Ello implica que, las autoridades que analicen la extradición deben evaluar todas las circunstancias del caso particular con el fin de determinar si la persona requerida podría correr un riesgo de persecución en cualquier momento una vez que sea entregada, ya sea que el riesgo esté relacionado con el proceso penal o que sea independiente de éste, incluso después del juicio y del cumplimiento de la condena⁶⁵².

Cabe mencionar, que a nivel de la UE, existe la Directiva 2008/115/CE, Directiva de retorno, que establece una serie de normas comunes para el retorno de los nacionales

⁶⁵¹ KRITZMAN-AMIR, Tally y Thomas Spijkerboer. "On the morality and legality of borders: borders policies and asylum seekers". *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 26, pp. 1-37. Se refiere a los asuntos del TEDH: Z.N.S. contra Turquía. Demanda N° 21896/08, sentencia del 19 de enero de 2010, párraf. 47. Jabari contra Turquía. Demanda N° 40035/ 98, sentencia del 11 de julio de 2000, párraf. 40. K.R.S. contra Reino Unido. Demanda N° 32733/08, párraf. 16.

⁶⁵² ACNUR. Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados. Óp. Cit., párraf. 53.

de terceros países que no cumplen o han dejado de cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en el territorio de un país de la UE, y las garantías procedimentales relacionadas. Pese a los cuestionamientos que recibe esta directiva⁶⁵³, se pueden rescatar algunos aspectos positivos de la misma, pues en ella se ha dispuesto la obligación de respetar el derecho a la no devolución en los procedimientos de expulsión y retorno.

En el artículo 4,4(d) de esta Directiva se dispone que, en lo que respecta a los nacionales de terceros países excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra a), los Estados miembros respetarán el principio de no devolución⁶⁵⁴. Esto reafirma que en los procedimientos de expulsión o retorno, tiene que analizarse el riesgo de devolución de manera previa, tal como lo hemos venido analizando.

Asimismo, en virtud del artículo 9(1), los Estados deben aplazar la expulsión cuando ésta vulnere el principio de no devolución. Sin embargo, esta disposición es cuestionable ya que si se llegase a establecer el riesgo de devolución, la expulsión estará prohibida, salvo que la persona incurra en alguna de las excepciones del artículo 33(2) y no pueda beneficiarse de la prohibición de devolución.

Por otro lado, la obligación de realizar un procedimiento previo a la expulsión permite examinar las circunstancias previstas en el artículo 33(2) de la Convención de 1951 de manera individual y objetiva, las cuales constituyen excepciones al derecho a la no devolución. Ello, es importante desde dos puntos de vista. Primero, permite identificar la conexión real entre el individuo en cuestión, el peligro potencial para la seguridad del Estado de acogida, y la disminución significativa de ese peligro tras la devolución

⁶⁵³ Por ejemplo, véase: SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Alejandra. "Inmigración y Derechos Humanos en la UE. Análisis de la directiva 2008/115/CE". *Persona y derecho*. 2013, Vol. 68, pp. 159, 179. CERIANI CERNADAS, Pablo. "La directiva de retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos". *Anuario de Derechos Humanos*. 2009, N° 5. pp. 85-94.

⁶⁵⁴ En el mismo sentido el artículo 5(c), de la Directiva 2008/115/CE.

de ese individuo⁶⁵⁵. Segundo, porque la aplicación del artículo 33(2) requiere que el Estado de acogida determine de forma individualizada que la persona en cuestión, constituye en la actualidad o en el futuro un peligro para la seguridad o para la comunidad del Estado de acogida⁶⁵⁶.

Por todo lo expuesto hasta aquí, a fin de garantizar una protección efectiva en virtud del derecho a la no devolución, se subraya la necesidad de iniciar un prendimiento que permita la evaluación del riesgo de devolución al Estado de origen o a un tercer Estado, incluso, cuando las personas se encuentren en la frontera del Estado. Este procedimiento debe ser previo al procedimiento de expulsión o de extradición (dependiendo el caso concreto), tendrá efectos suspensivos y debe respetar las garantías mínimas del debido proceso.

Cabe precisar que cuando nos referimos a los procedimientos de expulsión, lo hacemos en el sentido otorgado por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, que señala que al hablar de la “expulsión” de una persona extranjera se hace referencia a cualquier tipo de procedimiento que tenga por finalidad obligar a la persona migrante a abandonar el país, sea cual sea la denominación utilizada: expulsión, deportación, salida obligatoria, entre otras⁶⁵⁷.

En este sentido, en el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros propuesto por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, se define a la expulsión como un acto jurídico o un comportamiento, atribuible a un Estado, por el

⁶⁵⁵ SIRELIHULAUTER, Pacht y Daniel BETHLEHEM. Óp. Cit., pp. 153.

⁶⁵⁶ ACNUR. Nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección internacional de los refugiados. Óp. Cit., párraf. 11

⁶⁵⁷ COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIARES. Observación General N° 2, sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares. 28 de agosto de 2013. Documento CMW/C/GC/2, párraf. 49.

cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado⁶⁵⁸. En la doctrina, Blanco estableció tres elementos que permiten identificar y diferenciar a la expulsión, los cuales son:

“[...] (i) desde un punto de vista *subjetivo*, la expulsión se limita a la persona extranjera, se encuentre ésta en situación ilegal o legal; (ii) en un ámbito *territorial*, es necesario para su ejercicio que la persona se encuentre físicamente presente en el territorio del Estado; y, (iii) desde la perspectiva de la *voluntad*, es consustancial la oposición del extranjero al abandono del territorio”.⁶⁵⁹

Adicionalmente, la obligación de iniciar un procedimiento para evaluar el riesgo de devolución se sustenta en que, si bien los Estados tienen la facultad de pedir a un extranjero que abandone su territorio cuando su presencia es contraria a los intereses del Estado territorial, esta potestad está sujeta a limitaciones con arreglo al DIDH. Con relación a estas limitaciones, la Corte IDH manifiesta que:

[...] al adoptar las medidas de expulsión, los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. De igual forma, la evolución de este ámbito del derecho internacional ha desarrollado ciertos límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica del migrante.⁶⁶⁰

En efecto, en el marco del SIDH, el derecho a la no devolución se presenta como un límite a la facultad de los Estados de expulsar a los extranjeros de su territorio⁶⁶¹, en tanto que constituye un derecho humano autónomo y han sido los mismos Estados quienes limitaron su facultad de expulsión al ser parte de la Convención de 1951, de la CADH y de los demás instrumentos internacionales que contemplan el derecho a la no devolución.

⁶⁵⁸ ONU. Asamblea General. Resolución A/RES/69/119. Óp. Cit., artículo 2(a).

⁶⁵⁹ BLANCO VIZARRETA, Cristina. “Límites del Derecho Internacional de los Derechos Humanos frente a la facultad estatal de expulsar personas migrantes en situación irregular. Una perspectiva desde el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”. Tesis para optar por el título profesional de abogada. Lima: 2011, PUCP, pp. 37.

⁶⁶⁰ Corte IDH. Caso Vélez Loo contra Panamá. Óp. Cit., párraf. 100.

⁶⁶¹ Al respecto, Blanco considera que se trata de un límite relacionado con el destino de la expulsión. BLANCO VIZARRETA, Cristina. Óp. Cit., pp. 266.

Precisamente, en el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros propuesto por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, se regula como una expulsión prohibida, la expulsión de refugiados que contravenga el derecho a la no devolución⁶⁶²; y, se dispone que la obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el su vida estaría amenazada⁶⁶³ o en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁶⁶⁴.

De esta manera, el límite a la facultad de expulsión derivado del derecho a la no devolución, contempla la obligación de iniciar un procedimiento con el objeto de realizar un análisis individual del riesgo de devolución. Al respecto, la CIDH examinó el cumplimiento de esta obligación en el *informe de fondo del caso John Doe y otros contra Canadá*, encontrando a Canadá responsable de no cumplir con esta obligación.

A la letra, la CIDH señaló que:

“[...] la Comisión examinará si el Estado cumplió con el requisito de realizar un análisis individualizado del riesgo de devolución (*refoulement*) antes de devolver los John Does a Estados Unidos. Los antecedentes indican que el verdadero propósito de los cambios a la “política de devolución directa” mediante las Instrucciones de 2003 fue eliminar la necesidad de realizar cualquier análisis de la solicitud del refugiado hasta la entrevista programada de determinación. Esto no cumple con el análisis individualizado de riesgo de devolución (*refoulement*) requerido por el artículo XXVII de la Declaración Americana, a la luz de los desarrollos que tienen lugar conforme a la Convención de Refugiados, Protocolo de Refugiados, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura. En consecuencia, la Comisión considera que hay una violación adicional del artículo XXVII por no realizar un análisis individualizado de riesgo antes de devolver los John Does a Estados Unidos donde se enfrentaban con un posible riesgo de caer en una cadena de devolución (*refoulement*) a sus países de origen”⁶⁶⁵.

De este modo, la CIDH agrega que cualquier política de “devolución directa” deberá incluir un análisis individualizado para determinar si hay un riesgo de una posterior devolución (*refoulement*) de algún solicitante de refugio que ha sido devuelto al tercer Estado. A su vez, el Estado deberá realizar análisis individualizados basados en la

⁶⁶² ONU. Asamblea General. Resolución A/RES/69/119. Aprobada el 10 de diciembre de 2014. Óp. Cit., artículo 6.

⁶⁶³ *Ibidem*, artículo 23.

⁶⁶⁴ *Ibidem*, artículo 24.

⁶⁶⁵ CIDH. Informe N° 78/11. Caso 12.586. Fondo John Doe y otros (Canadá). 21 de julio de 2011, párraf. 112.

legislación de migración del tercer Estado para determinar si las personas que son devueltas directamente tendrían acceso a solicitar refugio en dicho Estado y que no se enfrentarán con impedimentos legales automáticos⁶⁶⁶.

En el mismo sentido, en la sentencia del *caso Wong Ho Wing contra Perú*, analizando si el Estado examinó el riesgo de devolución en el procedimiento de extradición, en el que el señor Wong Ho Wing había alegado que de ser retornado a China podría ser sometido a tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Corte IDH encontró que:

“En el presente caso ninguna de las autoridades judiciales que han intervenido hasta el momento examinaron, en medida alguna, los alegatos del representante sobre un posible riesgo a la integridad personal de la presunta víctima. Como se determinó previamente, los Estados tienen la obligación de examinar toda la información disponible a efectos de determinar la posible situación de riesgo de la persona extraditable. Si una vez realizado el examen de la información presentada, el Estado determina que los alegatos carecen de una fundamentación adecuada o de las pruebas necesarias, entonces podrá descartarse la situación de riesgo alegada por la presunta víctima. Eso es un segundo paso que requiere o hubiera requerido que el Estado, y en este momento la Corte, entre a evaluar los riesgos alegados por la presunta víctima para entonces, de ser el caso, descartarlos por ausencia de una fundamentación adecuada”⁶⁶⁷.

En ese sentido, reiteramos que el derecho a la no devolución implica que necesariamente se inicie un procedimiento previo a la decisión de expulsión, en virtud del cual se examine el riesgo de devolución. Para ello, hemos señalado dos ejemplos en los que la CIDH y la Corte IDH realizaron éste análisis. Además, es necesario que en el procedimiento de devolución se observen las reglas mínimas del debido proceso que veremos en adelante.

a. Garantías mínimas del debido proceso en procedimientos de devolución

⁶⁶⁶ *Ibidem*, párraf. 132.

⁶⁶⁷ Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing contra Perú*. Óp. Cit., párraf. 164.

En el procedimiento para evaluar el riesgo de devolución, los Estados conservan cierto grado de discrecionalidad, toda vez que gozan de la prerrogativa de reglamentar las condiciones de expulsión en su territorio, siempre dentro de los límites del DI y el DIDH. Uno de estos límites es el respeto al derecho al debido proceso. Ya la Corte IDH enfatizó que:

“el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aún cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”⁶⁶⁸.

Así, la expulsión de personas migrantes se enmarca en los denominados procedimientos de carácter sancionatorio; y, por tanto, se hace obligatorio el cumplimiento de las garantías del debido proceso respecto de los mismos⁶⁶⁹. Cabe señalar que en algunos Estados la expulsión se realiza con procedimientos administrativos, mientras que en otros, como EE.UU., es de carácter judicial⁶⁷⁰

En principio, el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 8 de la CADH, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos⁶⁷¹. Asimismo, el conjunto de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”⁶⁷².

⁶⁶⁸ Corte IDH. Caso Vélez Loor contra Panamá. Óp. Cit., párraf. 143.

⁶⁶⁹ MENDIOLA HIDALGO, Mariana Cecilia. Óp. Cit., pp. 28.

⁶⁷⁰ Al respecto, el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes ha expresado su disconformidad con la criminalización de la inmigración irregular, sugiriendo a los Estados que siguen castigando la migración irregular con penas privativas de libertad revisen y reformen sus leyes de migración y despenalicen la migración irregular. En: Informe presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas en agosto de 2009. En el mismo sentido, en el Informe presentado al Consejo de Derechos Humanos el 2 de abril de 2012.

⁶⁷¹ Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional contra Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001, párraf. 69. Caso Chocrón Chocrón contra Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párraf. 115.

⁶⁷² Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional contra Perú, párraf. 69. Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón contra Venezuela, párraf. 115.

Es decir, “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal⁶⁷³.

En efecto, en el SIDH se acepta uniformemente la aplicabilidad del debido proceso a los procedimientos de expulsión, independientemente de la situación migratoria del extranjero⁶⁷⁴. En cuanto al procedimiento de devolución, en principio, cabe señalar que tiene una relación de género-especie con el procedimiento de expulsión⁶⁷⁵, ya que es una expresión de la facultad general de expulsión que tienen los Estados, pero se diferencia, pues tiene un objeto distinto al procedimiento de expulsión, esto es examinar el riesgo de devolución. En términos prácticos, se encuentra ligado al procedimiento de expulsión, en tanto que es una evaluación previa al mismo, de manera que, en estos casos, tendría una naturaleza accesoria al mismo.

Dada la relación de género-especie que existe entre la expulsión y la devolución, resulta evidente que la última, en los casos que se autoriza, debe regirse, además, por los principios de la primera⁶⁷⁶. Por estos motivos, consideramos que este procedimiento debe respetar el debido proceso y sus garantías mínimas, las cuales son similares a las que se establecen para los procedimientos de expulsión. En concreto, estas garantías aplicadas a los procedimientos que evalúan el riesgo de devolución, según la jurisprudencia de la Corte IDH, son las siguientes:

“[...] un proceso que pueda resultar en la expulsión de un extranjero, debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas. Asimismo, dicho procedimiento no debe resultar discriminatorio en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y la persona sometida a él ha de contar con las siguientes garantías mínimas: a) ser

⁶⁷³ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros contra República Dominicana. Óp. Cit., párraf. 157. Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párraf. 124.

⁶⁷⁴ BLANCO VIZARRETA, Cristina. Óp. Cit., pp. 185.

⁶⁷⁵ GARRETÓN, Roberto. Óp. Cit., pp. 214.

⁶⁷⁶ *Ibidem*, pp. 228.

informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; b) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y c) ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley⁶⁷⁷.

En ese sentido, en los procedimientos que evalúan el riesgo de devolución, entre otras, serán aplicables las siguientes garantías mínimas del debido proceso:

(a) La prohibición de no discriminación

Para la Corte IDH, lo determinante es que el ejercicio de la facultad de expulsión no genere tratos discriminatorios o tengan efectos discriminatorios vinculados con alguno de los motivos prohibidos; y que, al efectuar las expulsiones, los Estados garanticen, en condiciones de igualdad, el cumplimiento de los estándares de derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales⁶⁷⁸.

Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional, en el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, han incluido expresamente la prohibición de discriminación en todos los procedimientos de expulsión⁶⁷⁹.

Es importante mencionar que, el Comité CDPD ha hecho énfasis en aplicar el principio de no discriminación a las personas con discapacidad, en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias, incluyendo la prohibición de la discriminación estructural e

⁶⁷⁷ Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana. Óp. Cit., párraf. 356. En el mismo sentido, en la sentencia del caso Familia Pachecho Tineo contra Bolivia, párraf. 132, la Corte IDH señaló que: “[...] en ciertos casos en que las autoridades migratorias toman decisiones que afectan derechos fundamentales, como la libertad personal, en procedimientos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o judiciales sancionatorios sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la CADH y son aplicables en lo que corresponda [...]”.

⁶⁷⁸ BLANCO VIZARRETA, Cristina. Óp. Cit., pp. 294.

⁶⁷⁹ ONU. Asamblea General. Resolución A/RES/69/119. Aprobada el 10 de diciembre de 2014. Óp. Cit., artículo 14: “El Estado expulsor respetará los derechos del extranjero objeto de expulsión sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, o por cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional”.

interseccional⁶⁸⁰. De esta manera, el Comité en la reciente Observación General N° 6 (2018), ha propuesto a la igualdad inclusiva, como un nuevo modelo de igualdad que se desarrolla a lo largo de toda la CDPD. Abarca un modelo de igualdad sustantiva, al tiempo que amplía y detalla el contenido de la igualdad en las dimensiones siguientes:

“[...] a) una dimensión redistributiva justa para afrontar las desventajas socioeconómicas; b) una dimensión de reconocimiento para combatir el estigma, los estereotipos, los prejuicios y la violencia, y para reconocer la dignidad de los seres humanos y su interseccionalidad; c) una dimensión participativa para reafirmar el carácter social de las personas como miembros de grupos sociales y el reconocimiento pleno de la humanidad mediante la inclusión en la sociedad; y d) una dimensión de ajustes para dar cabida a la diferencia como aspecto de la dignidad humana. La Convención se basa en la igualdad inclusiva”⁶⁸¹.

(b) El derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada

Este derecho se encuentra regulado en el artículo 8.2.b de la CADH, supone que la persona reciba una comunicación, de modo previo y detallado, de la acusación que recae en su contra. Igualmente, la Comisión de Derecho Internacional, en el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, contempla el derecho a ser notificado de la resolución de expulsión⁶⁸².

En los procedimientos de expulsión, según Blanco, son dos los momentos en que mínimamente debe ser notificado el migrante, al inicio u al final del mismo⁶⁸³. En los procedimientos de devolución que como hemos señalado, se suelen iniciar en el marco de los procedimientos de expulsión, en ellos se debería realizar esta comunicación previa. De este modo, en los procedimientos de no devolución iniciados en el marco de un procedimiento de expulsión, este derecho comprenderá, el segundo momento descrito por Blanco, que es la comunicación de la decisión final en relación

⁶⁸⁰ COMITÉ CDPD. Observación General N° 6 (2018), sobre la igualdad y no discriminación. Óp. Cit., párraf. 18.

⁶⁸¹ *Ibidem*, párraf. 11

⁶⁸² ONU. Asamblea General. Resolución A/RES/69/119. Aprobada el 10 de diciembre de 2014. Óp. Cit., artículo 26(a).

⁶⁸³ BLANCO VIZARRETA, Cristina. Óp. Cit., pp. 207.

al riesgo de devolución, la cual deberá notificarse previamente al acto de expulsión en caso sea desfavorable.

(c) El derecho a ser oído

Este derecho está consagrado en el artículo 8(1) de la CADH. De acuerdo con la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios de la CIDH, en virtud de este derecho el migrante debe tener y gozar efectivamente del derecho a ser escuchado para alegar lo que estime correspondiente y así defender su derecho a no ser expulsado. Además, este derecho debe extenderse a su capacidad para conocer y contradecir la prueba que se ofrezca en su contra, y para ofrecer y producir pruebas pertinentes, así como la oportunidad razonable para hacerlo⁶⁸⁴.

Aplicado a los procedimientos de devolución, en virtud de este derecho la autoridad a su cargo, debe otorgar audiencia y entrevistar a la persona involucrada en el procedimiento, de tal modo que pueda presentar los argumentos y pruebas que estime pertinente vinculadas con el riesgo de devolución al Estado de origen o a un tercer Estado.

Igualmente, la Comisión de Derecho Internacional, en el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, contempla expresamente este derecho en todos los procedimientos de expulsión⁶⁸⁵.

Por otro lado, en el contexto de expulsiones o devoluciones que involucren a niños, niñas y adolescentes, y particularmente aquellos no acompañados o separados de sus familias, el derecho a ser oído cobra una especial relevancia, tal como lo ha manifestado la Corte IDH. Ello, pues “existe una relación entre el derecho a ser oído y

⁶⁸⁴ CIDH. Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios. Óp. Cit., párraf. 100.

⁶⁸⁵ ONU. Asamblea General. Resolución A/RES/69/119. Aprobada el 10 de diciembre de 2014. Óp. Cit., artículo 26(c).

el interés superior del niño, pues es a partir de esta relación que se facilita el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida⁶⁸⁶.

Cualquier declaración de una niña o niño debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellos, la posibilidad de no declarar, la asistencia del representante legal y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla⁶⁸⁷.

En este orden de ideas, a fin de asegurar efectivamente el derecho a ser oído, los Estados deben garantizar que el proceso se desarrolle en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña o niño y que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado⁶⁸⁸, de modo que la niña o el niño se sienta respetado y seguro al momento de expresar su opinión en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado⁶⁸⁹.

Cuando los procedimientos de devolución involucren mujeres, en virtud de este derecho, los Estados deben garantizar a las mujeres la posibilidad de ser escuchadas por separado cuando formen parte de una familia. Los Estados, no deben cuestionar la credibilidad de las mujeres solo por carecer de documentación. Se debe establecer un entorno propicio durante la entrevista, de modo que la solicitante pueda relatar su experiencia e incluso revelar información delicada y personal, especialmente en el caso de las supervivientes de traumas, tortura o maltrato y violencia sexual, y se dedique el tiempo suficiente a las entrevistas⁶⁹⁰.

⁶⁸⁶ Corte IDH. Caso Familia Pachecho Tineo contra Bolivia. Óp. Cit., párraf. 220

⁶⁸⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. Óp. Cit., párraf. 129.

⁶⁸⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General No. 12: El derecho del niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 34. CIDH. Informe de movilidad humana: Estándares interamericanos. Óp. Cit., párraf. 312.

⁶⁸⁹ Corte IDH. Opinión consultiva OC-21/14. Óp. Cit., párraf. 123.

⁶⁹⁰ Ello se deduce de las obligaciones que ha establecido el Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer, en los procedimientos de asilo, las cuales se pueden trasladar a los procedimientos de devolución. En: COMITÉ CEDAW. Recomendación General N° 32. Óp. Cit., párraf. 42 y 43.

En el mismo modo, si los procedimientos de devolución involucran víctimas de la trata de personas, al recibir y entrevistarla, resulta fundamental el brindar un ambiente de apoyo para que tengan seguridad sobre la confidencialidad de la información. Para este fin, contar con entrevistadores del mismo sexo resulta de especial importancia. Los mismos que deben tener en consideración que las víctimas que han escapado de los tratantes podrían tener temor de revelar el verdadero grado de persecución que han sufrido. Algunas víctimas podrían haber sido traumatizadas y requerir de asistencia médica o psicosocial profesional, así como de asesoría psicológica profesional⁶⁹¹.

(d) El derecho de recibir asistencia consular o asistencia legal

El derecho a la asistencia consular es un derecho derivado del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, el cual se refiere a la comunicación con los nacionales del Estado que envía. En virtud de este artículo, la Corte IDH, estableció cuatro derechos que se derivan del mismo: (i) derecho a la información sobre la asistencia consular; (ii) derecho a la notificación consular; (iii) derecho a la asistencia consular; y, (iv) derecho a la comunicación consular⁶⁹².

También, la Comisión de Derecho Internacional, en el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, han recogido expresamente este derecho en todos los procedimientos de expulsión, en el artículo 26(3): “[e]l extranjero objeto de expulsión tiene derecho a solicitar asistencia consular. El Estado expulsor no impedirá el ejercicio de este derecho ni la prestación de asistencia consular”⁶⁹³.

⁶⁹¹ ACNUR. Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata. Óp. Cit., párraf. 46.

⁶⁹² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso. 1 de octubre de 1999.

⁶⁹³ ONU. Asamblea General. Resolución A/RES/69/119. Aprobada el 10 de diciembre de 2014. Óp. Cit., artículo 26(3).

Por otro lado, el derecho a recibir asistencia consular, ha sido resaltado por la Corte IDH especialmente en los procedimientos de expulsión de niños o niñas migrantes, estableciendo que:

“Debido a la especial vulnerabilidad de las niñas o niños que se encuentran fuera de su país de origen y, en especial, de aquellos no acompañados o separados, la Corte estableció que **el acceso a la comunicación y asistencia consular se convierte en un derecho que cobra una especial relevancia y que debe ser garantizado y tratado de manera prioritaria por todos los Estados**. Esta consideración resulta especialmente relevante por las implicaciones que puede tener en el proceso de recabar información y documentación en el país de origen, así como para velar por que la repatriación voluntaria únicamente sea dispuesta si así lo recomienda el resultado de un procedimiento de determinación del interés superior de la niña o del niño, de conformidad con las debidas garantías, y una vez que se haya verificado que la misma puede realizarse en condiciones seguras, de modo tal que la niña o niño recibirá atención y cuidado a su regreso”⁶⁹⁴. (Resaltado añadido)

Por otro lado, el derecho a la representación legal, según la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios de la CIDH, de manera general implica que debe garantizarse a la persona presuntamente deportable la posibilidad de ser representado por abogados de su elección, o bien de personas idóneas en la materia. Asimismo, la información mencionada debe incluir para todos los interesados, alguna forma de asesoría especializada sobre los derechos que asisten al inmigrante⁶⁹⁵. No se reconoce, entonces, que este derecho involucre la gratuidad de la representación legal en casos que involucren a migrantes, refugiados o solicitantes de refugio.

Sin embargo, para Salmón y Blanco, la Corte IDH ha sido más protectora en relación a la posibilidad de otorgar representación legal gratuita en materia migratoria, en tanto ha considerado que se exija a los Estados parte de la CADH que brinden asistencia jurídica gratuita⁶⁹⁶. Esto se deduce, de acuerdo con estas autoras, del fundamento 126 esbozado por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-18/03, en donde señala que se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por la negativa de la

⁶⁹⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21(14). Óp. Cit., párraf. 441.

⁶⁹⁵ CIDH. Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios. Óp. Cit., párraf. 100.

⁶⁹⁶ SALMÓN, Elizabeth y Cristina BLANCO. Óp. Cit., pp. 288.

prestación a su favor de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio⁶⁹⁷.

Adicionalmente a lo anterior, en el caso de las personas con discapacidad, el ACNUDH menciona que en el contexto de situaciones de emergencia y de riesgo, los Estados deben disponer de una asistencia adecuada, en particular de la asistencia jurídica gratuita, con el fin de garantizar a las personas con discapacidad el acceso a la protección y los servicios de apoyo a nivel de la comunidad⁶⁹⁸. Es decir, en su caso si se dispone que los Estados tienen que otorgar representación legal gratuita.

Por otro lado, en relación a los niños, niñas y adolescentes, la Corte IDH precisó que este tipo de asistencia jurídica debe estar especializada, tanto en los derechos que asisten al migrante⁶⁹⁹, como en atención específica en relación con la edad, de forma tal que permita garantizar un efectivo acceso a la justicia a la niña o niño migrante y velar por que su interés superior sea una consideración primordial en toda decisión que lo afecte⁷⁰⁰.

Lo mismo puede replicarse para el caso de expulsiones o devoluciones de mujeres o de víctimas de la trata de personas, en donde la asistencia legal debe ser, también, especializada. En el sentido que, se deben considerar los derechos específicos de estos grupos de personas y una consideración especial a su condición o a los factores de vulnerabilidad que pueden aducir en el proceso.

⁶⁹⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. Óp. Cit., párraf. 126. También puede verse: Corte IDH. Caso Vélez Loor contra Panamá. Óp. Cit., párraf. 146 y 147.

⁶⁹⁸ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General: Estudio temático sobre los derechos de las personas con discapacidad en virtud del artículo 11 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, relativo a las situaciones de riesgo y emergencias humanitarias. Óp. Cit., párraf. 33.

⁶⁹⁹ CIDH. Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios. Óp. Cit., párraf. 99.

⁷⁰⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit., párraf. 131.

(e) El derecho a ser asistido gratuitamente por traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal

Este derecho está contenido en el artículo 8(2) de la CADH. De acuerdo, con la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios de la CIDH, en virtud de este derecho se debe garantizar que el inmigrante, cualquiera sea su estatus, entienda el procedimiento al que está sujeto, incluidos los derechos procesales que le asisten. Para tal fin, de ser necesario, deben ofrecerse servicios de traducción e interpretación en el idioma que la persona entienda⁷⁰¹.

Igualmente, la Comisión de Derecho Internacional, en el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, contempla expresamente este derecho en todos los procedimientos de expulsión, en el artículo 26(f), el cual dispone que: “derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado por la autoridad competente”⁷⁰².

Este derecho es vital para que el Estado asegure que la persona comprenda el proceso que se sigue en su contra a fin que pueda acceder a la justicia en condiciones de igualdad. De lo contrario, las demás garantías del debido proceso pierden sentido, en tanto que este es presupuesto para el resto⁷⁰³.

(f) El derecho a la revisión de la decisión

Al respecto, la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios de la CIDH manifiesta que es lícito que las decisiones de expulsión se adopten en la esfera administrativa. Pero, en todos los casos deben tener la posibilidad de acceder a la revisión judicial de las

⁷⁰¹ CIDH. Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios. Óp. Cit., párraf. 100.

⁷⁰² ONU. Asamblea General. Resolución A/RES/69/119. Aprobada el 10 de diciembre de 2014. Óp. Cit., artículo 26(f).

⁷⁰³ SALMÓN, Elizabeth y Cristina BLANCO. El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lima: 2012, IDEHPUCP, pp. 264.

decisiones, ya sea por vía de recursos en lo contencioso administrativo o por vía de amparo o *habeas corpus*. De este modo, los jueces deben reservarse un mínimo de control de legalidad y de razonabilidad de las decisiones del poder administrador, para satisfacer el deber de garantía del artículo 1.1 y el derecho a un recurso rápido y eficaz previsto en el artículo 25 de la CADH⁷⁰⁴.

En el caso de decisiones de expulsión que involucren niños y niñas, la Corte IDH destaca que este derecho adquiere una relevancia especial en aquellos casos en los que la niña o el niño considera que no ha sido debidamente escuchado, o que sus opiniones no fueron tomadas en cuenta. Por consiguiente, esta instancia de revisión debe permitir, entre otras cuestiones, identificar si la decisión ha tenido debidamente en consideración el principio de interés superior⁷⁰⁵. Esto se exige sobre todo, porque en la mayoría de los procedimientos que involucren niños y niñas, se prefiere escuchar los argumentos de los adultos a su cargo, ya sea de sus padres o de sus tutores. Sin embargo, cuando se trata de niñas y niños no acompañados o separados, es siempre necesario escuchar las opiniones del menor.

Cabe agregar que, de acuerdo con la Comisión de Derecho Internacional, el recurso interpuesto por un extranjero objeto de expulsión que se encuentre legalmente en el territorio del Estado expulsor contra una resolución de expulsión tendrá un efecto suspensivo de dicha resolución cuando haya un riesgo real de perjuicio grave e irreversible⁷⁰⁶.

(g) El derecho a la notificación formal de la decisión final

⁷⁰⁴ CIDH. Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios. Óp. Cit., párraf. 100.

⁷⁰⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit., párraf. 141.

⁷⁰⁶ ONU. Asamblea General. Resolución A/RES/69/119. Aprobada el 10 de diciembre de 2014. Óp. Cit., artículo 27. En el mismo sentido: Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 22(4).

Este derecho es una garantía indispensable para ejercer el derecho a recurrir la decisión o para su derecho a la protección judicial⁷⁰⁷. Conforme a ello, la Corte IDH, en el caso *Vélez Loor contra Panamá*, determinó que “[...] la falta de notificación es en sí misma es violatoria del artículo 8 de la Convención, pues colocó al señor Vélez Loor en un estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica y tornó impracticable el ejercicio del derecho a recurrir del fallo sancionatorio. En consecuencia, la Corte considera que este caso se enmarca en una situación de impedimento fáctico para asegurar un acceso real al derecho a recurrir, así como en una ausencia de garantías e inseguridad jurídica [...]”⁷⁰⁸.

Asimismo, la Corte IDH, en la sentencia del caso de *la familia Pacheco Tineo* contra Bolivia, encontró a este Estado responsable por la violación de las garantías establecidas en el artículo 8 de la CADH, en tanto que consideró que “el SENAMIG resolvió expulsar a los miembros de la familia del territorio boliviano, lo cual no les fue notificado. La expulsión se concretó al día siguiente, mediante detención, traslado forzado y entrega de la familia Pacheco Tineo en la frontera con el Estado de Perú a las autoridades migratorias y policiales de este país, específicamente la zona llamada El Desaguadero”⁷⁰⁹.

(h) El derecho a la motivación de la decisión final

La Comisión de Derecho Internacional, en el proyecto de artículos sobre expulsión extranjeros, consideró que la resolución de expulsión deberá estar motivada⁷¹⁰. En la jurisprudencia de la Corte IDH, se establece que el deber de motivación constituye una prueba de que las partes han sido oídas. Por tanto, la argumentación de un fallo (o de una resolución) debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los

⁷⁰⁷ BLANCO VIZARRETA, Cristina. Óp. Cit., pp. 206.

⁷⁰⁸ Corte IDH. Caso Vélez Loor contra Panamá. Óp. Cit., párraf. 180.

⁷⁰⁹ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo contra Bolivia. Óp. Cit., párraf. 185.

⁷¹⁰ ONU. Asamblea General. Resolución A/RES/69/119. Aprobada el 10 de diciembre de 2014. Óp. Cit., artículo 5(1).

alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas han sido analizadas. Además, este deber de motivación se encuentra intrínseco en el artículo 8(1) de la CADH.⁷¹¹

En cuanto al procedimiento de devolución, la motivación de la decisión girará en torno al análisis de hecho y de derecho que debe efectuar la autoridad competente vinculado al riesgo de devolución del extranjero, el cual incluye el análisis de las circunstancias generales del Estado al que se envía y las circunstancias personales del individuo; así como de todas las condiciones aducidas por la persona sujeta al procedimiento, según lo veremos más adelante.

Adicionalmente, en el contexto de expulsiones de niños, niñas y adolescentes, este deber de motivación, comprende que la resolución deberá dar cuenta motivadamente de la forma en que se tuvieron en cuenta las opiniones expresadas por la niña o niño, como también, la forma en que se ha evaluado su interés superior⁷¹², y los riesgos específicos a los que pueden someter a los menores en su Estado de origen o residencia.

De manera similar, en los procedimientos de devolución que involucren a las mujeres, personas con discapacidad y víctimas de la trata de personas; de manera que, la motivación de la decisión debe comprender el análisis de los derechos específicos de estas personas, de los factores que incrementan su vulnerabilidad y de los riesgos específicos a los que pueden ser sometidos en su Estado de origen o de residencia.

(i) El derecho a un plazo razonable

⁷¹¹ SALMÓN, Elizabeth y Cristina BLANCO. Óp. Cit., pp.112.

⁷¹² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, párraf 139.

Si bien no se estableció expresamente en la jurisprudencia de la Corte IDH que estamos desarrollando, se encuentra enunciado en el artículo 8(1) de la CADH y consideramos se debe respetar en los procedimientos de devolución. Lógicamente, estos procedimientos se sujetarán al plazo general señalado para el procedimiento de expulsión, las autoridades competentes tienen que respetar un plazo razonable para evaluar el riesgo de devolución, el cual muchas veces es evaluado en procedimientos sumarios sin ninguna garantía, sobre todo, cuando se tratan de rechazos en fronteras.

Para evaluar la razonabilidad del plazo, la Corte IDH estableció inicialmente tres elementos: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales.⁷¹³ Posteriormente, añadió un cuarto criterio correspondiente a la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve⁷¹⁴.

Este derecho se analizó en el *caso Loren Laroye Riebe y otros contra México*, en el que la CIDH concluyó que México violó las garantías del artículo 8 y 25 de la CADH en tanto que el procedimiento administrativo de deportación, seguido contra los mismos se limitó al trámite cumplido en espacio de unas horas en el aeropuerto de Ciudad de México⁷¹⁵.

⁷¹³ Corte IDH. Caso Genie Lacayo contra Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997, párraf. 77.

⁷¹⁴ Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros contra Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párraf. 155.

⁷¹⁵ CIDH. Informe N° 49/99. Caso 11.610. Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz contra México. 13 de abril de 1999, párraf. 59.

En el mismo sentido, en el caso de la familia *Pachecho Tineo contra Bolivia*, la Corte IDH encontró que “la determinación de la procedencia de la expulsión bajo el artículo 48 del Régimen Legal de Migración fue de carácter sumario, sin dar audiencia a las presuntas víctimas y realizada dentro de un plazo irrazonablemente corto. No se efectúa valoración alguna sobre el país al cual correspondía trasladarlos y el riesgo potencial que podían enfrentar en su país de origen, el Perú”⁷¹⁶.

(j) Deber de designar a un tutor en el caso de niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados

Este deber se deduce de la Opinión Consultiva OC-21/14 de la Corte IDH, en la que se precisa que los procesos administrativos o judiciales, respecto a niños no acompañados o separados de sus familias, no podrán ser iniciados hasta que no haya sido nombrado un tutor⁷¹⁷. Específicamente, de acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, con tal medida se busca garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, el acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica y de otra índole, así como defender sus intereses y asegurar su bienestar⁷¹⁸.

En suma, en el presente acápite vimos que cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado deberán realizar una evaluación a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión⁷¹⁹. Esto implica respetar las garantías mínimas del debido proceso que hemos detallado, y, si se constata ese riesgo, no debería ser devuelto a su país

⁷¹⁶ Corte IDH. Caso Familia Pachecho Tineo contra Bolivia. Óp. Cit., párraf. 187.

⁷¹⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit., párraf. 132.

⁷¹⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Óp. Cit., párraf. 33.

⁷¹⁹ En el mismo sentido, se ha señalado que “la mera alegación del riesgo obliga a los Estados a iniciar un procedimiento con todas las garantías del debido proceso y de la protección judicial (arts. 8.1, 8.2 y 25 de la Convención) para determinar la existencia o no del riesgo”. En: EZEQUIEL FILARDI, Marcos. “Derecho de buscar y recibir asilo. Principio de no devolución. Garantías judiciales y protección judicial”. *Infojus – Sistema Argentino de Información Jurídica*, pp. 269-289.

de origen o a donde exista el riesgo⁷²⁰. Asimismo, este procedimiento se debe iniciar previamente al procedimiento de expulsión (incluyendo los procedimientos de expulsión en frontera y en los procedimientos de extradición, deportación, retiros forzosos, etc.) y tendrá efectos suspensivos.

Finalmente, es importante insistir que el procedimiento de devolución que implementen los Estados, debe diseñarse e implementarse con un enfoque de edad, género, diversidad, y con un enfoque de discapacidad (modelo social y de derechos humanos según la CDPD); a fin de garantizar la protección frente a las necesidades particulares de las mujeres refugiadas, los niños, niñas y adolescentes refugiados (incluyendo aquellos no acompañados o separados), las personas discapacitadas, las víctimas de la trata de personas, y todas las personas que se encuentren en una situación especial de vulnerabilidad.

En este sentido, a nivel europeo, mediante la Directiva 2013/32/UE, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, en cuyo preámbulo se dispone que:

“Algunos solicitantes pueden necesitar garantías procedimentales especiales por razón, entre otros, de su edad, género, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, enfermedad grave, enfermedad mental o consecuencias de torturas, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual. Los Estados miembros deben esforzarse por identificar a los solicitantes que necesitan garantías procedimentales especiales antes de que se adopte la resolución en primera instancia. **A estos solicitantes se les debe prestar el respaldo adecuado, incluyendo el tiempo necesario, a fin de crear las condiciones necesarias para que tengan efectivamente acceso a los procedimientos y puedan presentar los elementos necesarios para fundamentar su solicitud de protección internacional.”⁷²¹ (Resaltado añadido)**

⁷²⁰ Corte IDH. Caso Familia Pachecho Tineo contra Bolivia. Óp. Cit., párraf. 136.

⁷²¹ UE. Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. Óp. Cit., numeral 29 del Preámbulo de la Directiva.

Así, por ejemplo, en los procedimientos de devolución que involucren niños, niñas y adolescentes, según la Corte IDH, se tiene que observar, además de las garantías señaladas anteriormente, otras cuyo objetivo sea la protección del interés superior de las niñas y niños, entendiendo que dicho interés se relaciona directamente con su derecho a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible⁷²².

Igualmente, en los procedimientos de devolución que involucren mujeres, el Comité CEDAW, dispuso algunas medidas procedimentales que atiendan a las necesidades específicas de las mujeres, además de las ya mencionadas. Entre otras medidas, menciona que: los entrevistadores utilicen técnicas y procedimientos que tengan en cuenta el género, la edad y otros motivos intersectoriales de discriminación y desventaja que agravan las violaciones de los derechos humanos de las que son objeto las mujeres refugiadas y solicitantes de refugio. Que se proporcionen servicios de guardería durante las entrevistas para que la solicitante no tenga que presentar su solicitud, lo que a veces implica revelar información delicada, delante de sus hijos. Por último, que se prevean mecanismos de remisión a los servicios de orientación psicosocial y otros servicios de apoyo, en caso necesario, antes y después de la entrevista⁷²³.

En aquellos procedimientos de devolución que involucren a personas con discapacidad, se puede trasladar la obligación derivada del artículo 13(1) de la CDPD, según el que: “[l]os Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso *mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad*, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos

⁷²² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit., párraf. 275. Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana. Óp. Cit., párraf. 357.

⁷²³COMITÉ CEDAW. Recomendación General N° 32: sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres. Óp. Cit., párraf. 50 (d), (e), (f), y (j).

[...]”⁷²⁴. Al interpretar este artículo, el Comité CDPD determinó que un proceso que involucre personas con discapacidad:

“deben permitir la participación y ser transparentes. Entre las medidas que permiten la participación cabe mencionar las siguientes:

- a) Transmisión de información de manera comprensible y accesible;
- b) Reconocimiento de distintas formas de comunicación y adaptación a su uso;
- c) Accesibilidad física en todas las etapas del proceso;
- d) Apoyo financiero en el caso de la asistencia letrada, si procede, y con sujeción a los requisitos reglamentarios en cuanto a los medios de vida y la justificación de esa ayuda.

Las medidas adecuadas para proteger a las personas que no pueden defenderse contra la discriminación, aunque reciban apoyo, o cuyas opciones se vean muy limitadas por el temor a las consecuencias negativas de sus esfuerzos por defenderse, son medidas de interés público (acción popular).

Además, en aras de la transparencia, las medidas de los Estados partes deben garantizar que toda la información pertinente esté disponible y sea accesible.[...]”⁷²⁵.

Específicamente, en relación a los procedimientos de refugio, el Comité CDPD dispone que en aras de garantizar el artículo 5 de la CDPD, los Estados deben: establecer procedimientos formales, definidos por ley, que permitan garantizar la accesibilidad para las personas con discapacidad, como las mujeres y los niños con discapacidad y las personas con discapacidad psicosocial e intelectual, en los centros de acogida y otros entornos. Velar por que se brinde asesoramiento psicosocial y jurídico, apoyo y rehabilitación a las personas con discapacidad, y por que los servicios de protección estén adaptados a la discapacidad, la edad y el género de cada persona y sean apropiados desde el punto de vista cultural”⁷²⁶.

Recapitulando, en virtud de la obligación asumida por los Estados en la Convención de 1951, artículo 33(1), y por los Estados de América Latina en la CADH, artículo 22(8), 8 y 15; se encuentran obligados a iniciar un procedimiento de devolución, el cual consistirá en un acto o mecanismo por medio del cual una autoridad competente,

⁷²⁴ Cursivas añadidas.

⁷²⁵ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Observación General N° 6 (2018), sobre la igualdad y no discriminación. Óp. Cit., párraf. 52.

⁷²⁶ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Observación General N° 6 (2018), sobre la igualdad y no discriminación. Óp. Cit., párraf. 72(p).

designada internamente, evalúe las condiciones particulares de un individuo con el objeto de determinar la existencia o no del riesgo de devolución.

Este procedimiento, dependiendo el caso concreto, se iniciará de manera preliminar o previa al procedimiento de expulsión (en el que se incluyen todas las modalidades de expulsión y en el procedimiento de extradición), en el que se respetarán las garantías mínimas del debido proceso enunciadas anteriormente, las cuales al ser mínimas, no son una lista taxativa; y, cuyo efecto será suspender el acto de expulsión hasta que la autoridad competente emita una decisión final y haya quedado consentida.

3. EXAMINANDO EL RIESGO DE DEVOLUCIÓN: LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LAS CIRCUNSTANCIAS GENERALES DEL ESTADO DE ENVÍO Y LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DE LA PERSONA, A FIN DE DETERMINAR EL RIESGO REAL, PERSONAL Y PREVISIBLE DE DEVOLUCIÓN

Como hemos apreciado, los Estados tienen la obligación de evaluar el riesgo al que se expondría a la persona en caso se determine su devolución o expulsión a su Estado de origen o a un tercer Estado. En el SIDH este riesgo no sólo corresponde el riesgo de persecución del artículo 33(1) de la Convención de 1951, sino también abarca un riesgo ampliado en los términos mencionados en el punto 2.3 del capítulo 1. En este apartado, examinaremos la naturaleza del riesgo de devolución y algunos criterios utilizados para su evaluación.

En principio, tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité contra la Tortura coinciden en que el riesgo de devolución debe ser real a fin de impedir una expulsión o devolución, de afectación del derecho a la vida (en el sentido del artículo 6 del PIDCP), o la prohibición de tortura o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (en el sentido del artículo 7 del PIDCP o del artículo 3 de la CAT). Este criterio, además, es

asumido por el ACNUR⁷²⁷, por el Comité Ejecutivo del ACNUR⁷²⁸, y por los órganos jurisdiccionales del SIDH y del SEDH, como veremos más adelante; por lo que, se trata de un criterio consolidado.

En la reciente Observación General N° 36 (2018), vinculada con el derecho a la vida (artículo 6 del PIDCP), el Comité de los Derechos Humanos señala que el deber de respetar y garantizar el derecho a la vida exige que “los Estados se abstengan de deportar, extraditar o trasladar de algún otro modo a personas a países en que haya razones fundadas para creer que existe un *riesgo real* de que serían privadas de la vida. Dicho riesgo debe ser personal y no puede residir únicamente en las condiciones generales del Estado receptor, excepto en casos extremos”⁷²⁹.

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos establece algunos criterios para evaluar el riesgo de devolución, dependiendo de si el riesgo proviene de las autoridades del Estado receptor o de si el riesgo proviene de agentes no estatales o de Estados extranjeros presentes en el territorio del Estado receptor. En el primer caso, el Comité considera que la situación debe evaluarse, entre otras cosas, sobre la base de: (i) la intención de las autoridades del Estado receptor, (ii) las pautas de comportamiento que han demostrado en casos similares y (iii) la disponibilidad de garantías fidedignas y efectivas sobre sus intenciones.

En el segundo caso, para el Comité se pueden (i) solicitar garantías de protección fidedignas y (ii) efectivas a las autoridades del Estado receptor y se pueden estudiar

⁷²⁷ ACNUR. Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. Óp. Cit., párraf. 19. ACNUR. Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados. Óp. Cit., párraf. 19.

⁷²⁸ COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. Conclusión N° 81 (XLVIII), de 1997, párraf. I), y Conclusión N° 82 (XLVIII), de 1997, párraf. I).

⁷²⁹ Cursivas añadidas. COMITÉ DE LOS DERECHOS HUMANOS. General Comment N° 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life. Óp. Cit., párraf. 30. También, en: COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados parte del Pacto. Óp. Cit., párraf. 12. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Caso Roger Judge contra Canadá. Comunicación N° 829/1998. UN. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998. 20 de octubre de 2003, párraf. 10.4. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yin Fong Kwok contra Australia. Comunicación N° 1442/2005. UN. Doc. CCPR/C/97/D/1442/2005. 23 de octubre de 2009, párraf. 9.7.

opciones para que la persona esté a salvo dentro del propio país. Con las garantías, el Estado que decide la expulsión debe establecer mecanismos adecuados para velar por que el Estado receptor cumpla con esas garantías desde el momento de la expulsión en adelante⁷³⁰. En este punto, notamos que el Comité estaría conforme con las cuestionadas “garantías diplomáticas” que estudiaremos en el punto 4 del presente capítulo.

En esa línea, el Comité enuncia algunas expulsiones que violarían el artículo 6 de PIDCP: (i) extraditar a una persona de un país que ha abolido la pena de muerte a un país en el que estaría expuesta a ser condenada a esa pena. (ii) deportar a una persona a un país en el que las autoridades religiosas locales han dictado una *fatua* contra ella, sin asegurarse de la improbabilidad de que esa *fatua* vaya a aplicarse. (iii) deportar a una persona a un país sumamente violento en que nunca ha vivido, donde no tiene familiares ni contactos sociales y cuyo idioma local no habla⁷³¹.

Por su parte, en la Observación General N° 1, el Comité contra la Tortura establece que en virtud del artículo 3(1) de la CAT, el Estado Parte tiene la obligación de no proceder a la expulsión de una persona a otro Estado *cuando haya razones fundadas* para creer que estaría en *peligro real* de ser sometida a tortura, tal como se define en el artículo 1 de dicha Convención⁷³². En dicha ocasión, también, el Comité contra la Tortura se detuvo a señalar los criterios para orientar la aplicación del artículo 3 de la CAT.

En principio, según el Comité contra la Tortura, para el análisis de los casos en los que se puede aplicar el artículo 3 de la CAT, el autor debe presentar “un caso defendible”; es decir, que los alegatos del autor deben *tener suficientes fundamentos de hecho* que

⁷³⁰ Traducción libre. COMITÉ DE LOS DERECHOS HUMANOS. General Comment N° 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life. Óp. Cit., párraf. 30.

⁷³¹ Traducción libre. *Ibidem*.

⁷³² COMITÉ CONTRA LA TORTURA. Observación general N° 1, sobre la aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención. U.N. Doc. CAT, A/53/44. 21 de noviembre de 1997, párraf. 1.

fundamenten la respuesta del Estado⁷³³. Además, considera que el riesgo de tortura debe fundarse en razones que vayan más allá de la pura teoría o sospecha. De todos modos, no es necesario demostrar que *el riesgo es muy probable*⁷³⁴. Así, para el Comité contra la Tortura, el autor debe probar (i) el riesgo de tortura, (ii) que la existencia de este riesgo es fundada; y, que (iii) el peligro es personal y presente, pudiendo admitirse toda la información que se considere pertinente⁷³⁵.

En relación a la información que se debe corroborar para evidenciar el riesgo de tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el Comité contra la Tortura estableció un listado no taxativo:

- a) ¿Hay pruebas de que en el Estado de que se trata de enviar existe un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos?
- b) ¿Ha sido en el pasado torturado o maltratado el autor por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia? De ser así, ¿se trata de hechos recientes?
- c) ¿Hay testimonios médicos u otros testimonios independientes que corroboren las alegaciones del autor de que ha sido torturado o maltratado en el pasado y ha tenido secuelas la tortura?
- d) ¿Ha cambiado la situación a que se hace referencia en el apartado a)? En todo caso, ¿ha cambiado la situación interna con respecto a los derechos humanos?
- e) ¿Ha participado el autor dentro o fuera del Estado de que se trata en actividades políticas o de otra índole que pudieran hacerle particularmente vulnerable al riesgo de ser sometido a tortura si se le expulsa, devuelve o extradita a ese Estado?
- f) ¿Hay alguna prueba de la credibilidad del autor?
- g) ¿Hay contradicciones de hecho en las alegaciones del autor? De ser así, ¿son ellas pertinentes o no?⁷³⁶

En el mismo sentido, en la jurisprudencia de la Corte IDH y de la CIDH, se ha consolidado el criterio que refiere que el riesgo de afectación a los derechos de la persona extranjera, que protege el derecho a la devolución, debe ser real, en el

⁷³³ *Ibidem*, párraf. 5.

⁷³⁴ *Ibidem*, párraf. 6.

⁷³⁵ *Ibidem*, párraf. 7.

⁷³⁶ *Ibidem*, párraf. 8.

sentido que debe ser una consecuencia previsible⁷³⁷. Nótese que, la Corte IDH se refiere de manera general a los derechos de las personas extranjeras, no sólo a los derechos a la vida, libertad o integridad protegidos tradicionalmente por el derecho a la no devolución, de manera que el riesgo, por ejemplo, al derecho a la salud o a los DESC también debe ser real.

Conforme con este criterio, para la Corte IDH, citando la sentencia del TEDH emitida en el *asunto Saadi contra Italia*, el Estado de acogida debe procurar todos los medios necesarios para proteger a la persona *en caso de un riesgo real* a la vida, integridad, libertad o seguridad si es entregada o removida al Estado territorial o si existe un riesgo de que ese Estado a su vez pueda expulsar, devolver o extraditar posteriormente a la persona a otro Estado donde exista ese riesgo real⁷³⁸.

Para ello, el Estado debe “verificar y evaluar las circunstancias aducidas por la persona que revelen que pueda sufrir un menoscabo en su vida o libertad en el país al cual se pretende devolver, o esa persona corra el peligro de ser enviada luego al lugar donde sufre tal riesgo. Si su narrativa resulta creíble, convincente o coherente, se aplicará el derecho a la no devolución”⁷³⁹. De este modo, en principio, para la valoración del riesgo de devolución, no se requerirá un análisis de la situación migratoria de la persona, como en los procedimientos de expulsión.

De esta manera, en el *caso del señor Wong Ho Wing contra Perú*, según la Corte IDH, para determinar si con la extradición se genera un riesgo de tortura o tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, se deben examinar: (i) las condiciones relevantes en el Estado requirente, (iii) las circunstancias particulares de la presunta

⁷³⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit., párraf. 221. Corte IDH. Opinión Consultiva, párraf. 230. CIDH. Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, Personas Haitianas -Haitian Boat People- (Estados Unidos). Óp. Cit., párraf. 167.

⁷³⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18. Óp. Cit., párraf. 197.

⁷³⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit., párraf. 221. Corte IDH. Opinión Consultiva, párraf. 230.

víctima y, como un factor adicional, (iv) las garantías diplomáticas, en caso que hubieran sido otorgadas⁷⁴⁰.

En relación al punto (i), para determinar la situación de riesgo en el Estado de destino, se puede hacer uso de fuentes nacionales, así como de informes de organizaciones internacionales o no gubernamentales⁷⁴¹. Asimismo, se debe tener en cuenta las condiciones reales de dicho país y no solo formales, por lo cual la mera ratificación de tratados no es suficiente para garantizar el no ser sometido a tortura. Igualmente, la existencia de normas internas que garanticen el respeto de los derechos humanos o la prohibición de tortura y otras formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes, no es suficiente por sí misma para garantizar una protección adecuada contra tratos contrarios a la CADH⁷⁴².

En cuanto al punto (ii), la Corte IDH señala que es necesario demostrar las circunstancias particulares que lo expondrían a un riesgo real, previsible y personal de ser sometido a tratos contrarios a la prohibición de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes en caso de ser extraditado; tales como: la pertenencia a un grupo perseguido, la experiencia previa de torturas o malos tratos en el Estado requirente, el tipo de delito por el cual es solicitado, entre otras, dependiendo de las circunstancias particulares del país de destino⁷⁴³.

A continuación, mencionaremos algunos casos en los que la CIDH y la Corte IDH han analizado el riesgo real de afectación de los derechos de las personas sujetas a las

⁷⁴⁰ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing contra Perú. Óp. Cit., párraf. 167. La Corte IDH cita al TEDH en: TEDH. Caso Othman (Abu Qatada) contra Reino Unido. Demanda N° 8139/09. Sentencia de 17 de enero de 2012, párraf. 87.

⁷⁴¹ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing contra Perú. Óp. Cit., párraf. 171.

⁷⁴² Corte IDH. Caso Wong Ho Wing contra Perú. Óp. Cit., párraf. 172. La Corte IDH extrae este criterio de: TEDH, Caso Saadi contra Italia. Demanda 37201/06. Sentencia de 28 de febrero de 2008, párraf. 147. Caso Muminov contra Rusia. Demanda N° 42502/06. Sentencia de 11 de diciembre de 2008, párraf. 96. Caso Garayev contra Azerbaijan. Demanda N° 53688/08. Sentencia de 10 de junio de 2010, párraf. 73, y Caso Boutagni contra Francia. Demanda N° 42360/08. Sentencia de 18 de noviembre de 2010, párraf. 44.

⁷⁴³ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing contra Perú. Óp. Cit., párraf. 173.

medidas de devolución, de los cuales extraremos algunos criterios que se sigue en el SIDH a fin de evaluar el riesgo de devolución.

- En relación a la información que se debe considerar para examinar el riesgo de devolución, en el *caso del señor Wong Ho Wing contra Perú*, la Corte IDH considera que, se debe analizar la información que el Estado requerido conocía o debía conocer al momento de la extradición y, en aquellos casos donde ésta no ha ocurrido, se debe analizar la información disponible al momento del examen por parte de la Corte IDH⁷⁴⁴.
- Sobre el significado del “riesgo real” que involucra el derecho a la no devolución, en el *informe del caso John Doe y otros (Canadá)*, éste fue discutido. Para Canadá el “riesgo real” significa que la violación de los derechos de una persona debe ser la consecuencia necesaria y prevista de la deportación. Lo cual, no contradice los criterios de la jurisprudencia de la Corte IDH. Sin embargo, Canadá sostenía que EE.UU. no es un país que represente un riesgo real de devolución a los solicitantes de refugio, ya que EE.UU. es parte del Protocolo de 1967, de la Convención de 1951, y está obligado mediante varios instrumentos de derechos humanos que tienen un componente de no devolución⁷⁴⁵.

Frente a ello, la CIDH apuntó que “la política de devolución directa constituyó un riesgo real de negarle [...] la oportunidad de procurar asilo en un territorio extranjero y los colocó en un probable riesgo de sufrir un perjuicio”, siendo devueltos a Albania⁷⁴⁶. Aquí, la CIDH asumió la posición de los peticionarios, quienes sostenían que los refugiados enfrentan un verdadero riesgo de devolución en los EE.UU. porque las políticas y prácticas de refugio de EE.UU.

⁷⁴⁴ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing contra Perú. Óp. Cit., párraf. 151.

⁷⁴⁵ CIDH. Informe N° 78/11. Caso 12.586. Fondo John Doe y otros (Canadá). Óp. Cit., párraf. 58.

⁷⁴⁶ CIDH. Informe N° 78/11. Caso 12.586. Fondo John Doe y otros (Canadá). Óp. Cit., párraf. 96.

presentan deficiencias con respecto a los requisitos del DI⁷⁴⁷. Así, se puede notar que para la CIDH, más allá de que el Estado receptor sea parte en instrumentos internacionales de derechos humanos, lo relevante será considerar las condiciones reales en ese Estado más allá de las formales.

- La Corte IDH, en la sentencia del caso *Wong Ho Wing contra Perú*, se refirió al riesgo de devolución, no sólo como un riesgo real, sino también como un riesgo *previsible* vinculado con el derecho a la vida. Estableció que, conforme a la obligación de garantizar el derecho a la vida, los Estados que han abolido la pena de muerte no pueden exponer a una persona bajo su jurisdicción al *riesgo real y previsible* de su aplicación; por lo cual no pueden expulsar, por deportación o extradición, a las personas bajo su jurisdicción si se puede prever razonablemente que pueden ser condenadas a muerte, sin exigir garantías de que dicha pena no les será aplicada⁷⁴⁸.
- Además de que el riesgo debe ser real y previsible, la Corte IDH apunta que el riesgo de devolución que afecte el derecho a la integridad personal debe ser *personal*, señalando que el derecho a la no devolución involucra “la obligación de no expulsar, por vía de extradición, a ninguna persona bajo su jurisdicción cuando existan razones fundadas para creer que enfrentaría un *riesgo real, previsible y personal* de sufrir tratos contrarios a la prohibición de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes”⁷⁴⁹.
- En cuanto a la valoración de las pruebas sobre el riesgo de devolución, la Corte IDH se remite a la jurisprudencia del TEDH, según la cual, “en principio, corresponde al peticionario aportar las pruebas que demuestren que existen motivos fundados para creer que, [de ser extraditado] estaría expuesto a un

⁷⁴⁷ CIDH. Informe N° 78/11. Caso 12.586. Fondo John Doe y otros (Canadá). Óp. Cit., párraf 22.

⁷⁴⁸ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing contra Perú. Óp. Cit., párraf. 134.

⁷⁴⁹ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing contra Perú. Óp. Cit., párraf. 135.

riesgo real de ser sometido a un trato contrario al artículo 3”, corresponde al Estado requerido disipar cualquier duda cuando hubieren sido presentadas pruebas al respecto. Además, el TEDH precisó que “[p]ara determinar si se ha demostrado que el peticionario corre un riesgo real de sufrir tratamiento proscrito por el artículo 3, de ser extraditado, examinará la cuestión a la luz de *toda la documentación que le fue presentada, y si es necesario, el material obtenido motu proprio*”⁷⁵⁰.

- Si bien la Corte IDH no menciona el riesgo de devolución como previsible, al analizar el riesgo de devolución a Perú de la familia Pacheco Tineo, se refiere a un riesgo de devolución potencial. Mencionó que la evaluación del riesgo le corresponde a la autoridad competente boliviana, quien “no realizó una evaluación seria de todas las circunstancias de los solicitantes al momento de la solicitud y del *riesgo potencial* que podrían enfrentar”⁷⁵¹. Agrega, la Corte que “ha sido probado que [...] No se efectúa valoración alguna sobre el país al cual correspondía trasladarlos y *el riesgo potencial* que podían enfrentar en su país de origen, el Perú [...]”⁷⁵².

A nivel del SEDH, el TEDH analiza el riesgo de devolución, a la luz del artículo 3 del CEDH; y, en algunas oportunidades utilizando el artículo 2 del CEDH, que acoge la protección al derecho a la vida. Precisamente, el *asunto S.R. contra Suecia*, este Tribunal apunta que si bien el artículo 3 del CEDH implica la obligación de no expulsar a un extranjero cuando haya motivos fundados de que sufriran tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degrandates, “el Tribunal no excluye que se apliquen

⁷⁵⁰ Al respecto, la Corte IDH, cita los siguientes pronunciamientos del TEDH: Caso N. contra Finlandia. Demanda N° 38885/02. Sentencia de 26 de julio de 2005, párraf. 167. Caso Ryabikin contra Rusia. Demanda N° 8320/04. Sentencia de 19 de junio de 2008, párraf. 112. Caso Nizomkhon Dzhurayev contra Rusia. Demanda N° 31890/11. Sentencia de 3 de octubre de 2013, párraf. 108. Caso Saadi contra Italia. Demanda N° 37201/06. Sentencia de 28 de febrero de 2008, párraf. 128. Caso Cruz Varas y Otros contra Suecia. Demanda N° 15576/89. Sentencia de 20 de marzo de 1991, párrafs. 75 y 76. Caso Vilvarajah y otros contra Reino Unido. Sentencia de 30 de octubre de 1991, párraf. 107. Caso Mamatkulov y Askarov contra Turquía. Sentencia de 4 de febrero de 2005, párraf. 69.

⁷⁵¹ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo contra Bolivia. Óp. Cit., párraf. 173.

⁷⁵² Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo contra Bolivia. Óp. Cit., párraf. 187.

consideraciones análogas al artículo 2 del Convenio y al artículo 1 del Protocolo N° 6 del Convenio, cuando la devolución de un extranjero pone en peligro su vida, como consecuencia de la imposición de la pena de muerte o de otra manera”.⁷⁵³

Un caso de expulsión en donde se analizó el artículo 2 del CEDH fue en el *asunto Bader y Kanbor contra Suecia*, en el que los demandantes alegaron que si eran extraditados a Siria, el señor Bader podría recibir la pena de muerte, por lo que se vulnerarían los artículos 2 y 3 del CEDH. Aquí, el TEDH consideró que extraditar a Siria a una persona que fue condenada en rebeldía en ese país a la pena de muerte constituiría una vulneración de los artículos 2 y 3 del CEDH. Este tribunal consideró que “existen razones fundadas para creer que primer solicitante estaría expuesto a un riesgo real de ser ejecutado y sometido a un tratamiento contrario a los artículos 2 y 3 si fuera expulsado a su país de origen”⁷⁵⁴.

Así, según la jurisprudencia del TEDH, en los asuntos relacionados con el artículo 2 del CEDH, la perspectiva de muerte en caso de retorno debe ser prácticamente segura; mientras que en los relacionados con el artículo 3 del CEDH, deben existir motivos fundados para creer que la persona correría un riesgo real de ser sometida a tortura o a otras formas de malos tratos prohibidos por la disposición⁷⁵⁵. Además, la evaluación de la existencia de un riesgo real debe ser necesariamente rigurosa⁷⁵⁶. Por último, la carga probatoria recae en el demandante, correspondiendo al Estado disipar cualquier duda al respecto⁷⁵⁷.

⁷⁵³ TEDH. Asunto S.R. contra Suecia. Demanda N° 62806/00. Decisión de admisibilidad del 23 de abril de 2002.

⁷⁵⁴ Traducción libre. TEDH. Asunto Bader y Kanbor contra Suecia. Demanda N° 13284/04. Sentencia de 8 de febrero de 2006, párraf. 48.

⁷⁵⁵ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. Manual de Derecho Europeo sobre Asilo, fronteras e inmigración. Óp. Cit., pp. 74. En ese sentido, puede verse: TEDH. Asunto Saadi contra Italia. Óp. Cit., párraf. 125.

⁷⁵⁶ TEDH. Asunto Chahan contra Reino Unido. Óp. Cit., párraf. 96. TEDH. Asunto Saadi contra Italia. Óp. Cit., párraf. 128.

⁷⁵⁷ TEDH. Asunto N. contra Finlandia. Demanda n° 38885/02. Sentencia de 30 de noviembre de 2015, párraf. 167.

Asimismo, el TEDH analizó el riesgo de devolución, considerando las consecuencias previsibles de la expulsión de una persona al país de retorno propuesto⁷⁵⁸. Para ello, al igual que la Corte IDH y la CIDH, considera que se debe evaluar: (i) las circunstancias personales del interesado⁷⁵⁹, así como (ii) las condiciones generales del país⁷⁶⁰: si presenta una situación de violencia generalizada⁷⁶¹ o conflicto armado, si se cometen en él vulneraciones de los derechos humanos, etc⁷⁶². Si un individuo es miembro de un grupo sujeto a malos tratos sistemáticos, puede que no sea necesario aducir pruebas de factores de riesgo personal⁷⁶³.

A continuación, veamos algunos pronunciamientos del TEDH sobre el riesgo de devolución, a fin de extraer los criterios que se debe seguir en esta evaluación:

- En relación al examen de las circunstancias personales de las personas, en el *asunto NA. contra Reino Unido*, el TEDH determinó que excepcionalmente, en los casos en que un solicitante alegue que es miembro de un grupo sistemáticamente expuesto a una práctica de malos tratos, la protección del artículo 3 del CEDH se aplicará *cuando el solicitante establece que existen razones para creer en la existencia de la práctica en cuestión y su pertenencia a*

⁷⁵⁸ El TEDH en el asunto NA. Contra Reino Unido señaló literalmente que “The foregoing principles, and in particular the need to examine all the facts of the case, require that this assessment must focus on the foreseeable consequences of the removal of the applicant to the country of destination. This in turn must be considered in the light of the general situation there as well as the applicant’s personal circumstances”. TEDH. Asunto NA. contra Reino Unido. Demanda , sentencia de, párraf. 113.

⁷⁵⁹ TEDH. Vilvarajah y otros contra Reino Unido. Demanda N° 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87. Sentencia de 30 de octubre de 1991, párraf. 108.

⁷⁶⁰ Por ejemplo, en la sentencia del Asunto el TEDH estableció que “The establishment of any responsibility of the expelling State under Article 3 inevitably involves an assessment of conditions in the receiving country against the standards of Article 3 of the Convention”. TEDH. Asunto Salah Sheeck contra Reino Unido. Demanda N° 1948/04. Sentencia de 23 de mayo de 2007, párraf. 136. También en: TEDH. Asunto Mamatkulov y Askrov contra Turquía. Demanda N° 46827/99. Sentencia de 4 de febrero de 2005.

⁷⁶¹ En el asunto H.L.R. contra Francia, el TEDH consideró, sin embargo, que “a general situation of violence will not normally in itself entail a violation of Article 3 in the event of an expulsión”. TEDH. Asunto H.L.R. contra Francia. Demanda N° 24573/94. Sentencia de 29 de abril de 1997, párraf. 41. Sin embargo, en el Asunto N.A contra Reino Unido, el TEDH precisó que “the Court has never excluded the possibility that a general situation of violence in a country of destination will be of a sufficient level of intensity as to entail that any removal to it would necessarily breach Article 3 of the Convention. Nevertheless, the Court would adopt such an approach only in the most extreme cases of general violence, where there was a real risk of ill-treatment simply by virtue of an individual being exposed to such violence on return”. TEDH. Asunto NA. contra Reino Unido. Óp. Cit., párraf. 115.

⁷⁶² AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. Manual de Derecho Europeo sobre Asilo, fronteras e inmigración. Óp. Cit., pp. 75.

⁷⁶³ TEDH. Asunto H y B contra Reino Unido. Demanda N° 70073/10 y 44539/11. Sentencia de 9 de abril de 2013, párraf. 91.

grupo en cuestión. En esas circunstancias, el TEDH no insistirá entonces en que el solicitante demuestre la existencia de otras características distintivas especiales. Además que, para determinar si debería o no insistir en otras características distintivas especiales, se debe tener en cuenta la situación general de violencia en un Estado. Se podrá verificar esa situación general hace que sea más probable que las autoridades (o cualquier persona o grupo de personas en donde surja el peligro) maltraten sistemáticamente al grupo en cuestión⁷⁶⁴.

En este sentido, en este asunto, el TEDH consideró que el nivel de violencia generalizada en Sri Lanka no era suficiente para prohibir todos los retornos al país. Sin embargo, atendiendo conjuntamente a los factores personales específicos del solicitante, su retorno constityó una vulneración del artículo 3 del CEDH. Enfatizando que:

“la evaluación de si existe un riesgo real debe basarse en todos los factores relevantes que pueden aumentar el riesgo de malos tratos. En su opinión, también debería prestarse la debida atención a la posibilidad de que una serie de factores individuales no pueden, cuando se consideran por separado, constituir un riesgo real; pero cuando se toman de forma acumulativa y cuando se consideran en una situación de violencia general y mayor seguridad, los mismos factores pueden generar un riesgo real. Tanto la necesidad de considerar todos los factores relevantes en forma acumulativa como la necesidad de dar el peso adecuado a la situación general en el país de destino se derivan de la obligación de considerar todas las circunstancias relevantes del caso”⁷⁶⁵.

- En relación a algunas de las circuntancias generales en el país de envío, en el *asunto Salah Sheekh contra Países Bajos* se analizó si en el Estado al que se pretende retornar se cometen violaciones de derechos humanos. Aquí, el TEDH consideró que el demandante, a su salida de Somalia (país al que se le pretendía retornar), los miembros del clan Ashraf infringieron tratos que son considerados contrarios al artículo 3 del CEDH. Lo relevante fue si el solicitante

⁷⁶⁴ Traducción libre. TEDH. Asunto NA. contra Reino Unido. Óp. Cit., párraf. 116.

⁷⁶⁵ TEDH. Asunto NA. contra Reino Unido. Óp. Cit., párraf. 130.

podía obtener protección y reparación por los hechos cometidos contra él en el pasado en Somalia, no siendo el caso. Para ello, el TEDH señaló que:

“[...] teniendo en cuenta la información disponible [...], el tribunal dista mucho de estar convencido de que la situación que existía cuando el demandante abandonó el país haya sufrido un cambio sustancial, que podría alegarse que el riesgo de ser sometido a este tipo de tratamientos o que el haya podido obtener protección de las autoridades locales. Por lo tanto, no hay indicios de que el solicitante se encuentre en una situación significativamente diferente de la que huyó⁷⁶⁶”.

- En relación a otra de las circunstancias generales en el Estado de envío que se pueden tener en cuenta, el TEDH acepta la posibilidad de que una situación de violencia generalizada en un determinado Estado pudiera implicar por sí misma la prohibición de todos los retornos al mismo. Esto se deduce de la sentencia del *asunto Sufi y Elmi contra Reino Unido*, en el que se concluyó que el nivel y la intensidad de la violencia indiscriminada existente en Mogadiscio, Somalia, derivada del CAI, eran suficientes para constituir un riesgo real para la vida o la integridad física de cualquier civil que se encontrase allí. Para ello, se valoraron: los bombardeos indiscriminados y las ofensivas militares llevadas a cabo por todas las partes en el conflicto, el número inaceptable de víctimas civiles, el número sustancial de personas desplazadas dentro y desde la ciudad y el carácter impredecible y generalizado del conflicto⁷⁶⁷.

En este asunto, además, el TEDH establece una regla general que permita evaluar si el nivel e intensidad de la violencia generalizada puede representar, en sí misma, un riesgo que se subsuma en el artículo 3 del CEDH:

“[...] en primer lugar, si las partes en conflicto estaban empleando métodos y tácticas de Guerra que aumentaban el riesgo de la población civil o atacaban directamente a la población civil; en segundo lugar, si el uso de tales métodos y/o tácticas fue generalizado entre las partes en conflicto; en

⁷⁶⁶ Traducción libre. TEDH. Asunto Salah Sheeck contra Reino Unido. Óp. Cit., párraf. 147.

⁷⁶⁷ TEDH. Asunto Sufi y Elmi contra Reino Unido. Demanda N° 8319/07 y 11449/07. Sentencia de 28 de noviembre de 2011, párraf. 248.

tercer lugar, si los enfrentamientos eran localizados o generalizados; y, finalmente, el número de civiles fallecidos, heridos o desplazados como resultado de los enfrentamientos[...]⁷⁶⁸.

En suma, de la jurisprudencia del TEDH se deduce que se utiliza un criterio general a fin de analizar si la decisión de expulsión o retorno de un individuo genera responsabilidad del Estado bajo el artículo 3 del CEDH: para que este principio se considere vulnerado es necesario comprobar la concurrencia de “razones sustanciales” (“*substantial grounds*”) en cuya virtud se infiera que el traslado de la persona generaría un riesgo de afectación de sus derechos⁷⁶⁹. A fin de determinar si se han demostrado razones sustanciales para creer que existe un riesgo real de violaciones al CEDH, dicho Tribunal precisó que deben analizarse las “consecuencias previsibles” (“*foreseeable consequences*”) causadas por expulsar al individuo al país del que huye, teniendo en cuenta el contexto general del país y la situación personal de la víctima⁷⁷⁰.

Estos criterios deducidos de la jurisprudencia del TEDH se contemplan en el artículo 4 de la Directiva 2011/95/UE, que se refiere a la valoración de hechos y circunstancias en los procedimientos de reconocimiento de protección internacional. Particularmente, en el numeral 3 del artículo 4, se señala que la evaluación debe realizarse de manera individual e implica que se tenga en cuenta:

“a) todos los hechos pertinentes relativos al país de origen en el momento de resolver sobre la solicitud, incluidas las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes del país de origen y el modo en que se aplican;

⁷⁶⁸ Traducción libre. TEDH. Asunto Sufi y Elmi contra Reino Unido. Óp. Cit., párraf. 291. Esta regla también fue aplicada en el asunto K.A.B contra Suecia, bajo el cual, el TEDH encontró que “The Court is aware that the human rights and security situation in Mogadishu is serious and fragile and in many ways unpredictable. However, in the light of the above, in particular the fact that al-Shabaab is no longer in power in the city, there is no front-line fighting or shelling any longer and the number of civilian casualties has gone down, it finds that the available country information does not indicate that the situation is, at present, of such a nature as to place everyone who is present in the city at a real risk of treatment contrary to Article 3 of the Convention. Therefore, the Court has to establish whether the applicant’s personal situation is such that his return to Somalia would contravene the relevant provisions of the Convention”. Concluyendo que la expulsión del demandante no constituiría un riesgo de transgresión del artículo 3 y 2 del CEDH. TEDH. Asunto K.A.B contra Suecia. Demanda N° 886/11. Sentencia de 12 de febrero de 2014.

⁷⁶⁹ TEDH. Asunto Al Nashiri contra Polonia. Óp. Cit., párraf. 549. TEDH. Asunto Husayn (Abu Zubaydah) contra Polonia. Óp. Cit., párraf. 451.

⁷⁷⁰ TEDH. Asunto Al Nashiri contra Polonia. Óp. Cit., párraf. 458. TEDH. Asunto Husayn (Abu Zubaydah) contra Polonia. Óp. Cit., párraf. 450.

- b) las declaraciones y la documentación pertinentes presentadas por el solicitante, incluida la información sobre si el solicitante ha sufrido o puede sufrir persecución o daños graves;
- c) la situación particular y las circunstancias personales del solicitante, incluidos factores tales como su pasado, sexo y edad, con el fin de evaluar si, dadas las circunstancias personales del solicitante, los actos a los cuales se haya visto o podría verse expuesto puedan constituir persecución o daños graves;
- d) si las actividades en que haya participado el solicitante desde que dejó su país de origen obedecieron al único o principal propósito de crear las condiciones necesarias para presentar una solicitud de protección internacional, con el fin de evaluar si tales actividades expondrán al solicitante a persecución o daños graves en caso de que volviera a dicho país;
- e) si sería razonable esperar que el solicitante se acogiese a la protección de otro país del que pudiese reclamar la ciudadanía⁷⁷¹.

Ahora bien, la obligación de los Estados de evaluar las circunstancias generales del país de envío y las circunstancias personales de la persona, a fin de determinar el riesgo real, personal y previsible de devolución; también debe ser interpretada desde un enfoque integral de edad, diversidad, género y discapacidad (modelo social y de derechos humanos según la CDPD). Como lo hemos sostenido a lo largo de la presente investigación, este enfoque es transversal a todo el procedimiento de devolución, en la medida que coadyuva a garantizar una protección adicional determinados grupos en situación de especial vulnerabilidad.

A continuación, analizaremos el umbral y los criterios para determinar el riesgo de devolución de algunos grupos en situación de vulnerabilidad materia de la presente investigación.

a. El umbral y criterios para determinar el riesgo de devolución de los niños, niñas y adolescentes, en especial, los no acompañados o separados

El Comité de los Derechos del Niños, en la Observación General N° 6 (2005), se refiere al riesgo que pueden afrontar los niños y niñas, en su Estado de origen

⁷⁷¹ UE. Consejo y Parlamento europeo. Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. Artículo 4.

señalando que “el retorno al país de origen no entra en consideración si produce un *"riesgo razonable"* de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del menor”⁷⁷². De este modo, este Comité habla de la razonabilidad del riesgo de devolución, el cual se puede considerar como un criterio más flexible al criterio general del riesgo real, personal y previsible.

Aunque, cabe precisar que el Comité de los Derechos del Niños también acoge el criterio general del riesgo real de devolución basado en motivos fundados que pueden afrontar los menores; al considerar que, los Estados no trasladarán al menor a un país en el que *haya motivos racionales* para pensar que existe un *peligro real* de daño irreparable para el menor⁷⁷³.

A fin de valorar las circunstancias generales en el Estado de envío y las circunstancias particulares del niño o niña, podemos trasladar algunos de los criterios que establece el Comité de los Derechos del Niños, para verificar si el retorno redunda en el interés superior del menor⁷⁷⁴. De esta manera, las consideraciones que se invoquen en el procedimiento de devolución deberán responder al interés superior del menor, u a otras consideraciones, las cuales deben basarse en los derechos de los menores. Los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, aquellos de índole migratoria, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior⁷⁷⁵. En esa línea, se debe valorar, entre otras circunstancias, lo siguiente:

- La seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el niño o niña a su regreso.
- La existencia de mecanismos para la atención individual del menor.

⁷⁷² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 6, trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen Óp. Cit., párraf. 84.

⁷⁷³ *Ibidem*, párraf. 27 y 28. *Cursivas añadidas*.

⁷⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁷⁵ *Ibidem*, párraf. 86.

- El nivel de integración del menor en el Estado de acogida y el periodo de ausencia de su Estado de origen.
- La conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño o niña y se preste atención a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.
- Si los padres o miembros del círculo familiar ampliado no estuvieran en condiciones de atender al menor, el retorno al Estado de origen no se efectuará, sin tomar previamente disposiciones seguras y concretas de atención y custodia al regreso al Estado de origen.

La Corte IDH, reprodujo los criterios esbozados por el Comité de los Derechos del Niños⁷⁷⁶, agregando que es necesario recabar información sobre factores personales, tales como la historia personal y su condición de salud, física y psicológica, así como el entorno ambiental en que se desarrolló la migración del menor⁷⁷⁷.

b. El umbral y criterios para determinar el riesgo de devolución de las mujeres

A criterio del Comité CEDAW, en virtud del artículo 2(d) de la CEDAW, los Estados partes deben proteger a las mujeres contra la exposición a un *peligro real, personal y previsible* de formas graves de discriminación contra la mujer, incluida la violencia basada en el género, independientemente de si esas consecuencias tendrían lugar fuera de los límites territoriales del Estado emisor⁷⁷⁸.

En ese sentido, este Comité también aplica el criterio general del riesgo real, personal y previsible de devolución, con la particularidad de que, en el caso de las mujeres, el riesgo involucra las formas graves de discriminación, incluidas formas graves de persecución o violencia por razón de género basada en motivos razonables.

⁷⁷⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit., párraf. 222.

⁷⁷⁷ Corte IDH. Óp. Cit., párraf. 101.

⁷⁷⁸ COMITÉ CEDAW. Recomendación General N° 32, sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres. Óp. Cit., párraf. 22.

Además, de la Recomendación General N° 32 CEDAW, se derivan algunos aspectos a considerar al momento de realizar el examen de las circunstancias generales del Estado de envío y las circunstancias personas que aleguen las mujeres, que si bien se establecieron para los procedimientos de refugio, pueden trasladarse al procedimiento de devolución:

- Los Estados deben tener en cuenta que en muchos casos las mujeres no poseen documentación en sus respectivos Estados de origen, y procurar establecer la credibilidad por otros medios⁷⁷⁹.
 - En relación a la carga de la prueba, se deduce que la necesidad de comprobar y evaluar todos los hechos pertinentes se comparte entre la solicitante y el examinador⁷⁸⁰.
 - El evaluador debe utilizar todos los medios a su alcance para obtener las pruebas necesarias, incluso recabando y recopilando información que guarde relación con el género procedente de fuentes gubernamentales y no gubernamentales confiables del Estado de origen⁷⁸¹.
 - Finalmente, que la comunicación tardía de actos de violencia sexual y otros actos traumáticos no dé lugar automáticamente a que se cuestione su credibilidad. La reticencia a informar del verdadero alcance de la persecución sufrida o temida puede deberse a sentimientos de vergüenza, al estigma o a traumas⁷⁸².
- c. El umbral y criterios para determinar el riesgo de devolución de las víctimas de la trata de personas**

⁷⁷⁹ *Ibidem*, párraf. 43.

⁷⁸⁰ *Ibidem*, párraf. 50 (g).

⁷⁸¹ *Ibidem*, párraf. 50 (h).

⁷⁸² *Ibidem*, párraf. 50 (i).

En principio, el ACNUDH respalda el criterio general del riesgo real de devolución basado en motivos fundados, señalando que “en el contexto del derecho internacional de los refugiados, la obligación impide a los Estados devolver a una persona a otro Estado respecto del que *haya argumentos importantes para creer que la persona en cuestión sería objeto de persecución*”⁷⁸³. Con la particularidad que, en relación con las víctimas de la trata de personas, la determinación de este aspecto exigiría tener en cuenta los factores vinculados con la disposición y la capacidad del Estado receptor para prevenir la trata y proteger a las personas de ella⁷⁸⁴.

Además, de acuerdo con los criterios establecidos por el ACNUR y el ACNUDH en sus directrices, considero que a fin de determinar las circunstancias generales del país de envío y de las circunstancias personales de víctimas de la trata de personas debe valorarse, entre otros aspectos , lo siguiente⁷⁸⁵:

- Si el daño temido en el Estado de origen como consecuencia de la experiencia vinculada a la trata, o como consecuencia de la expectativa de que ésta, puede ocurrir en el futuro.
- Si la experiencia de la trata, incluso si sucedió en el pasado, fue particularmente atroz y la persona continúa experimentando efectos psicológicos traumáticos que harían que el regreso a su Estado de origen sea intolerable.
- Si el impacto de la persecución que sufrió la persona aún continúa. La naturaleza del daño ya sufrido también puede tener un impacto en las opiniones, los sentimientos y el perfil psicológico.

⁷⁸³ Cursivas añadidas. ACNUDH. Principios y Directrices recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas. Comentario. Óp. Cit., pp. 96.

⁷⁸⁴ *Ibidem*.

⁷⁸⁵ La mayoría de estos criterios se deducen de las pautas para establecer los fundados temores de ser perseguidos de las víctimas de la trata apuntados por el ACNUR en: ACNUR. Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata. Óp. Cit., párrafs. 15,16,17-18.

- Si podrían enfrentar represalias o convertirse nuevamente en víctimas de la trata en caso de regresar al territorio del cual han huido o en el cual fueron víctimas de trata.
- Si la víctima tiene temor de enfrentar el ostracismo, la discriminación o el castigo por parte de la familia o la comunidad local o, en algunos casos, por las propias autoridades, en caso de regresar. Estos tipos de tratamiento deben ser tomados en consideración especialmente en los casos en que las víctimas fueron obligadas a prostituirse.
- La obligación de todos los Estados de proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización (artículo 9.1 (b) del Protocolo para Prevenir y Sancionar la trata de personas).
- La forma en que una persona ha sido objeto de trata, en la medida en que ha cooperado en el enjuiciamiento de sus explotadores, el hecho de que hayan contraído deudas o no con sus tratantes, su edad, su género y su situación familiar, y la capacidad del país de repatriación de prestar protección efectiva son importantes factores que deben tenerse en cuenta para saber si es posible un regreso en condiciones de seguridad. Las decisiones relativas al regreso no deben basarse en informes no verificables o excesivamente generalizados producidos por los gobiernos, órganos intergubernamentales u ONGs⁷⁸⁶.
- Finalmente, en el caso de los niños y niñas víctimas de trata, la evaluación de los riesgos de devolución y en interés superior del menor es obligatoria con arreglo al Convenio Europeo sobre la Trata de Seres Humanos, artículo 16 (7), el que dispone que: “[l]as víctimas menores de edad no serán repatriadas a un Estado cuando, tras un estudio sobre posibles riesgos y seguridad, se determine que dicho retorno no redundaría en el interés superior del menor”.

⁷⁸⁶ ACNUDH. Principios y Directrices recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas. Comentario. Óp. Cit., pp. 186.

d. El umbral y criterios para determinar el riesgo de devolución de las personas con discapacidad

Para el Comité CDPD, las personas con discapacidad pueden verse expuestas a riesgos que los afectan de manera desproporcionada. Además, esos riesgos son discriminatorios por definición, ya que son cometidos contra las personas con discapacidad en razón de su deficiencia⁷⁸⁷. En ese sentido, se deduce que, además de examinar el riesgo real de devolución, en los procedimientos de devolución que involucren personas con discapacidad, se tiene que considerar si los riesgos a los que se les expondrían en el Estado de envío, son *desproporcionales y discriminatorios*.

Por otro lado, considero que en virtud de la obligación dispuesta por el artículo 11 de la CDPD⁷⁸⁸, se deduce que a fin de evaluar el riesgo de devolución, dentro de las consideraciones generales sobre el Estado de envío, se tiene que tomar en cuenta si en el mismo existen situaciones de conflicto armado, ocupación de territorios, desastres naturales y emergencias humanitarias. Considerando, además, si en ese Estado las mujeres con discapacidad estarán más expuestas a la violencia sexual y tienen menos probabilidades de tener acceso a servicios de recuperación y rehabilitación o de tener acceso a la justicia, o si las niñas desplazadas con discapacidad enfrentarían obstáculos adicionales para acceder a la educación formal y no formal⁷⁸⁹.

En suma, en este apartado hemos identificado que en el SEDH y en el SIDH se ha desarrollado jurisprudencialmente la obligación de evaluar las circunstancias generales

⁷⁸⁷ COMITÉ CDPD Observación General N° 6 (2018), sobre la igualdad y no discriminación. Óp. Cit., párraf. 56.

⁷⁸⁸ El artículo 11 de la CDPD prescribe que: "los Estados Partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas posibles para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales".

⁷⁸⁹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Observación General N° 3 (2016), sobre las mujeres y niñas con discapacidad. Óp. Cit., párraf. 49. Aquí, este Comité reconoce que las mujeres con discapacidad y las niñas en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias corren mayores riesgos.

del país de envío y las circunstancias personales de la persona, a fin de determinar el riesgo real, personal y previsible de devolución. De ello, notamos que a fin de que sea procedente la protección mediante el derecho a la no devolución de una persona que lo solicite, es necesario que se presenten argumentos tanto subjetivos (vinculados con las circunstancias personales) como objetivos (vinculados con las circunstancias generales del país de origen).

Asimismo, se examinó el riesgo de devolución adaptado a las necesidades específicas de algunos grupos en situación de vulnerabilidad; el cual, tiene que ser evaluado siguiendo algunos criterios adoptados por los órganos de control de la ONU, que se derivan de los instrumentos internacionales que reconocen los derechos humanos específicos de estos grupos. Cabe precisar que, también a estos grupos se les puede aplicar el criterio general del riesgo real, personal y previsible, pero se debe prestar atención a los factores de vulnerabilidad y los riesgos específicos a los que pueden ser sometidos en su Estado de origen.

4. ALTERNATIVAS PARA DEVOLVER: LA OBLIGACIÓN DE SEGUIR LAS DIRECTRICES PARA APLICAR EL PRINCIPIO DE TERCER PAÍS SEGURO Y LAS EXCEPCIONES AL DERECHO A LA NO DEVOLUCIÓN DE LA CONVENCIÓN DE 1951

“Los hechos criminales del 11 de septiembre de 2001 -el trágicamente célebre 11-S- agitaron las cuadernas vías de la lucha antiterrorista hasta un punto en que no ha de descartarse el naufragio de determinados principios rectores de nuestra sociedad”⁷⁹⁰. Por esta razón, Bruin y Wouters se cuestionaron si después de los ataques terroristas

⁷⁹⁰ REMIRO BROTONS, Antonio. “Terrorismo internacional, principios agitados”. *Ius et veritas*. 2008, N° 37, pp. 208-228.

del 11 de septiembre de 2001, ¿es permitido encontrar un equilibrio entre la seguridad nacional de un Estado y la obligación de brindar protección contra la devolución?⁷⁹¹.

Bajo este contexto, en el presente acápite analizaremos las alternativas en virtud del DI que tienen los Estados para devolver personas solicitantes de refugio o refugiados, particularmente, nos centramos en el principio del tercer país seguro y las excepciones al derecho a la no devolución del artículo 33(2) Convención de 1951. Examinaremos la obligación de los Estados de seguir una serie de criterios y directrices a fin de garantizar el derecho a la no devolución antes del traslado de los solicitantes de refugio o refugiados al territorio del Estado de origen o a un tercer Estado, en los que también se exige que se garantice una protección especial a los grupos de situación de vulnerabilidad.

a. Directrices para aplicar el principio del “tercer país seguro” garantizando el respeto del derecho a la no devolución

En el apartado 2.6. del primer capítulo de la presente investigación, estudiamos que el principio del “tercer país seguro”, debe su origen a la región europea. Vimos que el TEDH, el ACNUR y el Comité Ejecutivo del ACNUR aceptan la legalidad de los retornos de solicitantes de refugio y refugiados a terceros países que sean considerado seguros. Sin embargo, en el DI no se admite que el principio del tercer país seguro sea una carta abierta para que los Estados realicen expulsiones colectivas o devoluciones sin observar criterios o directrices mínimas que garanticen sus derechos.

De este modo, en adelante conoceremos las directrices que se deben seguir para la aplicación conforme con el derecho a la no devolución del principio del tercer país

⁷⁹¹ BRUIN, Rene y Kees WOUTERS. “Terrorism and the Non-derogability of Non-Refoulement”. *International Journal of Refugee Law*. 2003, Vol. 15, N° 1, pp. 6-29.

seguro; los cuales se deducen de la doctrina, de la jurisprudencia del TEDH, de los documentos del ACNUR y de las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR.

- Realizar un procedimiento con garantías procesales mínimas. Un Estado puede ser "seguro" para un solicitante de refugio originario de un determinado lugar e "inseguro" para otro de distinto origen, según los antecedentes y las características de la persona⁷⁹². Por este motivo, se tiene que analizar individualmente si existen razones fundadas de que el solicitante de refugio o refugiado puede ser expuesto a un riesgo real que afecten sus derechos fundamentales, a través de un procedimiento que respete las garantías del debido proceso.

Así, se debe otorgar la posibilidad de cuestionar la decisión de expulsión a un "tercer país seguro", con efecto suspensivo⁷⁹³. Este procedimiento debe llevarse a cabo en el Estado que busca trasladar a una persona a un tercer Estado, y la dedición debe ser tomada por la autoridad competente. Las autoridades deben rendir cuentas de las garantías otorgadas sobre el acceso a los procedimientos y la no devolución, sería preferible que exista un órgano independiente encargado de la supervisión⁷⁹⁴. Por ejemplo, el Estado de envío debe informarse de todos los hechos y decisiones relevantes a la disponibilidad de protección en el Estado de recepción⁷⁹⁵.

En esa línea, Foster, citando el Consejo Canadiense de Refugiados, argumenta que el Estado que envía no solo tiene la carga inicial de la prueba en el momento de la transferencia, sino que también debe realizar un monitoreo continuo para

⁷⁹² ONU. Asamblea General. Resolución A/AC.96/914. Nota sobre protección internacional. 7 de julio de 1999, párraf. 20.

⁷⁹³ Traducción libre. VAN SELM, Joanne. Óp. Cit., pp. 35.

⁷⁹⁴ Traducción libre. Ibídem, pp. 59.

⁷⁹⁵ Traducción libre. UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL. The Michigan Guidelines on Protection Elsewhere. Adoptada el 3 de enero de 2007 en el Colloquium on Challenges in International Refugee Law.

garantizar que el estado que recibe sigue cumpliendo con sus obligaciones internacionales⁷⁹⁶. Además, esta autora afirma que esto requiere que el Estado que envía "establezca mecanismos creíbles" para monitorear y hacer respetar los derechos de las personas transferidas⁷⁹⁷.

De este modo, toda responsabilidad de transferencia de protección debe basarse en un compromiso por parte del Estado receptor para permitirle a la persona transferida una oportunidad legal y objetiva de hacer su solicitud de protección internacional. El Estado que envía debe, en particular, asegurarse de que el Estado que recibe interpreta el estatuto de refugiado de una manera que respeta el significado verdadero y autónomo de la definición de refugiado establecida por el artículo 1 de la Convención de 1951⁷⁹⁸.

Cabe anotar que, según el artículo 32 de la Convención de 1951, se prohíbe la expulsión de un refugiado legalmente presente a cualquier otro Estado, incluso si no hay riesgo de ser perseguido allí. Por lo tanto, una transferencia de la responsabilidad de protección que respeta los requisitos del DI puede realizarse solo antes de que el refugiado en cuestión esté "legalmente presente" en el Estado de envío⁷⁹⁹.

Asimismo, se tiene que considerar que, en línea con los requisitos del artículo 31(2) de la Convención de 1951, a cualquier refugiado cuya expulsión se contempla en virtud de una política de protección en otro lugar se le otorgará

⁷⁹⁶ Traducción libre. FOSTER, Michelle. Responsibility sharing or shifting? "Safe" Third countries and International Law. *Refugee. Canada's Journal on Refugees*. 2008, Vol. 25, N° 2, 64-78.

⁷⁹⁷ Traducción libre. *Ibidem*.

⁷⁹⁸ Traducción libre. UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL. The Michigan Guidelines on Protection Elsewhere. *Óp. Cit.*, párraf. 4.

⁷⁹⁹ Traducción libre. *Ibidem*, párraf. 5.

primero "un período razonable y todas las facilidades necesarias para obtener la admisión en otro país" de su elección⁸⁰⁰.

Finalmente, en el procedimiento que analice la expulsión a un tercer país seguro, también, deben observarse las garantías mínimas que hemos señalado cuando involucre la expulsión de grupos en situación de especial vulnerabilidad. De esta manera, a las consideraciones anteriores, cuando se trate de estos grupos, se añaden aquellas que tomen en cuenta los factores de vulnerabilidad, sus circunstancias personales, los riesgos específicos que enfrentan y las condiciones específicas que podrían enfrentar en el Estado receptor.

- Analizar si el tercer Estado es parte de la Convención de 1951 o de su Protocolo de 1967 y si ofrece una solución durable⁸⁰¹. Cuando el potencial Estado receptor no ha ratificado la Convención de 1951, pero su normativa interna ofrece protecciones idénticas a los solicitantes de refugio refugiados, también se permite la transferencia. Esto implica que, un Estado que envía debe asegurarse de que cada persona transferida disfrutará de los mismos derechos a los que tuvo derecho en el Estado que envía⁸⁰².

Así, se señala que para garantizar el acceso a la protección efectiva y duradera, el ser Estado Parte de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967 y de los instrumentos básicos de derechos humanos sin ninguna limitación, es un indicador fundamental⁸⁰³, pero no es el único.

⁸⁰⁰ Traducción libre. *Ibidem*, párraf. 13.

⁸⁰¹ Traducción libre. LEGOMSKY, Stephen. "Secondary Refugee movements and the return of asylum seekers to third countries: the meaning of effective protection". *International Journal of Refugee*. 2003, Vol. 15, N° 4, pp. 567-677.

⁸⁰² Traducción libre. BINKOVITZ, Isaac. "State practice with respect to the safe third country concept: criteria for determining that a state offers effective protection for asylum seekers and refugees". *George Washington International Law Review*. 2018, Vol. 50, N° 3, pp. 581-612.

⁸⁰³ ACNUR, El Concepto de "Protección en otro Lugar". 1995, pp. 125. ACNUR. Consideraciones legales sobre el acceso a la protección y la relación entre las personas refugiadas y el tercer país en el contexto del retorno o traslado a terceros países seguros. *Op. Cit.*, párraf. 10.

Para establecer si el tercer Estado ofrece una solución durable, como mínimo, se exige que el Estado receptor proporcione la protección temporal individual. Como máximo, este requisito podría exigir que el Estado que envía se asegure de que el Estado que recibe y su sistema de refugio sean lo suficientemente estables para proporcionar una protección duradera⁸⁰⁴.

- Examinar si el tercer Estado podrá otorgar a la persona el acceso a un procedimiento justo y eficiente para la determinación de la condición de refugiado y otras necesidades de protección internacional⁸⁰⁵ Si se trata de grupos en situación de especial vulnerabilidad, se analizará si el Estado receptor contempla procedimientos de la determinación de la condición de refugiado con garantías adicionales de acuerdo a sus necesidades específicas. Además, el tercer Estado permitirá a la persona permanecer mientras se realiza la determinación de la condición de refugiado⁸⁰⁶. Cuando se determina que la persona es refugiada, debería reconocérsele como tal y otorgarle los derechos que se le corresponden, de acuerdo con la Convención de 1951⁸⁰⁷.
- Observar si el tercer Estado otorga a la persona estándares de tratamiento acordes con la Convención de 1951 y con las normas internacionales de derechos humanos⁸⁰⁸. Incluyendo, aquellos derechos humanos específicos contemplados en otros instrumentos internacionales de derechos humanos,

⁸⁰⁴ Traducción libre. BINKOVITZ, Isaac. Óp. Cit., pp. 610.

⁸⁰⁵ ACNUR. Consideraciones legales sobre el acceso a la protección y la relación entre las personas refugiadas y el tercer país en el contexto del retorno o traslado a terceros países seguros. Abril de 2018, párraf. 4. ONU. Asamblea General. Resolución A/AC.96/914. Nota sobre protección internacional. Óp. Cit., párraf. 19.

⁸⁰⁶ COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. Conclusión N° 58. Conclusión general sobre protección internacional. Óp. Cit., párraf. F (ii). ACNUR. Consideraciones legales sobre el acceso a la protección y la relación entre las personas refugiadas y el tercer país en el contexto del retorno o traslado a terceros países seguros. Óp. Cit., párraf. 4.

⁸⁰⁷ ACNUR. El concepto de "Protección Efectiva" en el contexto de los movimientos secundarios de los refugiados y solicitantes de asilo: Resumen de las conclusiones de la Mesa Redonda de Expertos en Lisboa. Óp. Cit., párraf. 15. ACNUR. Política del ACNUR sobre la protección de los refugiados y las soluciones en zonas urbanas. Septiembre de 2009, párraf. 153. ACNUR, Nota de orientación sobre los acuerdos bilaterales y/o multilaterales sobre el traslado de solicitantes de asilo. Óp. Cit, párraf. 3(vi).

⁸⁰⁸ COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. Conclusión N° 87 (L). Conclusión general sobre la protección internacional. 1999, párraf. (I). COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. Conclusión N° 85 (XLIX). Conclusión General sobre la protección internacional. 1998, párraf. (aa). ACNUR. Consideraciones legales sobre el acceso a la protección y la relación entre las personas refugiadas y el tercer país en el contexto del retorno o traslado a terceros países seguros. Óp. Cit., párraf. 4.

cuando se traten de grupos en situación de especial vulnerabilidad. Para determinar si los estándares de tratamiento son acordes con la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, y las normas internacionales de los derechos humanos son aplicados, tendrán que verificarse, entre otras, las obligaciones legales internacionales del Estado, sus leyes nacionales y la práctica actual de la implementación⁸⁰⁹.

- Debe existir un acuerdo entre el Estado que envía y el Estado receptor. Consiste en un compromiso firme del tercer país en el cual estas personas retornadas tendrán acceso a protección, asistencia y soluciones de conformidad con las garantías establecidas anteriormente⁸¹⁰. En relación a ello, se apuntan algunas condiciones que deben considerarse en estos acuerdos: debe basarse en el entendimiento de que cualquier sistema diseñado para articular la cooperación internacional en este campo, debe garantizar siempre todos los derechos de los refugiados. Por lo tanto, el sistema debe articular la naturaleza separada de las obligaciones que los Estados tienen para con los refugiados y otras personas cuyos fundamentos de protección están reconocidos por el DIDH, de las obligaciones que los Estados pueden adquirir entre sí en los acuerdos internacionales, ya que estos dos conjuntos de obligaciones son de una naturaleza jurídica muy diferente⁸¹¹.
- Considerar el retorno y readmisión de refugiados. Si se trata de personas refugiadas que han sido reconocidas y encontraron protección en un tercer país

⁸⁰⁹ ACNUR. Consultas Globales sobre Protección Internacional: Procesos de Asilo (Procedimientos de Asilo Justos y Eficientes). 31 de mayo de 2001. EC/GC/01/12, párraf. 14. ACNUR. Mejorando los Procedimientos de Asilo: Análisis comparativo y recomendaciones legales y prácticas: Una investigación detallada sobre disposiciones directivas claves sobre los procedimientos de asilo. marzo de 2010, pp. 283. ACNUR. El concepto de "Protección Efectiva" en el contexto de los movimientos secundarios de los refugiados y solicitantes de asilo: Resumen de las conclusiones de la Mesa Redonda de Expertos en Lisboa. 9-10 de diciembre de 2002. febrero de 2003, párraf. 15 (e). ACNUR. Nota de orientación sobre los acuerdos bilaterales y/o multilaterales sobre el traslado de solicitantes de asilo. Óp. Cit., párraf. 3(iii) y 3(viii). ACNUR. Consideraciones sobre el concepto de "tercer país seguro". Julio de 1996.

⁸¹⁰ ACNUR. Consideraciones legales sobre el acceso a la protección y la relación entre las personas refugiadas y el tercer país en el contexto del retorno o traslado a terceros países seguros. Óp. Cit., párraf. 5.

⁸¹¹ Traducción libre. GIL-BAZO, María Teresa. "The safe third country concept in international agreements on refugee protection. Assessing state practice". *Netherlands Quarterly of Human Rights*. 2015, Vol. 33, N° 1, pp. 44-77, pp. 33.

deben tener la oportunidad de volver a acogerse a la protección que anteriormente se les brindaba como refugiados⁸¹². Al regreso, deben otorgarles una estancia legal en el Estado y gozar de todos los derechos aplicables a los refugiados⁸¹³.

Por otro lado, si el Estado receptor no se asegura que una persona transferida que cumpla con los requisitos del artículo 1 de la Convención de 1951 recibe el beneficio de los artículos 2 al 34 de la Convención de 1951, las obligaciones originales del Estado que envía a ese refugiado ya no se satisfacen la confiabilidad de la transferencia de responsabilidad de protección. El Estado que envía en tales circunstancias debe facilitar el retorno y la readmisión del refugiado en cuestión a su territorio, y garantizar el respeto de sus derechos allí en línea con los requisitos de la Convención de 1951⁸¹⁴.

- Valorar si el tercer país ha infringido repetidamente el derecho a la no devolución en el pasado. Esta valoración incluirá el deber del Estado de envío de no exponer a un riesgo de ser sometido a tortura, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes⁸¹⁵. O pese a que el solicitante sería reconocido como refugiado en el Estado en el que se presenta la solicitud, pero prácticamente no tiene posibilidades de ser aceptado en el tercer país al que es deportado, debido a su práctica más restrictiva⁸¹⁶.
- Evidenciar si el tercer Estado dispone de una solución duradera para los niños y niñas no acompañados o separados. Así, debe tenerse en cuenta que el reasentamiento en un tercer país puede ofrecer una solución duradera si no

⁸¹² ONU. Asamblea General. Resolución A/AC.96/914. Nota sobre protección internacional. Óp. Cit., párraf. 19.

⁸¹³ ACNUR, El concepto de "Protección Efectiva" en el contexto de los movimientos secundarios de los refugiados y solicitantes de asilo: Resumen de las conclusiones de la Mesa Redonda de Expertos en Lisboa. Óp. Cit., párr. 15 (g).

⁸¹⁴ UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL. The Michigan Guidelines on Protection Elsewhere. Óp. Cit., párraf. 14.

⁸¹⁵ TEDH. Asunto M.S.S. contra Bélgica y Grecia. Óp. Cit., párraf. 340-342. TEDH. Asunto T.I. contra Reino Unido. Óp. Cit. TEDH. Asunto K.R.S contra Reino Unido. Óp. Cit., párraf. I(A).

⁸¹⁶ ACHERMANN, Alberto y Mario GATTIKER. "Safe third countries: European developments". *International Journal of Refugee Law*. 1995, Vol. 7, N° 1, pp. 19-38, pp. 9.

puede retornar a su Estado de origen y no le sea posible contemplar una solución duradera en el país de acogida. Esta decisión debe basarse en una evaluación actualizada, exhaustiva y fundada en el interés superior, tomando en cuenta las circunstancias internacionales del momento⁸¹⁷.

Por ejemplo, el traslado del menor está particularmente indicado si constituye el único medio para proteger efectiva y establemente al menor contra la devolución o la persecución u otras graves violaciones de los derechos humanos en el país de estancia. El reasentamiento responderá al interés superior del menor no acompañado y separado si contribuye a la reunión familiar en el Estado al que se le envía⁸¹⁸.

En síntesis, la transferencia bajo una política de protección a otro lugar idealmente debería ocurrir con la adopción de un acuerdo escrito entre los Estados en cuestión. Como mínimo, dicho acuerdo debe estipular el deber del Estado receptor de respetar el estatuto del refugiado; proporcionar a los refugiados transferidos los derechos establecidos en la Convención de 1951; notificar al ACNUR de cualquier presunto incumplimiento de las responsabilidades del Estado receptor; otorgar al ACNUR el derecho de estar presente en el Estado receptor y de disfrutar de un acceso sin trabas a donde se encuentren los refugiados transferidos para monitorear el cumplimiento de las responsabilidades del Estado receptor hacia ellos; y cumplir con un procedimiento (ya sea establecido por el acuerdo o de otra manera) para la solución de cualquier desacuerdo que surja de la interpretación o implementación del mismo⁸¹⁹.

En efecto, hemos expuesto una lista no taxativa de las directrices mínimas para el retorno de solicitantes de refugio o refugiados a terceros países. Legomsky estableció que cada uno de estos criterios debe cumplirse para que una determinación del tercer

⁸¹⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Óp. Cit., párraf. 92.

⁸¹⁸ *Ibidem*.

⁸¹⁹ Traducción libre. UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL. The Michigan Guidelines on Protection Elsewhere. Óp. Cit., párraf. 16.

Estado seguro sea legal conforme a la Convención de 1951⁸²⁰. Siguiendo a este autor, la carga de la prueba con respecto a si un tercer Estado es seguro en relación a cada refugiado, recae en el Estado de envío.

Sin embargo, no se niega el uso de presunciones razonables y refutables. Bajo tal presunción, el individuo entonces asumiría la carga de producir evidencia adicional de que las circunstancias han cambiado de tal manera que la protección efectiva no estaría disponible en el Estado propuesto⁸²¹. Precisamente, en el Sistema de Dublín existe la presunción *juris tantum* de que todos los Estados que aplican el Reglamento de Dublín son seguros y respetan la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el CEDH⁸²². Aunque, actualmente, es cuestionable esta presunción pues, por ejemplo, Italia es para de estos instrumentos convencionales y aún así ha sido condenada en muchas ocasiones por violar el artículo 3 del CEDH en el marco de expulsiones de solicitantes de refugio y refugiados.

b. Criterios para aplicar las excepciones al derecho a la no devolución establecidas en el artículo 33(2) de la Convención de 1951

El artículo 33(2) de la Convención de 1951 faculta a los Estados a expulsar o devolver a dos categorías de refugiados o solicitantes de refugio: (i) aquellos sobre los cuales haya dudas razonables para considerar que sean un peligro para la seguridad del Estado donde se encuentra; o (ii) aquellos que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituyan una amenaza para la comunidad de tal Estado.

⁸²⁰Traducción libre. LEGOMSKY, Stephen. Óp. Cit., pp. 673.

⁸²¹ Traducción libre. LEGOMSKY, Stephen. Óp. Cit., pp. 671 y 672.

⁸²² Numeral (2) del Preámbulo del Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

En los trabajos preparatorios de la Convención de 1951, en relación a la inclusión del segundo párrafo del artículo 33, el presidente del Comité “señaló que el párrafo 2 ofrecía una salvaguardia a los Estados, mediante la cual podrían librarse de delincuentes comunes o de personas condenadas por delitos especialmente graves en otros países”⁸²³. Sin duda, la protección que ofrece el derecho a la no devolución pretende salvaguardar derechos fundamentales indispensables, como lo es la vida, la libertad o integridad; sin embargo, este derecho encuentra límites vinculados con la seguridad del Estado de acogida o la comunidad del Estado de acogida.

En primer término, es importante distinguir el alcance del artículo 33(2) de la Convención de 1951 con el artículo 1(F) de la Convención de 1951, el cual recoge las cláusulas de exclusión del estatuto del refugiado; toda vez que, se ha encontrado que en los procedimientos y las leyes nacionales de algunos Estados (como Canadá y Alemania) subsumen conceptos tanto del artículo 1(F) como del artículo 33(2) de la Convención de 1951 en una sola etapa del proceso⁸²⁴. Por consiguiente, la relación entre ambos artículos se ha confundido en la práctica⁸²⁵.

Pues bien, en virtud del artículo 1(F) de la Convención de 1951, se recogen algunas circunstancias que permiten que una persona sea excluida de la aplicación de la Convención de 1951, aunque responda a los criterios de las cláusulas de inclusión⁸²⁶. Así, se distinguen de las excepciones al derecho a la no devolución del artículo 33(2) de la Convención de 1951; toda vez que, éstas no implican la cesación de la condición de refugiado, sino que podrá ser expulsado o devuelto del Estado de acogida a pesar que exista un riesgo de transgresión de su derecho a la vida, la libertad o integridad en el Estado al que se devuelve o expulsa.

⁸²³ WEIS, Paul. *The Refugee Convention. The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary* By Dr Paul Weis. Óp. Cit., pp. 241.

⁸²⁴ GEOFF, Gilbert. “Temas de actualidad en la aplicación de las cláusulas de exclusión”. Erika FELLER y otros (Edit.) *Protección de los Refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional*. Barcelona: 2010, Icaria Editorial, pp. 468-528.

⁸²⁵ Por ejemplo, en: HATHAWAY, James. *The Law of Refugee Status*. Óp. Cit., pp. 342..

⁸²⁶ ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Óp. Cit., párraf. 31.

Naturalmente, la distinción más evidente es que las cláusulas que se contemplan en ambos artículos de la Convención de 1951 son distintas⁸²⁷:

Cuadro N° 11: Comparación entre el artículo 1(F) y el artículo 33(2) de la Convención de 1951

| Artículo 1 (F) de la Convención de 1951 | Artículo 33 (2) de la Convención de 1951 |
|--|--|
| Delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad. | Un peligro para la seguridad del Estado de acogida. |
| Grave delito común fuera del país del refugio, antes de ser admitido en él como refugiado. | Condena definitiva por un delito particularmente grave y que representen una amenaza para la Comunidad del país. |
| Culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principio de las Naciones Unidas | |

Las excepciones al derecho a la no devolución y las causales la exclusión del estatuto del refugiado operan en momentos distintos. Las causales de exclusión normalmente operan durante el proceso de determinación de la condición de refugiado⁸²⁸; mientras que las segundas, operan en el momento que un Estado decida efectuar la devolución de un refugiado o de un solicitante⁸²⁹, que puede ser durante o después de este procedimiento. Es por ello que las causales de exclusión del estatuto del refugiado que se enuncian en el artículo 1(F) de la Convención de 1951, no pueden ser de aplicación para efectos de evaluar cuándo sí procedería efectuar la devolución de un refugiado o de un solicitante de refugio.

Por otro lado, el artículo 33(2) establece un umbral más alto que el artículo 1 (F) en la medida en que, para los propósitos de la anterior disposición debe determinarse que el refugiado constituye un peligro para la seguridad o la comunidad del Estado de refugio. La disposición depende así de la apreciación de una amenaza *futura* por parte de la persona en cuestión⁸³⁰, en vez de la comisión de algún acto en el pasado.

⁸²⁷ Para un análisis detallado de las causales del artículo 1(F) de la Convención de 1951, ver: EGELMAN, Zoe. "Punishment and protection, two sides of the same world: the problema of international criminal law under the Refugee Convention". *Harvard International Law Journal*. 2018, Vol. 59, N° 2, pp. 461-498.

⁸²⁸ ACNUR. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Óp. Cit., párraf. 141.

⁸²⁹ GEOFF, Gilbert. Óp. Cit., pp. 506.

⁸³⁰ ACNUR. Directrices sobre protección internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: el artículo 1(F) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. HCR/GIP/03/05. 4 de setiembre de 2003.

Como tal, si el comportamiento de un refugiado no es suficientemente grave como para excluirlo de la protección de la Convención de 1951 por aplicación del artículo 1(F), tiene poca probabilidad de superar el umbral más alto del artículo 33(2)⁸³¹. Así, bajo este artículo no es suficiente que el crimen cometido haya sido “grave”, sino que debe ser “particularmente grave” y el delincuente “constituye un peligro para la comunidad”⁸³².

En ese sentido, otra diferencia entre ambos artículos consiste en que, el artículo 1(F) se aplica a aquellas personas que han cometido ciertos delitos fuera del Estado de acogida y antes de que hayan solicitado refugio; mientras que el artículo 33(2), se aplica, en principio, a aquellas personas que han cometido o que planean cometer delitos particularmente graves dentro del Estado de acogida. Aunque, cabe precisar que los delitos cometidos fuera del Estado de acogida no necesariamente quedan fuera del alcance del artículo 33(2) si el autor constituye un peligro para la seguridad de ese Estado⁸³³.

En definitiva, pese a que se pueda alegar cierta semejanza entre las cláusulas de exclusión del artículo 1(F) de la Convención de 1951, con las excepciones que establece el artículo 33(2); existen claras diferencias entre ambas. Son disposiciones que cumplen una finalidad específica en virtud de la Convención de 1951. De este modo, cuando se examine la solicitud de refugio, se evaluará si se cumple con la cláusula de inclusión, cesación o si se está inmerso en una causal de exclusión. No obstante, más allá de si un solicitante cumple con una causal de exclusión, para efectos de la devolución, se debe cumplir con el umbral del artículo 33(2) de la Convención de 1951.

⁸³¹ SIRELIHULAUTER, Pacht y Daniel BETHLEHEM. “La no devolución”. Óp. Cit., pp. 144.

⁸³² Traducción libre. HATHAWAY, James. *The Law of Refugee Status*. Óp. Cit., pp. 344.

⁸³³ Traducción libre. BRUIN, Rene y WOUTERS, Kees. Óp. Cit., pp. 16.

Por otro lado, cabe añadir que las excepciones deben ser interpretadas de manera restrictiva, taxativa y no puede aplicarse extensivamente a quienes no se menciona expresamente en el artículo 33(2) de la Convención de 1951⁸³⁴. Esta aplicación restrictiva, implica satisfacer cuatro condiciones: (i) que exista un nexo racional entre la expulsión del refugiado y la eliminación del peligro que representa su presencia para la seguridad o para la comunidad del Estado de acogida; (ii) la devolución debe ser el último recurso posible al que se debe recurrir para eliminar la amenaza a la seguridad o a la comunidad del país de acogida; (iii) el peligro para el Estado de acogida debe tener más peso que el riesgo de daño que pueda sufrir la persona requerida como resultado de su devolución; y, (iv) la determinación se debe hacer mediante un procedimiento que contemple las salvaguardas adecuadas.⁸³⁵

Pese a ello, se ha encontrado que existen Estados que no aplican las excepciones del artículo 33(2) de *ultima ratio*” o en un contexto que realmente amenaza la seguridad nacional o pone en peligro a la comunidad⁸³⁶. Así, “recientemente, las voces se han alzado contra la interpretación que le permite a un Estado considerar las medidas contra el terrorismo como parte de la excepción estipulada por el artículo 33(2)”⁸³⁷.

Nótese, además, que la redacción tanto del artículo 1(F) que contempla las cláusulas de exclusion como el artículo 33(2) de la Convención de 1951, no distingue su aplicación por edad o género o alguna otra condición. Consideramos que ambos artículos deben aplicarse desde una perspectiva que tenga en cuenta la situación específica que

⁸³⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/4. Óp. Cit., párraf. 211. ACNUR. Note on the principle of Non-Refoulement. Óp. Cit. En donde el ACNUR manifestó que: “as Article 33 (2) is an exception to a principle, it is to be interpreted and implemented in a restrictive manner, as confirmed by Executive Committee Conclusion N° 7. Second, given the seriousness of an expulsion for the refugee, such a decision should involve a careful examination of the question of proportionality between the danger to the security of the community or the gravity of the crime, and the persecution feared. The application of this exception must be the *ultima ratio* (the last recourse) to deal with a case reasonably”. COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. Conclusión N° 102 (LVI). Conclusión General sobre la Protección Internacional. Óp. Cit., párraf. (i). COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR. Conclusión sobre la disposición sobre protección internacional, en particular mediante formas complementarias de protección. 7 de octubre de 2005, párraf. (d).

⁸³⁵ ACNUR. Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados. Óp. Cit., párraf. 15.

⁸³⁶ Traducción libre. LLAIN ARENILLA, Shirley. “Violations to the Principle of Non-Refoulement under the Asylum Policy of the United States”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. 2015, Vol. XV, pp. 283-322, pp. 294.

⁸³⁷ THE REDRESS TRUST (REDRESS). INMIGRATION LAW PRACTITIONER’S ASSOCIATION (ILPA). “The seminar Non-Refoulement under threat”. Matrix Chambers. Londres, 2016.

enfrentan los niños y niñas, sean separados o no acompañados, mujeres, personas con discapacidad, las víctimas de la trata de personas; y, de todos aquellos que por alguna condición sufren de una especial vulnerabilidad.

Particularmente, en relación a los niños y niñas, el ACNUR emitió una directriz para orientar la aplicación de las causales de exclusión a los niños y niñas. De ella, podemos rescatar algunos criterios que se pueden trasladar a la aplicación de las excepciones al derecho a la no devolución del artículo 33(2) de la Convención de 1951:

- Las excepciones en el caso de niños y niñas siempre necesitan ejercerse con gran cautela, en vista de las circunstancias particulares y vulnerabilidades de los niños y niñas⁸³⁸. Esta disposición, también, puede aplicarse cuando se analice si las mujeres, las víctimas de la trata de personas y las personas con discapacidad están inmersas en alguna de las excepciones al derecho a la no devolución de la Convención de 1951.
- Cuando el niño o niña es acusado de haber cometido delitos mientras sus propios derechos estaban siendo violados (por ejemplo, mientras estaban relacionados con fuerzas o grupos armados), es importante tener en cuenta que pueden haber también sido víctimas de delitos contra el DI y no sólo como responsables de cometerlos⁸³⁹. Esta disposición, también, puede aplicarse cuando se analice si las mujeres, las víctimas de la trata de personas y las personas con discapacidad están inmersas en alguna de las excepciones al derecho a la no devolución de la Convención de 1951.
- Las excepciones pueden ser aplicados al niño o niña sólo si ha alcanzado la edad de la responsabilidad penal como lo establece la ley internacional y/o

⁸³⁸ ACNUR. Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Op. Cit., párraf. 59.

⁸³⁹ UNICEF. Principios de París. Principios y directrices sobre los niños asociados a fuerzas armadas o grupos armados. Febrero de 2007, párraf. 3.6.

nacional al momento de la comisión del acto. Por consiguiente, un niño menor de esa edad mínima no puede ser considerado responsable de un acto excluible de la protección contra la no devolución⁸⁴⁰.

- La madurez emocional, mental e intelectual de cualquier niño o niñas necesitará ser evaluada, con el fin de determinar si el niño tiene la capacidad mental para ser considerado responsable de un delito contemplado en el alcance del artículo 33(2)⁸⁴¹.
- Se deberán observar adicionalmente las reglas y principios que se ocupan del estatuto especial, los derechos y protección proporcionados a los niños y niñas bajo leyes internacionales y nacionales en todas las etapas de los procedimientos de refugio. En particular, aquellos principios relacionados con el interés superior del niño o niña.
- Se necesitan examinar especialmente si el niño actuó bajo coacción, coerción o en defensa propia o de otros. Tales factores tienen particular relevancia cuando se evalúan solicitudes realizadas por antiguos niños soldados. Factores adicionales a considerar pueden incluir: la edad en que el niño se involucró en las fuerzas o grupos armados; las razones por las cuales se alistó y dejó las fuerzas o grupos armados; el tiempo que fue miembro; las consecuencias de la negativa a unirse al grupo; cualquier uso forzado de drogas, alcohol o medicamento; el nivel de educación y entendimiento de los eventos en cuestión; y el trauma, abuso o malos tratos sufridos⁸⁴².

Ahora bien, a continuación brindaremos una aproximación al alcance de las dos causales que limitan el derecho a la no devolución en el DIR:

⁸⁴⁰ ACNUR. Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Óp. Cit., párraf. 60.

⁸⁴¹ ACNUR. Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Óp. Cit., párraf. 61.

⁸⁴² ACNUR. Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Óp. Cit., párraf. 64(ii).

- (i) **Peligro para la seguridad del Estado de acogida.** Según el ACNUR, para aplicar esta excepción, se debe determinar que el refugiado constituya un peligro actual o futuro para el Estado de acogida. El peligro debe ser muy grave, y no de menor grado, y debe constituir una amenaza para la seguridad nacional del Estado de acogida⁸⁴³. Según la literalidad de esta excepción, la persona deberá ser un peligro para el Estado de acogida, no para otro Estado o para la comunidad internacional⁸⁴⁴.

Pese a ello, alejándose de este criterio, la Corte Suprema de Canadá, en el caso *Manickavasagam Suresh contra Canada* (“caso Suresh”), determinó que la seguridad de Canadá dependía de la seguridad de otros Estados, pues:

“It was convinced, and rightly so in our view, that events that occur elsewhere may still have a negative effect on Canadian national security; that the global transport and money networks that feed terrorism or other such security threats have the potential to touch all countries, and that international cooperation is essential in effectively combating terrorism. However, the court also recognized that not all threats to the security of another country would pose a threat to Canada's security. In its view, though the threat to Canada's security need not always be a direct one, in the envisaged cases of indirect threats, `there must be a real and serious possibility of adverse effect to Canada’⁸⁴⁵.

El mandato del artículo 33(2) es claro, y requiere que, aún, existiendo esos peligros en otros Estados, se debe establecer el peligro real para la seguridad del Estado de acogida. Así, la mera posibilidad de repercusiones adversas será insuficiente⁸⁴⁶. Además, Hathaway y Harvey criticaron este extremo de la decisión del caso *Suresh* aduciendo que “[...] in line with the general evidentiary standard of Article 33(2), the connection between an impact on “the integrity of

⁸⁴³ ACNUR. Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados. Óp. Cit., párraf. 14(i).

⁸⁴⁴ BRUIN, Rene y WOUTERS, Kees. Óp. Cit., pp. 17. SIRELIHULAUTER, Pacht y Daniel BETHLEHEM. “La no devolución”. Óp. Cit., pp. 150.

⁸⁴⁵ OBIORA CHINEDU, Okafor y Pius LEKWUWA OKORONKWO. “Re-configuring Non-Refoulement? The Suresh decisión, ‘security relativism’, and the International Human Rights Imperative”. *International Journal of Refugee Law*. 2003, Vol. 15, N° 1, pp. 31-67.

⁸⁴⁶ BRUIN, Rene y WOUTERS, Kees. Óp. Cit., pp. 18.

Canada's international relations" and Canada's essential welfare should have been proved, not simply assumed"⁸⁴⁷.

Por otro lado, si bien el artículo 33(2) de la Convención de 1951 no especifica los hechos y circunstancias que pueden constituir un peligro para la seguridad del Estado de acogida y deja un margen de apreciación para los Estados, el artículo sí exige un nivel de riesgo comprobado. El umbral es alto. Hay quienes han precisado que se aplicaría a las personas "[...] que intentan derrocar al gobierno por la fuerza o por medios ilegales, que ponen en peligro la Constitución del Estado, la integridad territorial, la independencia o la paz del Estado de acogida"⁸⁴⁸.

Asimismo, el peligro que represente la persona para el Estado de acogida será potencial; es decir, se refiere a un peligro para la seguridad del país en el futuro, no en el pasado⁸⁴⁹. Finalmente, de acuerdo con los trabajos preparatorios del artículo 33(2) de la Convención de 1951, se debe observar el principio de proporcionalidad, si el peligro que implica para el refugiado la expulsión o el regreso pesa más que la amenaza a la seguridad pública que surgiría si él se quedara⁸⁵⁰. En ese sentido, se sugiere que la proporcionalidad requiere que se tome en cuenta:

- (a) La gravedad del peligro planteado a la seguridad del país. (b) La probabilidad de que ese peligro se haga realidad y su inminencia. (c) Si el peligro para la seguridad del país sería eliminado o significativamente aliviado por la expulsión del individuo en cuestión. (d) La naturaleza y seriedad del riesgo de la devolución para el individuo. (e) Si están disponibles otras opciones consistentes con la prohibición de la devolución

⁸⁴⁷ Traducción libre. HATHAWAY, James y Colin J. HARVEY. "Framing Refugee Protection in the New World Disorder". *Cornell International Law Journal*. 2011, Vol. 34, pp. 257-319.

⁸⁴⁸ Traducción libre. BRUIN, Rene y WOUTERS, Kees. Óp. Cit., pp. 18. SIRELIHULAUTER, Pacht y Daniel BETHLEHEM. "La no devolución". Óp. Cit., pp. 150.

⁸⁴⁹ SIRELIHULAUTER, Pacht y Daniel BETHLEHEM. "La no devolución". Óp. Cit., pp. 151.

⁸⁵⁰ Traducción libre. WEIS, Paul. *The Refugee Convention. The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary* By Dr Paul Weis. Óp. Cit., pp. 342.

y si podrían ser empleadas, ya sea en el país de asilo o mediante la expulsión del individuo en cuestión a un tercer país seguro⁸⁵¹.

- (ii) **Condena definitiva por un delito particularmente grave y constituya una amenaza para la comunidad del país.** Conforme con el ACNUR, el refugiado implicado no sólo tiene que haber sido condenado de un crimen muy grave, sino que también es preciso determinar que, en vista del crimen y de la condena, el refugiado constituye un peligro muy grave en el presente y en el futuro para la comunidad del Estado de acogida. Para determinar si éste es el caso, se deben considerar la naturaleza y las circunstancias del delito en particular y otros factores relevantes⁸⁵².

Precisamente, lo cuestionable en este aspecto consiste en que el Estado conserva la discrecionalidad para analizar cuándo considera que un delito es particularmente grave, pues no existe en el DI una lista de delitos generalmente aceptados como graves. Sin perjuicio de ello, se puede tomar en cuenta que en el artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se dispone que la competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, los cuales son: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

Al respecto, Hathaway y Harvey añaden que, “[...] *refoulement* under Article 33(2) should be considered only where the crimes usually defined as “serious”- for example, rape, homicide, armed robbery, and arson- are committed with aggravating factors, or at least without significant mitigating circumstances”⁸⁵³.

⁸⁵¹ SIRELIHULAUTER, Pacht y Daniel BETHLEHEM. “La no devolución”. Óp. Cit., pp. 153.

⁸⁵² ACNUR. Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados. Óp. Cit., párraf. 14(ii).

⁸⁵³ HATHAWAY, James y Colin J. HARVEY. Óp. Cit., pp. 292.

Por otro lado, pese a la claridad de la norma en comentario, en el caso *N.A.M contra Holder*, la Corte de Apelaciones de Estados Unidos, concluyó que: esta excepción es efectiva “si el extranjero, habiendo sido condenado por una sentencia definitiva de un delito particularmente grave, es un peligro para la comunidad de los Estados Unidos; [...] sin embargo, esta sección no requiere una evaluación separada de “amenaza para la comunidad”. Una vez que se determina que el extranjero cometió un delito grave, las autoridades no tienen la obligación de estudiar si el extranjero es una “amenaza para la comunidad”⁸⁵⁴.

No obstante, debe quedar claro que, el solo hecho de que un refugiado haya sido condenado por un delito grave no será suficiente para aplicar el artículo 33 (2) de la Convención de 1951. En primer lugar, esta condena tendrá que ser definitiva. En segundo lugar el texto deja claro que solo se aplica en casos de delitos particularmente graves. En tercer lugar, la evaluación de la amenaza para la comunidad debe ser futuro.

b.1. Diferencias con las excepciones al derecho a la no devolución establecidas en el artículo 27 de la CADH

Es importante considerar que en la formulación del derecho a la no devolución del artículo 22(8) de la CADH, no se recogieron las excepciones al mismo que establece el artículo 33(2) de la Convención de 1951⁸⁵⁵. Por este motivo, hay quienes sostienen que, en nuestra región, el derecho a la no devolución es absoluto, al no contemplar

⁸⁵⁴ Traducción libre. UNITED STATES COURT OF APPEAL. Case of *N-A-M v. Holder*, N°. 07-9580 and 08-9527, 2009. Citado por: LLAIN ARENILLA, Shirley. Óp. Cit., pp. 311.

⁸⁵⁵ El artículo 33(2) de la Convención de 1951 dispone que “Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.

excepción alguna⁸⁵⁶. No obstante, advierto que, de acuerdo con el artículo 27 de la CADH, las garantías recogidas en el artículo 22 (incluido el derecho a la no devolución) pueden ser suspendidas en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, cumpliendo una serie de requisitos.

Al respecto, en los pronunciamientos de la Corte IDH vinculados con el derecho a la no devolución, sólo precisó que en el DIR, el derecho a la no devolución no es absoluto en tanto permite excepciones. Señalando que “el mismo artículo 33 de la Convención de 1951 especifica los supuestos que permiten a un Estado no brindar la protección de la no devolución, aún cuando la persona cumpla con la definición de refugiado”⁸⁵⁷. Nótese que, la Corte IDH no desarrolló que la redacción del artículo 22(8) de la CADH, no contempla las excepciones del artículo 33(2) de la Convención de 1951.

En este contexto, algunos países de la región han incorporado en su normativa interna el derecho a la no devolución sin excepciones, como veremos detalladamente en el siguiente cuadro.

Cuadro N° 12: Países de América Latina que han incorporado el derecho a la no devolución sin excepciones⁸⁵⁸

| PAÍS | FUENTE | |
|----------|--|---|
| Bolivia | Ley de protección a personas refugiadas N° 251 de 2012 | Artículo 4: Ninguna persona refugiada o solicitante de tal condición, cuya solicitud se encuentre pendiente de resolución firme, podrá ser devuelta a su país de origen o a otro país donde su vida, seguridad o libertad peligre por cualquiera de las causales que dieron lugar al reconocimiento o solicitud de la condición de persona refugiada. |
| Colombia | Decreto N° 2840 de | Artículo 32: No se devolverá al solicitante de refugio a otro país, sea o no de origen, donde su vida, libertad e integridad |

⁸⁵⁶ MANLY, Mark. “La consagración del asilo como un derecho humano: Análisis Comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. *El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina*. Argentina: ACNUR, 2003.

⁸⁵⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit., párraf. 211.

⁸⁵⁸ Información obtenida de la base de datos legal disponible en la página web del ACNUR.

| | | |
|-------------|---|--|
| | 2013 | personal peligro por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. |
| Ecuador | Ley de Movilidad Humana de 2017 | Artículo 2: La persona no podrá ser devuelta o expulsada a otro país, sea o no el de origen, en el que sus derechos a la vida, libertad o integridad y la de sus familiares corran el riesgo de ser vulnerados a causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, género, orientación sexual, pertenencia a determinado grupo social, opiniones políticas, o cuando haya razones fundadas que estaría en peligro de ser sometida a graves violaciones de derechos humanos de conformidad con esta Ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. |
| Guatemala | Código de Migración de 2016 | Artículo 46: Si se deniega el reconocimiento de estatuto de refugiado o asilado, la persona no podrá ser devuelta al país donde exista razón fundada de poner en grave peligro su vida, su integridad física y su libertad. El Estado de Guatemala, previo a la devolución, garantizará que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha sido puesta en conocimiento de la situación de la persona. |
| Honduras | Decreto N° 208-2003, Ley de Migración y Extranjería de 2004 | Artículo 44: En ningún caso se obligará a una persona o grupo de personas que se encuentren en cualquiera de las situaciones consignadas en el Artículo 42 de esta Ley a retornar al país donde sus derechos se sientan amenazados. Tampoco se devolverán quien solicite refugio o al refugiado, ya sea desde la frontera, puerto o aeropuerto, o una vez que haya ingresado al territorio nacional. |
| México | Ley sobre refugiados y protección complementaria de 2011 | Artículo 6: El extranjero al que se le otorgue protección complementaria no podrá ser devuelto al territorio de otro país donde su vida peligre o en donde existan razones fundadas para considerar que estaría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. |
| El Salvador | Decreto N° 918 de 2002 | Artículo 46: La persona refugiada no puede ser expulsada o devuelta a otro país, sea o no de su origen, donde su derecho a la vida, integridad personal, libertad y seguridad estén en riesgo de violación por causa de su raza o etnia, género, religión o credo, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, por sus opiniones políticas, por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado el orden público |
| Uruguay | Ley N° 18076, Ley del estatuto del refugiado de 2006 | Artículo 13: Toda autoridad pública se abstendrá de devolver, expulsar, extraditar o aplicar cualquier otra medida que implique el retorno del solicitante o refugiado a las fronteras del país donde su vida, integridad física, moral e intelectual, libertad o seguridad estén en peligro. |

Por el contrario, países como Perú, Argentina, Costa Rica, Chile, BÉlice, Paraguay, Venezuela y Nicaragua, sí mantienen en su normativa interna las excepciones al derecho a la no devolución enunciadas en el artículo 33(2) de la Convención de 1951. Por citar un ejemplo, en el artículo 5(3) de la Ley N° 27891, Ley del Refugiado peruana, contempla que: “no puede invocar este derecho quien, por razones fundadas,

sea considerado un peligro o haya cometido un delito grave fuera y antes de ingresar al Perú, y constituya una amenaza para el orden público y la seguridad interna”.

En este sentido, considero que si bien en las declaraciones vinculadas con la protección de los derechos humanos de las personas refugiadas, como la misma Declaración de Cartagena de 1984, los Estados de nuestra región reconocen el derecho a la no devolución sin excepciones; lo cierto es que, en la legislación interna de por lo menos la mitad de los Estados latinoamericanos, este derecho se presenta con las excepciones de la Convención de 1951. Por lo que, no se puede afirmar que exista una práctica estatal uniforme en la región a fin de avanzar en el reconocimiento del derecho a la no devolución con carácter absoluto.

Cabe precisar que, en la Convención de la OUA de 1969, artículo 2(3), que consagra la prohibición de no devolución; se dispuso que “ninguna persona será sometida por un Estado miembro a medidas tales como la negativa de admisión en la frontera, la devolución o la expulsión que la obligarían a regresar o a permanecer en un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas por las razones enumeradas en los párrafos 1 y 2 del artículo 1”. De esta manera, en el sistema africano la no devolución no está sujeta a alguna excepción, pues en este artículo no se contempla alguna excepción y tampoco existe en el cuerpo de dicha Convención una cláusula que habilite la suspensión de este derecho.

Sin duda, tanto en el SIDH y en el sistema africano, notamos que los avances en el DIDH excluyen las excepciones de la Convención de 1951 al derecho a la no devolución. Por lo que, hay quienes señalan que “la no devolución en el contexto de los derechos humanos no tolera ninguna limitación o derogación”⁸⁵⁹. Lamentablemente, esta afirmación no es del todo acertada; pues, pese a que el

⁸⁵⁹ SIRELIHULAUTER, Pacht y Daniel BETHLEHEM. Óp. Cit., pp. 146.

artículo 22(8) de la CADH no contempla alguna limitación al derecho a la no devolución, como adelantamos, el artículo 27(1) de la CADH permite la suspensión de las garantías consagradas en la misma “en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte”.

Así, en el segundo párrafo del artículo 27(2) se excluyen algunos artículos de la CADH, que no podrán ser suspendidos bajo ninguna circunstancia. En dicho artículo no se recoge el artículo 22, que regula de manera general, el derecho a la libre circulación. De esta manera, el derecho a la no devolución podrá ser suspendido en las circunstancias excepcionales que plantea el artículo 27(1) de la CADH.

Aunque, la facultad del artículo 27 de la CADH no es irrestricta, pues es un precepto concebido sólo para situaciones excepcionales, y “autoriza solamente la suspensión de ciertos derechos y libertades, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación. Según la Corte IDH, las disposiciones que se adopten, además, no deben violar otras obligaciones internacionales del Estado Parte, ni deben entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”⁸⁶⁰.

Asimismo, del artículo 27(1), además, se deriva la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecúen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la CADH o derivados de ella⁸⁶¹. Así, en virtud del artículo 27(1), sólo se podrán suspender las obligaciones contraídas bajo la CADH siempre que se cumplan cinco requisitos: (i) que exista una amenaza excepcional; (ii) proporcionalidad entre las medidas adoptadas y la gravedad

⁸⁶⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87. El habeas corpus bajo suspensión de garantías (art. 27.2, 25.1, y 7.6). 30 de enero de 1987.

⁸⁶¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). 6 de octubre de 1987.

de la crisis; (iii) con limitaciones temporales y geográficas de la suspensión de las obligaciones; (iv) la compatibilidad con otras obligaciones internacionales; y, (v) que las medidas adoptadas no discriminen⁸⁶².

Aquí, podemos notar diferencias claras entre las excepciones al derecho a la no devolución establecidas en el artículo 33(2) de la Convención de 1951 y las establecidas en virtud del artículo 27(1) de la CADH. En principio, las causales son distintas: la Convención de 1951 permite la devolución de una persona cuando haya dudas razonables para considerar que sea un peligro para la seguridad del Estado donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal Estado. Por otro lado, la CADH sólo permite la suspensión del derecho a la no devolución cuando haya una guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado.

Por otro lado, la valoración del riesgo es diferente. Mientras que las limitaciones al derecho a la no devolución reguladas en la Convención de 1951, involucran una valoración individual, focalizadas en evaluar ciertas circunstancias que concurren en la persona que podría ser sujeta a una medida de devolución o expulsión. Sin embargo, las circunstancias excepcionales que habilitan la suspensión del derecho a la no devolución deben afectar a toda la población, a la totalidad de territorio o una parte del mismo y constituir una amenaza a la vida organizada de la sociedad; y, debe de ser excepcional en el sentido que las restricciones permitidas por la CADH, para mantener el orden público, la salud o la seguridad pública resulten manifiestamente insuficientes⁸⁶³.

⁸⁶² RAMÍREZ HUERTA, Gabriela. "Capítulo IV: Suspensión de Garantías, Interpretación y Aplicación". Christian STEINER y Patricia URIBE (Coord.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. México: 2014, Konrad Adenauer Stiftung.

⁸⁶³ *Ibidem*, pp. 680.

Adicionalmente, apreciamos que las distingue la naturaleza del peligro. La excepción de seguridad nacional y de amenaza para la comunidad mencionadas en la Convención de 1951 involucran un peligro futuro y potencial; ya que, mientras el comportamiento pasado tendrá importancia para fines de esta valoración, la consideración pertinente será si hay un peligro para la comunidad y para la seguridad en el futuro⁸⁶⁴. Por el contrario, el peligro que involucra las circunstancias excepcionales del artículo 27(1) de la CADH, debe de ser actual o al menos inminente, en cuanto a sus efectos, la situación debe afectar a toda la población, a la totalidad de territorio o una parte del mismo; y, constituir una amenaza a la vida organizada de la sociedad⁸⁶⁵.

Entonces, en nuestra opinión, es más complejo satisfacer el umbral de las excepciones al derecho a la no devolución del artículo 27(1) de la CADH; toda vez que, el estándar es más alto, pues implica la valoración colectiva del riesgo, la naturaleza del peligro debe ser actual o por lo menos inminente y se tienen que cumplir algunos requisitos específicos para aplicarlas. Por el contrario, en las excepciones de la Convención de 1951 existe mucho espacio para la discrecionalidad de los Estados, lo cual puede traducirse en la utilización arbitraria de las excepciones del artículo 33(2) de la Convención de 1951.

b.2. Diferencias con las “garantías diplomáticas”

A diferencia de la CADH y de la Convención de 1951, en el CEDH, el derecho a la no devolución se deriva implícitamente de la prohibición de tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes del artículo 3 del CEDH. Este derecho es absoluto, pues no admite excepciones. Así, en el *asunto Husayn (Abu Zubaydah) contra Polonia*, el TEDH conoció el caso de Abu Zubaydah, quien fue arrestado en Pakistán por agentes

⁸⁶⁴ SIRELIHULAUTER, Pacht y Daniel BETHLEHEM. Óp. Cit., pp. 154.

⁸⁶⁵ RAMÍREZ HUERTA, Gabriela. Óp. Cit., pp. 680. CIDH. Informe Anual de la CIDH de 1985-1986, pp. 177-178.

norteamericanos en marzo de 2002. Se sospechaba que él era uno de los hombres más importantes de Al Qaeda y que desempeñó un papel preponderante en la planificación del atentado a las Torres Gemelas en EE.UU.

En la fecha de la sentencia del TEDH, Abu Zubaydah se encontraba detenido en Guantánamo sin haber sido sometido a juicio⁸⁶⁶. En esta sentencia, el TEDH reafirmó la naturaleza absoluta e inderogable del artículo 3 del CEDH, incluso frente a eventos de emergencia pública, crimen organizado y terrorismo, apuntando que:

“[...] Unlike most of the substantive clauses of the Convention, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation. [...] Even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the conduct of the person concerned”⁸⁶⁷.

En este sentido, la protección del artículo 3 del CEDH es más amplia que la proporcionada por el artículo 33 de la Convención de 1951 y el artículo 22(8) de la CADH, ya que no tiene en cuenta las posibles actividades de la persona afectada, por muy peligrosas que puedan ser⁸⁶⁸. Esta postura, a su vez, es reconocida por los Estados miembros de la UE, quienes adoptaron la Convención Europea sobre la Prevención del Terrorismo⁸⁶⁹, en cuyo artículo 21(2), se dispone que “[n]inguna disposición del presente Convenio se interpretará en el sentido de que implique una obligación de extraditar si la persona objeto de la demanda de extradición corre el riesgo de quedar expuesta a la tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

⁸⁶⁶ TEDH. Asunto Husayn (Abu Zubaydah) contra Polonia. Demanda 7511/13. Sentencia del 16 de febrero de 2015, párrafos 55-311.

⁸⁶⁷ *Ibidem*, párraf. 499. En el mismo sentido: TEDH. Asunto Al Nashiri contra Polonia. Demanda 28761/11. Sentencia del 16 de febrero de 2015. TEDH. Asunto Muminov contra Rusia. Demanda 42502/06. Sentencia de 11 de diciembre de 2008.

⁸⁶⁸ CLARO QUINTÁNS, Irene. “¿Existe el limbo? El caso de los solicitantes de asilo que representan una amenaza para la comunidad”. *VI Encuentro Internacional de Investigadores en Derecho de Inmigración y Asilo*. Valencia, 14 y 15 de junio de 2012.

⁸⁶⁹ U.E. Convenio del Consejo de la Unión Europea para la prevención del terrorismo. Adoptado en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

En tanto que la protección en virtud del artículo 3 del CEDH implica que los Estados mantengan en su territorio a personas peligrosas, a nivel europeo, se han ensayado dos fórmulas para expulsarlas sin transgredir el CEDH o el DIR. La primera de ellas, es el principio del tercer país seguro, al que hemos hecho referencia anteriormente. La segunda fórmula, son las “garantías diplomáticas” establecidas en el artículo 21(3) de la Convención Europea sobre la Prevención del Terrorismo, del siguiente modo:

“Ninguna disposición del presente Convenio se interpretará en el sentido de que implique una obligación de extraditar si la persona objeto de la demanda de extradición corre el riesgo de que se le imponga la pena de muerte o, cuando la ley de la Parte requerida no permita la pena privativa de libertad a perpetuidad, de que se le imponga la pena privativa de libertad a perpetuidad sin posibilidad de remisión de la pena, **a menos que la Parte requerida tenga la obligación de extraditar conforme a los tratados de extradición aplicables, si la Parte requirente proporciona garantías consideradas suficientes por la Parte requerida de que no se impondrá la pena capital o, en el caso de que se imponga, la misma no será ejecutada, o de que la persona afectada no será sometida a una pena privativa de libertad a perpetuidad sin posibilidad de remisión de la pena**”. (Resaltado añadido)

Las denominadas “garantías diplomáticas” a las que se refiere este artículo, son acuerdos, normalmente bilaterales, que pretenden garantizar que una persona que debe ser trasladada a otro Estado, no será sometida a tortura o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁸⁷⁰; como la pena de muerte, o a cadena perpetua sin posibilidad de remisión de la pena.

En el *asunto Muminov contra Rusia*, el TEDH advierte que estas garantías no eximían al gobierno ruso “de la obligación de examinar si tales garantías ofrecían, en términos prácticos, una garantía suficiente de que el demandante estaría protegido contra el riesgo del comportamiento prohibido por el CEDH [...] El peso que debe darse a las garantías que ofrece el Estado receptor depende, en cada caso, de las circunstancias que se obtengan en el momento del traslado”⁸⁷¹.

⁸⁷⁰ CLARO QUINTÁNS, Irene. Óp. Cit., pp. 6.

⁸⁷¹ Traducción libre. TEDH. *Asunto Muminov contra Rusia*. Óp. Cit., párraf. 97.

En ese asunto, el TEDH duda del valor que puedan tener las supuestas “garantías diplomáticas” de que el demandante no sería torturado, pues no hay medios objetivos de control de su cumplimiento⁸⁷². A esto, en el *asunto Ryabikin contra Rusia*, añadió que “las garantías diplomáticas en sí mismas no son suficientes para garantizar una protección adecuada contra el riesgo de malos tratos, cuando fuentes confiables informan prácticas constantes o toleradas por las autoridades que son manifiestamente contrarias a los principios del Convenio”⁸⁷³.

De esta manera, es cuestionable que con las “garantías diplomáticas” se pretende proteger a una persona en un contexto en el que existen dudas o sospechas razonables (quizás incluso certezas) que se practican torturas o malos tratos⁸⁷⁴. A pesar de ello, además del Comité de Derechos Humanos en la reciente Observación General N° 36⁸⁷⁵, en el informe del ACNUDH de 2006, se admite la licitud de estas “garantías diplomáticas” bajo ciertas condiciones.

En primer lugar, para el ACNUDH debe suprimirse cualquier posible duda acerca del riesgo de tortura por parte del Estado de destino. En segundo lugar, antes de proceder al traslado de la persona tiene que existir un mecanismo de control efectivo del cumplimiento de las garantías, acordado entre el Estado que expulsa y el que recibe⁸⁷⁶. Por su parte, el ACNUR también reconoce la licitud de estas garantías en los mismos términos referidos por el ACNUDH, agregando que:

“Si las garantías que se establecieron no cumplen los requisitos para considerarse como adecuadas y confiables y, por consiguiente, no eliminan en forma efectiva un peligro de persecución que se diera como resultado del traslado de un refugiado al país en cuestión, la deportación forzosa a ese país no

⁸⁷² *Ibidem*.

⁸⁷³ TEDH. *Asunto Ryabikin contra Rusia*. Demanda N° 8320/04. Sentencia de 19 de setiembre de 2008, párraf. 119.

⁸⁷⁴ FORNARI, Matteo. “Garantías diplomáticas y lucha contra el terrorismo internacional”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 23, 2007, pp. 389-406.

⁸⁷⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS HUMANOS. General Comment N° 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life. *Op. Cit.*, párraf. 30.

⁸⁷⁶ Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, UN Doc.E/CN.4/2006/94, 16 de febrero de 2006. Citado por CLARO QUINTÁNS, Irene. *Op. Cit.*, pp. 7.

estará amparado por el artículo 32. En tales casos, la expulsión de un refugiado se realizará de acuerdo con las obligaciones del país de acogida con el derecho internacional de los refugiados, únicamente si el individuo cumple con una de las excepciones del principio de no devolución establecidas en el artículo 33 (2) de la Convención de 1951⁸⁷⁷.

En efecto, si bien se admite la licitud de las “garantías diplomáticas” como una alternativa para expulsar o devolver personas a territorios, estas garantías se revelan totalmente ineficaces en la medida en que carecen de controles efectivos⁸⁷⁸. Precisamente, el Relator Especial sobre la Tortura, en su informe del 2005, habiendo observado la práctica de diversos Estados en casos relativos al uso de las garantías diplomáticas, concluyó que “los mecanismos de seguimiento posterior a la devolución *contribuyen poco* a reducir el riesgo de tortura y *han resultado ineficaces* para salvaguardar de la tortura y como mecanismo de rendición de cuentas⁸⁷⁹. Por tanto, no sería recomendable recurrir a este mecanismo.

A mi criterio, desde el derecho a la no devolución, las denominadas “garantías diplomáticas” no son admisibles; ya que, sea un procedimiento de extradición o de expulsión de un refugiado o solicitante de refugio (en el DIR) o de cualquier extranjero (en la CADH y en el CEDH), las únicas causales habilitantes para no aplicar el derecho a la no devolución están expresamente estipuladas en la Convención de 1951 y en la CADH, o en el caso del CEDH, este derecho es absoluto.

Sin perjuicio de ello, en caso que la persona materia del procedimiento de extradición o expulsión calce en alguna de las excepciones al derecho a la no devolución; y, por ende, se autorice su extradición o expulsión, pueden solicitarse “garantías diplomáticas” con los requisitos mencionados por el ACNUDH y el ACNUR, a fin de garantizar que no será sometida a tratos que afecten su derecho a la vida, libertad,

⁸⁷⁷ ACNUR. Nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección internacional de los refugiados. Ginebra: 2006, ACNUR, párraf. 34.

⁸⁷⁸ FORNARI, Matteo. Óp. Cit., pp. 405.

⁸⁷⁹ ONU. Relator Especial sobre la Tortura. Informe sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. 30 de agosto de 2005.

integridad y a la prohibición de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

En suma, a lo largo del presente capítulo se ha logrado comprender cuatro estándares jurídicos para garantizar el derecho a la no devolución, los cuales representan verdaderas obligaciones exigibles a los Estados parte de la CADH, cuyo alcance y contenido hemos podido conocer y comprender desde el aporte de los órganos jurisdiccionales del SEDH y de SIDH y de algunos de los órganos de control la ONU. Según lo adelantamos, este no es un catálogo cerrado o taxativo; por el contrario, estará abierto a los avances que se logren en la protección internacional en materia de no devolución.

Así, en primer lugar comprendimos que el derecho a la no devolución es capaz de derribar una de las más grandes barreras a la que se enfrentan las personas en el contexto de movilidad humana forzada; como lo es, la entrada y permanencia legal en el territorio de un Estado de acogida. De ahí que, se conciba no sólo como un límite a la facultad de expulsión de los Estados, sino también como una limitación a la facultad de los Estados para fijar sus políticas migratorias, en las que se encuentran las medidas de control de ingreso y permanencia de extranjeros.

Asimismo, estudiamos que el derecho a la no devolución se relaciona intrínsecamente con el derecho al debido proceso; ya que, a fin de garantizar el derecho a la no devolución, se requiere necesariamente un procedimiento en el cual se evalúe el riesgo de devolución. De esta manera, hemos examinado dos obligaciones de carácter procedimental que se derivan de esta relación: (i) la obligación de iniciar un procedimiento de devolución que respete las garantías mínimas del debido proceso, (ii) en dicho procedimiento se tiene que analizar las circunstancias generales del

Estado de envío y las circunstancias personales a fin de determinar el riesgo real, personas y previsible de devolución.

Finalmente, el derecho a la no devolución no es un concepto que pretende ser utilizado con el fin de que algunas personas puedan evadir a la justicia de su Estado de origen o del Estado de acogida, por lo que existen alternativas válidas para devolver a solicitantes de refugio, refugiados o extranjeros. No obstante, debido a que el derecho a la no devolución tiene una finalidad humanitaria y sirve como una herramienta para garantizar otros derechos humanos, hemos examinado que los Estados deben observar una serie de directrices y criterios para aplicar las alternativas para devolver que el DI admite.



CONCLUSIONES

1. A lo largo de los últimos setenta años, el principio de no devolución o *non-refoulement* ha dejado de ser un principio exclusivo de un campo del DI, como es el DIR; y se ha convertido en un principio vital para garantizar el goce de los derechos humanos más básicos, como lo es la vida, la libertad, y la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así, este principio debe su nacimiento y cristalización a la Convención de 1951. Sin embargo, unos años después, frente a la necesidad de garantizar la protección de otros derechos humanos y de extender su titularidad, se incluyó expresamente en la CAT y en la CADH; y, luego, vía interpretación, se incorporó como parte de las garantías que ofrece el CEDH y el PIDCP.
2. De este modo, el proceso de evolución del principio de no devolución da como resultado que, este principio no es único. Por el contrario, actualmente, en el DI co-existen el principio de no devolución de los refugiados, derivado del artículo 33 de la Convención de 1951, el derecho a la no devolución derivado del artículo 3 de la CAT, del artículo 3 del CEDH y del artículo 7 del PIDCP (denominado “derecho a la no devolución causal”); y, el derecho a la no devolución ampliado que se desprende del proceso de “regionalización del principio de no devolución”.
3. El principio de no devolución de los refugiados tiene unos componentes básicos que operan como mínimos y con carácter complementario. Así, este principio vincula a los Estados partes de la Convención de 1951 y de su Protocolo de 1967, por actos de agentes estatales o de agentes no estatales. Beneficia sólo a los refugiados por persecución del artículo 1A(2) de la Convención de 1951, cuya vida o libertad se encuentren en peligro a causa de su raza, religión,

nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. De la redacción del artículo 33(1) de la Convención, también se verifica que este principio comprende un comportamiento prohibido amplio, pues abarca la devolución o expulsión, deportación, rechazo en frontera, la extradición, etc. Finalmente, abarca la protección contra la devolución indirecta, que se da cuando se expulsa a un tercer Estado en circunstancias donde existe un riesgo que la persona expulsada pueda ser enviada al Estado donde su vida o libertad estarían en riesgo.

4. Desde la aprobación de la CAT hay evidencias de la intención de los Estados de ampliar su alcance y contenido. Ello debido a que, en la Convención de 1951 el principio de no devolución se limita a los refugiados por persecución, el riesgo se circunscribe a que la persona pueda probar fundados temores a sufrir persecución; y, a los derechos a la vida y a la libertad, dejando de lado a las nuevas categorías de refugiados y a la protección de otros derechos fundamentales. Frente a estas limitaciones, a nivel universal, la CAT apareció como una respuesta a aquellas devoluciones que no entraban dentro del alcance de la prohibición de la Convención de 1951. Así, extendió el ámbito personal y objetivo, pues se aplica a cualquier persona y se evalúa si existen razones fundadas para creer que la persona estaría en peligro de ser sometido a tortura si se procediese a su expulsión, devolución o extradición a otro Estado.
5. Pese a ello, es innegable la trascendencia del principio de no devolución de los refugiados que se refleja, por un lado, en que este principio ha adquirido la naturaleza de una norma consuetudinaria, por lo que, obliga a todos los Estados sean o no parte de la Convención de 1951 o de su Protocolo de 1967. Es decir, tiene un alcance de protección universal. Si bien, existen quienes alegan que, además de ello, es una norma de *ius cogens*, la formulación de este principio en

el artículo 33 de la Convención de 1951 niega esta postura; pues puede ser inobservado si ocurre alguna de las situaciones a la que se refiere el numeral 2 del artículo 33 de la Convención de 1951. Por tanto, no existe la *opinio iuris cogentis*, la cual, según la doctrina y la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, coinciden en que deben presentarse en una norma para que tenga el carácter de norma de *ius cogens*.

6. Esta transcendencia del principio de no devolución, también se verifica en el derecho a la no devolución causal derivado de la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En este contexto, el derecho a la no devolución causal asume dos características de esta prohibición. Por un lado, también se presenta como una norma de derecho consuetudinario, extendiendo su aplicación a nivel universal. Por otro lado, y a diferencia del principio de no devolución de los refugiados, aquí sí cuenta con la naturaleza de norma de *ius cogens*, derivada de la naturaleza de *ius cogens* de la prohibición de tortura y de los tratos o penas, crueles, inhumanos o degradantes. Ambas características del derecho a la no devolución causal, son reconocidas expresamente por el Comité contra la Tortura, Observación General N° 4(2017); y, por el Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 36 (2018).

En ese sentido, el derecho a la no devolución causal consiste en la protección contra la expulsión, devolución o la extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura, trato o penas crueles, inhumanos o degradantes.

7. Pese a estos avances, siguen permaneciendo circunstancias no previstas por el principio de no devolución de los refugiados y el derecho a la no devolución causal, como la posibilidad de que alcance la protección a otros derechos

fundamentales. Frente a ello, del proceso de “regionalización del principio de no devolución” se deduce el “derecho a la no devolución ampliado”. Este derecho fortalece la necesidad de ampliar el alcance personal del principio, de modo que se incluya a todos los extranjeros sin ninguna distinción. Además, aquí se añade el riesgo al derecho a la salud como un componente para alegar la protección de este derecho. Finalmente, consolida el criterio de un alcance extraterritorial y de prohibiciones de expulsiones colectivas, ambos analizados ampliamente por el TEDH en el *asunto Hirsi Jamaa contra Italia* de 2012.

8. No obstante, notamos que el derecho a la no devolución ampliado difiere dependiendo de la región, sea latinoamericana o europea; en tanto que: (i) en nuestra región ha alcanzado la naturaleza de un derecho humano autónomo. (ii) Se incluye como titulares del derecho a las personas que califiquen como refugiados por las causas enunciadas en la Declaración de Cartagena de 1984 y en la Convención de la OUA de 1969. (iii) Se han ampliado las causas que ponen en riesgo la vida o libertad, para incluir a la violencia generalizada, o violaciones masivas a los derechos humanos, la agresión extranjera, los conflictos internos, u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Por otro lado, el derecho a la no devolución ampliado de la región europea, a partir de la sentencia del TEDH en el *asunto M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, en el *asunto S.H.H. contra Reino Unido*, y en el *asunto Sufi y Elmi contra el Reino Unido*; estaría camino a incluir el riesgo a otros DESC (referidos a las condiciones de vida generales en el país de destino), para justificar la no devolución, siempre que concurren circunstancias excepcionales y una especial vulnerabilidad de la persona. Aunque, reconocemos que este camino aún no es claro y no se ha consolidado en la jurisprudencia del TEDH.

9. Ahora bien, la inserción de algunos grupos en situación de especial vulnerabilidad como titulares del derecho a la no devolución ha transcurrido tres caminos: (1) En principio, estos grupos para ser beneficiarios del derecho a la no devolución, han requerido cumplir con los requisitos de la definición de refugiado de la Convención de 1951, para ello las directrices y guías que ha emitido el ACNUR han sido esenciales. (2) En segundo lugar, en el marco de procedimientos de calificación de refugio, se ha tenido que reconocerles una protección específica de acuerdo a sus necesidades, aquí la normativa comunitaria europea ha aportado notablemente mediante la Directiva 2013/33/UE⁸⁸⁰, la Directiva 2008/115/CE⁸⁸¹, Directiva 2013/32/UE⁸⁸² y la Directiva 2011/95/UE⁸⁸³. (3) En tercer lugar, el contenido del derecho a la no devolución se ha reforzado para servir como una herramienta adicional de la protección de los derechos humanos específicos que gozan estas personas; esto ha ocurrido gracias a las observaciones y recomendaciones generales de los órganos de control de la ONU y algunos pronunciamientos del TEDH y de la CIDH y la Corte IDH.
10. En relación a la incorporación al estatuto de los refugiados de los niños y niñas, separados o no acompañados, de las mujeres, de las víctimas de la trata de personas, y de las personas con discapacidad; principalmente, ha girado en torno al reconocimiento de formas de persecución no habituales. De esta manera, se han incluido algunas formas de persecución infantil, formas graves de discriminación contra la mujer, incluyendo la violencia de género, la persecución específica que pueden sufrir las víctimas de la trata de personas y la persecución por discapacidad; a fin atender a las circunstancias particulares y diferenciadas que enfrentan estas personas en el contexto de la movilidad

⁸⁸⁰ Directiva sobre condiciones de acogida.

⁸⁸¹ Directiva sobre retorno.

⁸⁸² Directiva sobre procedimientos de asilo.

⁸⁸³ Directiva sobre requisitos para el reconocimiento de protección internacional.

humana forzada, debido a la discriminación estructural e interseccional que enfrentan y que los obligan a huir.

- 11.** Lo anterior ha permitido reforzar el contenido del derecho a la no devolución bajo la titularidad de las personas en situación de especial vulnerabilidad: niños y niñas, no acompañados o separados, mujeres, víctimas de la trata de personas y personas con discapacidad. En todos estos casos, el derecho a la no devolución se presenta con un contenido reforzado, debido a tres razones: (i) Se añaden los riesgos específicos que pueden enfrentar estos grupos en caso sean devueltos a su Estado de origen. (ii) La evaluación de riesgo debe efectuarse teniendo en cuenta la edad, el género, la discapacidad, el origen étnico, la diversidad, y cualquier otro factor que contribuya a aumentar la vulnerabilidad de la persona. (iii) Todos los componentes del derecho a la no devolución deben interpretarse teniendo en cuenta los instrumentos internacionales que protegen de manera específica a estas personas, como la CDN, la CEDAW, la CDPD; y, los pronunciamientos de sus órganos de control y de los organismos que se encargan de garantizar su protección, como el ACNUDH y el ACNUR.
- 12.** En este sentido, el contenido reforzado del derecho a la no devolución de titularidad de los niños, niñas no acompañados o separados se manifiesta como una protección adicional que se extiende a otro tipo de graves violaciones a sus derechos humanos, entendidos y analizados con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia CDN, que hace de la determinación del interés superior rodeada de las debidas garantías, un aspecto central al adoptar cualquier decisión que concierne a la niña o al niño. Así, por ejemplo, según el Comité de los Derechos del Niño⁸⁸⁴ se incluye riesgos de reclutamiento de menores para las fuerzas armadas, no solo a título

⁸⁸⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 6 (2006), párraf. 26.

de combatiente, sino también con la finalidad de ofrecer servicios sexuales a los miembros de las fuerzas armadas, o si existe peligro real de participación directa o indirecta en las hostilidades, sea como combatiente o realizando cualesquiera otras funciones militares.

- 13.** Asimismo, el contenido reforzado del derecho a la no devolución de titularidad de las mujeres, consiste en la obligación de garantizar que ninguna mujer sea expulsada o devuelta a otro Estado en el que su vida, su integridad física, su libertad y su seguridad personal se verían amenazadas o en el que estaría en riesgo de ser objeto de formas graves de discriminación, incluidas formas graves de persecución o violencia por razón de género; las cuales podrían calificar, inclusive, como tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Así, se incluyen, por ejemplo, según el Comité CEDAW⁸⁸⁵, riesgos de sufrir MGF, la trata de mujeres, los ataques con ácido, la violación y otras formas de agresión sexual, las formas graves de violencia doméstica, la imposición de la pena capital u otras penas físicas contempladas en los sistemas de justicia discriminatorios, la esterilización forzada, la persecución política o religiosa por manifestar opiniones feministas, entre otros.
- 14.** Igualmente, el contenido reforzado del derecho a la no devolución de titularidad de las víctimas de la trata de personas, consiste en la obligación de garantizar que ninguna víctima de la trata, sea devuelta o expulsada, cuando haya motivos razonables para llegar a la conclusión de que la expulsión o devolución constituiría un riesgo de sufrir daños, por intimidación, represalias o de revictimización de trata; los cuales inclusive pueden calificar como tortura, trato o pena cruel, inhumano o degradante. Esta obligación tiene, inclusive, un

⁸⁸⁵ COMITÉ CEDAW. Recomendación General N° 32 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres. Óp. Cit, párraf. 15.

reconocimiento expreso en la Convención Europea contra la Trata de Seres Humanos y en los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas emitidos por el ACNURD el 2010.

- 15.** Por último, el contenido reforzado del derecho a la no devolución de titularidad de las personas con discapacidad, consiste en la obligación de no devolver o expulsar a personas con discapacidad a su país de origen o residencia, si razonablemente se puede asumir que estarán expuestos a actos de violencia, explotación y abuso, o actos que atenten contra la integridad física, de que son objeto exclusivamente o de manera desproporcionada las personas con discapacidad; los cuales, inclusive, pueden calificar como tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Como ejemplos de estos actos cometidos contra las personas con discapacidad, el Comité CDPD⁸⁸⁶ recoge los siguientes: separación de niños con discapacidad de su familia e internamiento forzoso en instituciones; privación de libertad; administración forzosa de tratamientos a las personas con discapacidad, tanto dentro como fuera de los centros de salud mental, entre otros.
- 16.** Ahora bien, en el marco del derecho a la no devolución son exigibles al Estado de acogida, algunas obligaciones específicas, pues “no basta con que los Estados se abstengan de incurrir en una violación de dicho [derecho] sino que es imperativa la adopción de medidas positivas”⁸⁸⁷. En este sentido, hemos identificado que los Estados deben respetar: (a) el derecho a entrar y residir en su territorio mientras, como mínimo, dure el riesgo si es que no se otorga protección internacional. (b) la obligación de iniciar un procedimiento para evaluar el riesgo de devolución que respete las garantías mínimas del debido

⁸⁸⁶ COMITÉ CDPD. Observación General N° 6 (2018), sobre la igualdad y la no discriminación. Óp. Cit., párraf. 56.

⁸⁸⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit., párraf. 235.

proceso. (c) la obligación de evaluar las circunstancias generales del Estado de envío y las circunstancias personales de la persona, a fin de determinar el riesgo real, personal y previsible de devolución. (d) la obligación de seguir las directrices para aplicar el principio de tercer país seguro y los criterios para aplicar las excepciones al derecho a la no devolución de la Convención de 1951.

17. Estas obligaciones que se derivan implícitamente del derecho a la no devolución, también, deben atender a las circunstancias particulares de las personas en situación de especial vulnerabilidad. De esta manera, deben interpretarse con un enfoque de edad, género, discapacidad, diversidad, y cualquier otro factor que aumente la vulnerabilidad de estas personas. Bajo este contexto, estas obligaciones complementan el contenido reforzado del derecho a la no devolución de titularidad de estos grupos. Por ejemplo, las garantías del debido proceso que involucre personas con discapacidad, deberán adaptarse para cumplir con la obligación de ajuste razonable que establece la CDPD. O, por ejemplo, los procedimientos que involucren niños y niñas deberán siempre tener en consideración el interés superior del niño para tomar una decisión.

18. Finalmente, a modo de reflexión de cierre, me gustaría mencionar que soy consciente que, de acuerdo con el contexto actual de grandes flujos de movilidad forzada, el respeto a todos los derechos humanos es cuestionable. Precisamente, considero que una herramienta para garantizar el goce de los derechos humanos más básicos, es el respeto al derecho a la no devolución. En ese sentido, la presente investigación podrá contribuir en el esclarecimiento de las obligaciones que los Estados han asumido mediante la aprobación de una serie de instrumentos internacionales universales y regionales. No ha sido tampoco mi propósito sumar nuevas obligaciones a los Estados. Por el contrario, me he permitido formular estándares mínimos, los cuales pueden ser

eventualmente ampliados por la voluntad de los Estados. En los cuales, se ha visibilizado las situaciones de riesgo específico que enfrentan algunas personas en situación de especial vulnerabilidad, a fin de contribuir con disminuir la brecha entre la consagración formal de los derechos y el goce real de los mismos.



BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- ACHERMANN, Alberto y Mario GATTIKER
1995 "Safe third countries: European developments". *International Journal of Refugee Law*. 1995, Vol. 7, Nº 1, pp. 19-38.
- ALONSO SANZ, Lucía
2009 "El derecho al asilo de menores no acompañados: una propuesta de reguñación más segura". *UNED. Revista de Derecho Político*. 2009, Nº 74, pp. 215-260.
- ALLAIN, Jean
2002 "The jus cogens nature of *non-refoulement*". *International Journal of Refugee Law*, Vol 13, No. 4.
- ARLETTAZ, Fernando
2016 "Naturaleza y alcance del asilo en el sistema interamericano de derechos humanos". *Revista Ius et Praxis* 2016, Año 22, Nº 1, pp. 187-226.
- AÑÓN ROIG, María José
2010 "Autonomía de las mujeres: Una utopía paradójica". En *Los derechos humanos: La utopía de los excluidos*, editado por Miguel Ángel Ramiro y Patricia Cuenca, Madrid: Dykinson, 2010.
- ALEINIKOFF, Alexander
2010 "Las características protegidas y las percepciones sociales: un análisis del significado de pertenencia a un determinado grupo social". Erika FELLER y otros (Edit.) *Protección de los Refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional*. Barcelona: 2010, Icaria Editorial, pp. 290-342
- ASOMANI, Kofi
1994 "Análisis histórico de la situación de los refugiados en América Latina que propició la adopción de la Declaración de Cartagena de 1984 sobre Refugiados". *Diez años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados*. Memoria Coloquio Internacional organizado por el ACNUR, el Instituto Internacional de derechos humanos y el Gobierno de Costa Rica. San José: 1994, ACNUR.
- AUCLAIR, Isabelle
2017 "L'analyse intersectionnelle du continuum des violences en situation de refuge : les discriminations en emploi". *Recherches féministes*. 2017, Vol. 30, Nº 2, pp. 217-234.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen.
2014 "Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo". *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*. M. Carmen Barranco Avilés y Cristina Churruca Muguruza (Edit.). Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

- BERNHARDT, Rudolf y North-Holland (Cood.)
1985 Encyclopaedia of Public International Law. Amsterdam: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 1985, Vol. 8.
- BESSON, Samantha
2014 "La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme : l'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme". La vulnérabilité saisie par les juges en Europe. Paris: Pedone, 2014.
- BINKOVITZ, Isaac
2018 "State practice with respect to the safe third country concept: criteria for determining that a state offers effective protection for asylum seekers and refugees". *George Washington International Law Review*. 2018, Vol. 50, N° 3, pp. 581-612.
- BLANCO VIZARRETA, Cristina
2011 "Límites del Derecho Internacional de los Derechos Humanos frente a la facultad estatal de expulsar personas migrantes en situación irregular. Una perspectiva desde el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos". Tesis para optar por el título profesional de abogada. Lima: 2011, PUCP.
- BLANCO, Cristina y Chiara MARINELLI
2017 "Víctimas de trata de personas versus migrantes en situación irregular. Retos y lineamientos para la atención y protección de las víctimas de trata de personas extranjeras en el Perú". *Derecho PUCP*. N° 78, 2017, pp. 173-198.
- BOND, Jennifer.
2012 "Excluding Justice: The dangerous intersection between refugee claims, criminal law, and "guilty" asylum seekers". *International Journal of Refugee Law*, Vol. 24, No. 1.
- BOLLO AROCENA, María Dolores
2012 "Límites personales y materiales al derecho de los estados a la expulsión de extranjeros. Una visión desde el derecho internacional público". En *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*. País Vasco: Universidad del País Vasco.
- BRUIN, Rene y Kees, WOUTERS
2003 "Terrorism and the non derogability of *non-refoulement*". *International Journal of Refugee Law*, 2003. Vol 15, N° 21, pp. 6-29.
- CANTOR, David y Diana TRIMINÑO MORA
2015 "¿Una solución simple para los refugiados que huyen de la guerra? La definición ampliada de América Latina y su relación con el derecho internacional humanitario". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. XV, 2015, pp. 165-194.
- CASTILLO DAUDÍ, Mireya
2016 "Libertad de circulación y soberanía del Estado: posibles límites derivados de obligaciones de protección internacional". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. 2016, N° 31, pp. 1-44.
- CASTRO-RIAL GARRONE, Fanny

- 2001 “Los derechos de las personas en situación vulnerable: Mujeres, niños y inmigrantes”. Antonio BLANC (Edit.). *La protección Internacional de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*. Madrid: 2001, Tecnos.
- CARBÓ XALABARDER, Clara y Esther SANZ VILAR
2016 “Las devoluciones *en caliente*: ¿una respuesta deshumanizada?”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. Nº 34, pp. 373-381.
- 2009 CERIANI CERNADAS, Pablo. “La directiva de retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos”. *Anuario de Derechos Humanos*. 2009, Nº 5. pp. 85-94.
- CHARLESWORTH, Hilary y Christine CHINKIN
1993 “The Gender of the *Ius Cogens*”. *Human Rights Quarterly*. Vol nº 85, 1993, pp. 613-645.
- CHETAIL, Vicent
2014 “Are refugee rights human rights? An unorthodox questioning of the relations between Refugee Law and Human Rights Law”. Ruth RUBIO-MARÍN (Edit.). *Human Rights and Immigration*. Oxford: Oxford University Press, pp. 20-72.
- CHINEDU OKAFOR, Obiora y Pius LEKWUWA OKORONKWO
2003 “Re-configuring *Non-refoulement*? The Suresh Decision, ‘Security Relativism’, and the International Human Rights imperative”. *International Journal of Refugee Law*. Londres, Vol. 15, Nº 1, pp. 30-67
- CLAUDE, Inis
1994 *Swords Into Plowshares: The problems and Progress of International Organization*. New York: 1964, Random House Publisher.
- CLARO QUINTÁNS, Irene
2012 “¿Existe el limbo? El caso de los solicitantes de asilo que representan una amenaza para la comunidad”. *VI Encuentro Internacional de Investigadores en Derecho de Inmigración y Asilo*. Valencia, 14 y 15 de junio de 2012.
- CLAYTON, Gina
2008 “*Inmigration and Asylum Law*”. New York: Oxford University Press, Inc.
- CRAWLEY, Heaven
2000 “Gender, persecution and the concept of politics in the asylum determination process”. *Forced Migration Review*. Nº 9, pp. 17-20.
- CROCK, Mary, Laura SMITH-KHAN, Ron MCALLUM y Ben SAUL
2017 “The legal protection of refugees with disabilities. Forgotten and invisible?”. Londres: Edward Elgar Publishing Limited.
- CROCK, Mary, Christine ERNEST y Ron MCALLUM
2012 “Where Disability and Displacement Intersect: Asylum Seekers and Refugees with Disabilities”. *International Journal of Refugee Law*. 2012, Vol. 21, Nº 4, pp. 735-764.
- COPELON, Rhonda

- 1994 "Intimate terror: Understanding Domestic Violence as Torture". Rebecka Cook (Edit). *Human Rights of Women, National and International Perspectives*. Filadelfia: 1994, University of Pennsylvania Press, pp. 116-152.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia
2014 "Discapacidad, normalidad y derechos humanos". En Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos, editado por M. Carmen Barranco y Cristina Churruca, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- DE ASIS, Rafael
2015 "Lo razonable en el concepto de ajuste razonable". Elizabeth SALMÓN y Renata BREGAGLIO (Edits.) *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad*. Lima: 2015, IDEHPUCP, pp. 99-118.
- DEARDORFF, Julie
2001 "Mom wins asylum for son with autism". *Chicago Tribune*. 21 de febrero de 2001. Disponible en: <https://www.chicagotribune.com/news/ct-xpm-2001-02-21-0102210260-story.html>
- DEN HEIJER, Maarten
2008 "Whose rights and which rights? The continuing story of *Non Refoulement* under the European Convention on Human Rights". *European Journal of Migration & Law*. Vol. 10, N° 3.
- DEEPTI, Asthana
2011 "Gender Politics: Refugee Definition & the Safe Third Country Agreement". *The Georgetown Journal of Gender and The Law*. 2011, Vol. XX:1, pp. 1-42.
- DUFFY, Aoife.
2008 "Expulsion to Face Torture? *Non-refoulement* in International Law". *International Journal of Refugee Law*. Vol. 20.
- DE CASTRO SÁNCHEZ, Claribel.
2013 "Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH - Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa e.a. c. Italia, 27765/09. "Artículo 3 y 13 del CEDH; Artículo 4 del Protocolo N° 4 - Tortura y tratos inhumanos y degradantes - derecho a un recurso efectivo - prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros" *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013, Vol 46, N° 17.
- DOWD, Siobhan
1995 "Women and the World: The silencing of the Feminine". Julie PETERS y Andrea WOLPER (Edit.). *Women's Rights, International Feminist Perspective*. Nueva York: 1995, Routledge, pp. 317-323.
- ESTEVE, Francina
2015 "El rescate como nueva función europea en la vigilancia del mediterráneo". *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, pp. 153.-172.
- EDWARDS, Alice
2003 "Tampering with Refugee Protection: the case of Australia". *International Journal of Refugee Law*. 2003, Vol. 15, N° 2, pp. 192-211.
- 2006 "Refugee Status Determination in Africa". *African Journal of International and Comparative Law*, 2006, N° 204, pp. 221.

2010 “Las dimensiones de edad y género en el Derecho Internacional de los Refugiados”. Erika FELLER, Volker TÜRK y Frances NICHOLSON (Edit.). *Protección de los refugiados en el derecho internacional: Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional*. Barcelona: 2010, Icaria Editorial, pp. 50-89.

EGELMAN, Zoe

2018 “Punishment and protection, two sides of the same world: the problem of international criminal law under the Refugee Convention”. *Harvard International Law Journal*. 2018, Vol. 59, N° 2, pp. 461-498.

EZEQUIEL FILARDI, Marcos

(sin fecha) “Derecho de buscar y recibir asilo. Principio de no devolución. Garantías judiciales y protección judicial”. *Infojus – Sistema Argentino de Información Jurídica*, pp. 269-289.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo

1994 “Hacia un concepto jurídico amplio de refugiado”. *Refugiados, Derecho y Solidaridad*. Sevilla: 1994, Universidad de Sevilla.

FITZPATRICK, Joan M. (Edit.)

2002 “Human rights protection for refugees, asylum-seekers, and internally displaced persons: a guide to international mechanisms”. New York: TRANSNATIONAL PUBLISHERS, Inc.

FEITH TAN, Nikolas

2016 “The Status of Asylum Seekers and refugees in Indonesia”. *International Journal of Refugee Law*. 2016, Vol. 28, n° 3, pp. 365-383.

FORNARI, Matteo

2007 “Garantías diplomáticas y lucha contra el terrorismo internacional”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 23, 2007, pp. 389-406.

FOSTER, Michelle

2016 Responsibility sharing or shifting? “Safe” Third countries and International Law. *Refugee. Canada’s Journal on Refugees*. 2008, Vol. 25, N° 2, 64-78.

FLEGAR, Veronika

2016 “Vulnerability and the principle of *non-refoulement* in the European Court of Human Rights: Towards and increased scope of protection for persons fleeing from extreme poverty?” *Contemporary Readings in Law and Social Justice*. 2016, Vol. 8, N° 2, pp. 148-169.

GALINDO VÉLEZ, Francisco

2001 “Consideraciones sobre la determinación de la condición de refugiado”. *Derecho Internacional de los Refugiados*. Sandra Namihás (Coord.) Lima: 2001, Fondo Editorial PUCP.

GALLARDO SIGUAS, Alejandra

2018 *El enfoque interseccional como propuesta para una adecuada protección jurídica internacional de la niña en el marco de los conflictos armados*. Tesis para optar por el título profesional de abogada. Lima: Facultad de Derecho de la PUCP, 2018.

GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas y James C. HATHAWAY

2015 "Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence". *Columbia Journal of Transnational Law*. 2015, Nº 53, pp. 235-284.

GARRETÓN, Roberto.

1994 "El principio de no devolución". MEMORIA DEL COLOQUIO INTERNACIONAL. *10 años de la declaración de Cartagena sobre refugiados: declaración de San José sobre refugiados y personas desplazadas*. San José: IIDH-ACNUR.

GOMEZ, Graciela

1996 "China's Eugenics Law as Grounds for Granting Asylum,". *Pac. Rim. L. & Pol' y J.* Nº 563, 1996

GASTORN, Kennedy

2017 "Defining the imprecise contours of *Ius Cogens* in International Law". *Chinese Journal of International Law*. 2017, Vol. 16, Nº 4, pp. 643-662.

GEOF, Gilbert

2010 "Temas de actualidad en la aplicación de las cláusulas de exclusión". Erika FELLER y otros (Edit.) *Protección de los Refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional*. Barcelona: 2010, Icaria Editorial, pp. 468-528.

GIBB, Robert y Anthony GOOD

2013 "Do the facts speak for themselves? Country of origin information in French and British refugee status determination procedures". *International Journal of Refugee Law*. Vol. 25, Nº 2, pp. 291-322.

GIL-BAZO, María Teresa

1999 *The Right to Asylum as an Individual Human Right in International Law. Special Reference to European Law*. Ann Arbor: UMI, 1999.

2015 "The safe third country concept in international agreements on refugee protection. Assessing state practice". *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Vol. 33, Nº 1, pp. 44-77, pp. 33.

2015 "Refugee protection under International Human Rights Law: From Non-Refoulement to residence and citizenship". *Refugee Survey Quarterly*. Vol. 34, Nº 1, pp. 11-42.

GOODWIN-GIL, Guy S.

1986 "International Law and the Detention of Refugees and Asylum Seekers". *International Migration Review*, Vol XX, Nº 2. Nueva York.

GOODWIN-GILL, Guy S y Jane MCADAM

2007 "The refugee in International Law". Reino Unido: Oxford University Press.

GONZALEZ SETTLAGI, Rachel

2012 "Indirect *refoulement*: Challenging Canada's participation in the Canada-United States Safe Third Country Agreement". *Wisconsin International Law Journal*. 2012. Vol. 30, Nº 1, pp. 142-189.

GHAFFUR HAMID, Abdul y Shaban Abdul MAJEED PHIRI

2017 "Protecting asylum-seekers prior to determination of refugee status: reinterpreting the refugee convention and assessing contemporary state practice on Non-Refoulement". *IJUM Law Journal*. Tomo 25, N° 1, pp. 29-61.

GREENMAN, Kathryn.

2015 "A Castle Built on Sand? Article 3 ECHR and the Source of risk in Non-Refoulement obligations in International Law". *International Journal of Refugee Law*. Vol 27. N° 2, pp. 264-296

GROS ESPIELL, Héctor

1996 "Análisis jurídico comparativo de las legislaciones sobre asilo en América Latina y los instrumentos internacionales y regionales". INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Estudios básicos de derechos humanos*. Costa Rica.

1994 "La Declaración de Cartagena como fuente de derecho internacional de los refugiados en América Latina". *Diez años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados*. Memoria Cologquio Internacional organizado por el ACNUR, el Instituto Internacional de derechos humanos y el Gobierno de Costa Rica. San José: 1994, ACNUR.

HAMEED, Asif

2014 "Unravelling the mystery of *jus cogens* in International Law". *The British Yearbook of International Law*. 2014, Vol. 84, N° 1, pp. 52-102.

HANNKAINEN, Lauri

1988 "Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status". Helsinki: 1988, Lakimiesliiton Kustannus, Finnish Lawyers' Publishing Company.

HARLEY, Tristan

2014 "Regional cooperation and refugee protection in Latin America: A 'South.South' Approach". *International Journal of Refugee Law*. Londres, Vol. 26, N° 1, pp. 22-47.

HATHAWAY, James C

1991 *The Law of Refugee Status*. Toronto: 1991, Butterworhts.

HATHAWAY, James y Colin J. HARVEY

2011 "Framing Refugee Protection in the New World Disorder". *Cornell International Law Journal*. 2011, Vol. 34, pp. 257-319.

HAILBRONNER, Kay

1994 "Comments on: The Right to Leave, the Right to Return and the Question of a Right to Remain". GOWLLAND-DEBBAS, Vera (edit.). *The Problem of Refugees in The Light of Contemporary International Law Issues*. Springer, 1994.

HIGGINS, Rosalyn

1973 "The right in International Law of and individual to enter, stay in and leave a country". Royal Institute of International Affairs. 1973, Vol. 49, N° 3, pp. 341-357

HUNT, Matthew

2014 "The safe country of origin concept in European asylum law: part, present and future". *International Journal of Refugee Law*. Vol. 26, N° 4, pp. 500-535.

JULIEN-LAFERRIÈRE, Francois

1997 "Obstáculos para la entrada de solicitantes de asilo en Europa: el caso de Francia". *Migraciones*. N° 1, pp. 121-144.

KANTER, Arlene S., Blake CHISAM y Christopher NUGENT

2001 "The rights to asylum and need for legal representation of people with mental disabilities in immigration proceedings". *Mental and Physical Disability Law Reporter*. Vol. 25, N° 4, 2001, pp. 511-516.

KELLY, Nancy

1993 "Gender-Related persecution: Assessing the asylum claims of women". *Cornell Int'l L.J.* N° 26, 1993, pp. 625-674.

KNEIF, Amanda

2006 "Gender Bias in Asylum Law: Recognizing persecution against women and girls". *Women Lawyers Journal*. 2006, Vol. N° 92, pp. 1-7.

KÓCZÉ, Angéla

2011 "La stérilisation forcée des femmes roms dans l'Europe, d'aujourd'hui". *Genre, modernité et 'colonialité' du pouvoir. Cahier du genre*. 2011, N° 50, pp. 133-152. Disponible en: https://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=CDGE_050_0133

KRITZMAN-AMIR, Tally y Thomas Spijkerboer

2013 "On the morality and legality of borders: borders policies and asylum seekers". *Harvard Human Rights Journal*. 2013, Vol. 26, pp. 1-37.

LAZARUS HIRSCH, Asher y Nathan BELL

2017 "The Right to Have Rights as a Right to Enter: Addressing a Lacuna in the International Refugee Protection Regime". *Human Rights Review*. 2017, Vol. 18, pp. 417-437.

LEGOMSKY, Stephen

2003 "Secondary Refugee movements and the return of asylum seekers to third countries: the meaning of effective protection". *International Journal of Refugee*. 2003, Vol. 15, N° 4, pp. 567-677.

LOTT, F

1995 "La Protection des Réfugiés. Les instruments internationaux". *L'enfant réfugié. Quelle protection? Quelle assistance?*. Paris: 1995, Syros

LOPER, Kelley.

2010 "Human Rights, *Non-refoulement* and the Protection of Refugees in Hong Kong". *International Journal of Refugee Law*, Vol 22, N° 3. pp. 404-439.

LÓPEZ ULLA, Juan Manuel

2013 "Alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado: la obligación positiva de no dejarle en desamparo". *Teoría y Realidad Constitucional*. 2013, N° 3, pp. 481-497.

LLAIN ARENILLA, Shirley

2015 "Violations to the principle of *Non-Refoulement* under the Asylum Policy of the United States". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol XV, pp 283-322.

LLAIN ARENILLA, Shirley y Sara Patricia GUZMÁN SUÁREZ.

2014 "La protección internacional de los refugiados víctimas de trata de personas". *Revista de Derecho*. Barranquilla, 2014, N° 42, pp. 284-310.

MACINTOSH, Constance

2009 "Domestic violence and gender-based persecution: how refugee adjudicators judge women seeking refuge from spousal violence- and why reform is needed". *Refuge*. 2009, Vol N° 26, pp. 147-164.

MANFREDI, Martina Federica

2014 "Non-Refoulement, interception and push-back policies". *Cogito: Multidisciplinary Research Journal*. 2014, Vol. VI, N° 1, pp. 44-52.

MANLY, Mark

2003 "La consagración del asilo como un derecho humano: Análisis Comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos". *El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina*. Argentina: ACNUR, 2003.

MARTÍN ARRIBAS, Juan José

2002 "La protección de las mujeres refugiadas". Pablo FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (Edit.). *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*. Huelva: 2002, Universidad de Huelva, pp. 59-88.

MARSHALL, Julie, Helen BARRETT y Angelo EBENGO

2017 "La vulnerabilidad de los refugiados con discapacidades de comunicación ante la violencia sexual y de género: la evidencia de Ruanda" *Revista Migraciones Forzadas*. N° 55, 2017, pp. 74-76.

LAMAS, Marta (Compiladora)

1996 *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*. México: 1996, PUEG, pp. 265-302.

MENDIOLA HIDALGO, Mariana Cecilia

2017 "Movilidad Humana en tiempos de inseguridad ciudadana. Un análisis crítico sobre los procedimientos actuales de expulsión de personas en situación de movilidad en el Perú". Tesis para optar por el grado de Magíster en Derechos Humanos. Lima: 2017, PUCP.

M AMAYA-CASTRO, Juan.

2014. "International Refugees and Irregular Migrants: Caught in the Mundane Shadow of Crisis". *Netherlands Yearbook of International Law*, N° 44

MCADAM, Jane

2013 "Australia and Asylum Seekers". *International Journal of Refugee Law*. Londres, Vol. 25, N° 3, PP. 435-448.

2017 "The enduring relevance of the 1951 Refugee Convention". *International Journal of Refugee Law*. Vol. 29, N° 1, pp. 1-9.

MILLÁN MORO, Lucia

1990 La *Opinio Juris* en el Derecho Internacional Contemporáneo. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1990.

MIGUEL JUAN, Carmen

2016 Refugiadas: Una mirada feminista al Derecho Internacional. Madrid: 2016, Catarata.

MARINELLI, Chiara.

2015 “*La trata de personas en el derecho internacional de los derechos humanos un proceso de doble vía: de la esclavitud a la autonomía, de la represión penal a la protección de las víctimas*”. Tesis para optar por el grado de Abogada. Lima: 2015, Facultad de Derecho de la PUCP. Disponible en: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/6316>

MURILLO GONZÁLES, Juan Carlos

2004 “La importancia de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 al conmemorarse su veinte aniversario”. *Ponencia ante el Seminario Regional de la Asociación Internacional de Jueces de Derecho Internacional de Refugiados*. San José: 2004.

NDEGE, Yvone

2009 “The ‘genocide of Burundi’s albinos’”. *Al Jazeera English*. 25 de julio de 2009. Disponible en: <https://www.aljazeera.com/focus/2009/07/2009723740694359.html>.

JACKSON, Ivor

1991 “The 1951 Convention relating to the status of refugee: A universal basis of protection”. *International Journal of Refugee Law*. 1991, Vol. 3, Nº 3, pp. 411-412

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Carolina

2017 “La persecución de género en el derecho internacional de los refugiados: nuevas perspectivas”. *Revista electrónica de Estudios Internacionales*. 2017, Vol. 33, pp. 1-31.

KHAN, Fatima

2014 “The principle of Non-Refoulement”. Fatima KHAN y Tal SCHREIER (Edits.) *Refugee Law in South Africa*. Cape Town: 2014, Juta & Co, pp. 4-5.

RAMÍREZ HUERTA, Gabriela

2014 “Capítulo IV: Suspensión de Garantías, Interpretación y Aplicación”. Christian STEINER y Patricia URIBE (Coord.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. México: 2014, Konrad Adenauer Stiftung.

RAZACK, Sherene

1995 “Domestic violence as gender persecution: policing the borders of nation, race and gender”. *Canadian Journal of Women & the Law*. 1995, Vol Nº 8, pp. 45-88.

REILLY, Rechael

2010 “La discapacidad entre poblaciones refugiadas y afectadas por conflictos”. *Revista Migraciones Forzadas*. Nº 35, 2010, pp. 8-10.

REMIRO BROTONS, Antonio

- 2008 "Terrorismo internacional, principios agitados". *Ius et veritas*. 2008, N° 37, pp. 208-228.
- REYES MILK, Michelle
- 2009 El principio de inmunidad de los jefes de Estado en actividad frente a la comisión de crímenes internacionales. Tesis para obtener el Título profesional de Abogada. Lima: 2009, Facultad de Derecho de la PUCP.
- RUIZ DE SANTIAGO, Jaime
- 1999 "El Derecho Internacional de los Refugiados: Desarrollos en América Latina y sus Perspectivas en el Nuevo Milenio". *Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. 1999, N° 29, pp. 101-122.
- 2001 "Derechos Humanos, Derechos de Refugiados, evolución y convergencias". *Derecho Internacional de los Refugiados*. Lima: 2001, Fondo Editorial de la PUCP, pp. 6-40.
- RODGER HAINES, Q.C.
- 2010 "La persecución por motivos de género". Erika FELLER y otros (Edit.) *Protección de los Refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional*. Barcelona: 2010, Icaria Editorial, pp. 349-384.
- OBOOKATA, Tom
- 2006 Trafficking in human beings from a human rights perspective: Towards a holistic approach. Leiden: 2006, Martinus Nijhoff.
- O'DONNELL, Daniel
- 1988 Protección Internacional de los Derechos Humanos. 1988. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- ORAKHELASHVILI, Alexander
- 2008 Peremptory norms in International Law. Oxford: 2008, Oxford University Press.
- PALACIOS, Agustina
- 2015 "El modelo social de la discapacidad". Elizabeth SALMÓN y Renata BREGAGLIO (Edits.) *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad*. Lima: 2015, IDEHPUCP, pp. 9-34.
- PALLIS, Mark.
- 2012 "Obligations of States towards Asylum Seekers at Sea: Interactions and Conflicts between Legal Regimes". *International Journal of Refugee Law*. Vol 14, N° 2-3. pp. 328-369.
- PERAL, Luis
- 2006 "Límites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: *non-refoulement*, protección en la región de origen y cierre de fronteras europeas". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. N° 11.
- PETERSON, Vandana
- 2014 "Understanding disability under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its impact on International Refugee and Asylum Law".

Georgia Journal of International and Comparative Law. 2014, Vol. 42, N° 3, pp. 615-686.

PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen

2012 *Migraciones Irregulares y Derecho Internacional: Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Valencia: 2012, Tirant Lo Blanch.

PIRJOJA, Jari

2007 "Shadows in Paradise-Exploring *Non-Refoulement* as an Open Concept". *International Journal of Refugee Law*, Vol. 19, N° 4, pp. 639-660.

PITHC, Tamar

2010 "Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico". (Traducción de Mariano Meresca). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. 2010, Vol. N° 44, pp. 435-459.

PONTE IGLESIAS, María Teresa

2000 "Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el derecho internacional actual". Santiago: Tórculo Edicións.

QUEL LÓPEZ, Javier.

2002 "El acceso a la protección de los solicitantes de asilo (incluido el concepto de tercer país seguro y movimientos irregulares)". Pablo FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (Edit.). *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*. España.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Alejandra

2013 "Inmigración y Derechos Humanos en la UE. Análisis de la directiva 2008/115/CE". *Persona y derecho*. 2013, Vol. 68, pp. 159-179

SIRELIHULAUTER, Pacht y Daniel BETHLEHEM.

2010 "La no devolución". *Protección de los refugiados en el derecho internacional: Consultas Globales de ACNUR sobre protección internacional*. Barcelona: Icaria Editorial.

SALADO OSUNA, Ana

2002 "La protección de los niños refugiados". *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*. Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (Coord.). Huelva: 2002, Universidad de Huelva, pp. 201-230.

SALMÓN, Elizabeth

2009 "Las entregas extraordinarias y el acervo humanitario del Derecho Internacional ¿abre la nueva administración americana alguna perspectiva de cambio?". *Revista Derechos y Libertades*. Vol. 21, época II.

2014 *Curso de Derecho Internacional Público*. Lima: 2014, Fondo Editorial PUCP.

2014 *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Tercera Edición. Lima: 2014, Comité Internacional de la Cruz Roja.

SALMÓN, Elizabeth y Cristina BLANCO

2012 "El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos.

- SALMON, Jean. (Dir.)
2001 Dictionnaire de Droit International Public. Bruselas: Bruylant, 2001. Citando a: REUTER, Paul. Droit des traités. 1971.
- SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana María
2017 “El concepto de “discriminación estructural” y su incorporación al Sistema Internamericano de Protección de Derechos Humanos”. *Universidad Carlos III de Madrid. Repositorio institucional*. 2017, pp. 1-151. Disponible en: https://www.academia.edu/34727820/El_concepto_discriminación_estructural_y_su_incorporación_al_Sistema_Interamericano_de_Protección_de_los_Derechos_Humanos.
- 2017 “La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural. *Pensamiento Constitucional*. 2017, N° 22, pp. 255-290.
- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo
2000 “Derecho de asilo y persecución relacionada con el sexo”. Teresa FREIXES (Coord.). *Mujer y constitución*. Madrid: 2000, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 561-593.
- SCOTT, Joan
1996 “El género: una categoría útil para el análisis histórico”. Marta Lamas (Compiladora). *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*. México: 1996, PUEG, pp. 265-302.
- SALVADOR POMALAZA, Karen Morgana
2016 La huida y el miedo: La calificación y protección jurídicas de personas que abandonan sus Estados a causa de conflictos armados. Tesis para optar el Título de Abogada. Lima: PUCP, Facultad de Derecho. Disponible en: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/7346>.
- SFERRAZZA TIBI, Pietro.
2014 “Entregas extraordinarias en Europa. Un comentario a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Al Nashiri Vs. Polonia y Abu Zubaydah Vs. Polonia”. *Revista de Derechos Fundamentales de la Universidad de Viña del Mar*, N° 12.
- SIRELIHULAUTER, Pacht y Daniel BETHLEHEM
2010 “La no devolución”. Erika FELLER y otros (Edit.) *Protección de los Refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional*. Barcelona: 2010, Icaria Editorial, pp. 97-199.
- STOYANOVA, Vladislava
2008 “The Principle of *Non-Refoulement* and the Right of Asylum-Seekers to enter State Territory”. *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*. Vol. 3, pp. 1-11.
- STOREY, Hugo
2015 “The law of refugee status, 2nd edition: Paradigm lost?”. *International Journal of Refugee Law*. Londres, Vol. 27, N° 2, pp. 348-360.
- STOYANOVA, Vladislava

2017 "How exceptional must very exceptional be? *Non-Refoulement*, socio-economic deprivation, and *Paposhvili vs Belgium*". *International Journal of Refugee Law*. Vol. 29, Nº 4, pp. 580-616.

SY, Moira

2015 "UNHCR and preventing indirect *refoulement* in Europe". *International Journal of Refugee Law*. Vol. 27, Nº 3, pp. 457-480.

SUTCLIFFE, Bob

1998 "Nacido en otra parte. Un ensayo sobre la migración internacional, el desarrollo y la equidad". Bilbao: Hegoa.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo y Luz María SÁNCHEZ DUQUE

2014 Artículo 22. Derecho de Circulación y residencia. Christian STEINER y Patricia URIBE (Coord.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. México: 2014, Konrad Adenauer Stiftung.

THOMAS WORSTER, William

2014 The Contemporary International Law Status of the Right to Receive Asylum". *International Journal of Refugee Law*. 2014, Vol. 26, Nº 4, pp. 477-499.

TREVISANUT, Seline.

2014 "International Law and Practice: The principle of *Non-Refoulement* and the De-Territorialization of border control at sea". *Leiden Journal of International Law*. Nº 27.

TORRES GINEA, Carlos

1960 Asilo Diplomático. Buenos Aires: La Ley S.A. Editora, 1960.

VAN SELM, Joanne

2001 Access to Procedures 'Safe third countries', 'safe countries of origin' and 'time limits'. 2001: ACNUR

VALDEZ ARROYO, Flor de María.

2004 "Ampliación del concepto de refugiado en el derecho internacional contemporáneo". Lima: Fondo Editorial PUCP.

VIDMAR, Jure

2011 "Norm conflicts and hierarchy in international law: towards a vertical international legal system?". *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*. Erika DE WET y Jure VIDMAR (Eds.). Oxford: 2011, Oxford Scholarship Online.

VILLENA DEL CARPIO, David Fernando y Daniel ANNONI

2016 "Rechazo a los refugiados: políticas de los estados para combatir los flujos de refugiados y responsabilidad de proteger". *Revista Prolegómenos – Derechos y valores*. Vol 19, pp. 43-59.

VON STERNBERG, Mark R

2014 "Reconfiguring the Law of *Non-Refoulement*: procedural and substantive barriers for those seeking to Access surrogate International Human Rights Protection". *Journal on Migration and Human Security*. Vol. 2, Nº 4, pp. 2329-360.

2001 "The evolving law of *Non-Refoulement* and its influence on the Convention Refugee definition". *International Migration Review*. Vol. 25, pp. 205-223.

WEIS, Paul

1995 The refugee convention, 1951: The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis. 1995: Cambridge University Press.

WET, Erika

2004 "The prohibition of Torture as an international norm of jus cogens and its implications for national and customary law". *European Journal of International Law*. 2004, N° 15, pp. 97-121.

2013 "Jus cogens and obligations erga omnes". *Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Dinah SHELTON (Edit.). Oxford: 2013, Oxford University Press.

WOOD, Tamara

2014 "Expanding Protection in Africa? Case studies of the implementation of the 1969 African Refugee Convention's expanded refugee definition". *International Journal of Refugee Law*. Londres, Vol. 26, N° 4, pp. 555-580.

ZIMMERMANN, Bruno y otros

1987 "Commentary on the Additional Protocols to the Geneva Conventions". Ginebra: 1987, CICR.

NORMATIVA INTERNACIONAL Y OTROS INSTRUMENTOS

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS

1951 Convención sobre el estatuto de los Refugiados. Adoptada en Ginebra, el 28 de julio de 1951 y entró en vigor el 22 de abril de 1954. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/statusofrefugees.aspx>.

1966 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

1969 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor el 27 de enero de 1980. Disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf.

1981 Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer. Adoptada el 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor el 3 de setiembre de 1981. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>.

1987 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT). Adoptada el 10 de diciembre de 1984 y entró en vigor el 26 de junio de 1987. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>.

1990 Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada el 20 de noviembre de 1989, y entró en vigor el 2 de setiembre de 1990. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>.

2003 Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Adoptados el 25 de diciembre de 2003. Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/protocoltraffickinginpersons_sp.pdf.

- 2008 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Se adoptó el 30 de marzo de 2007 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.

COLOQUIO SOBRE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS EN AMÉRICA CENTRAL, MÉXICO Y PANAMÁ

- 1984 Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Adoptado por el "", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984. Disponible en: <https://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

- 1954 Convención sobre Asilo Diplomático. Adoptada en Caracas el 28 de marzo de 1954 y entró en vigor el 29 de diciembre de 1954. Esta Convención cuenta actualmente con 14 Estados parte. Véase en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-46.html>.
- 1969 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adoptada el 7 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm
- 1985 Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. Adoptada en Cartagena de Indias el 12 de setiembre de 1985 y entró en vigor el 2 de agosto de 1987. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>.
- 2013 Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Adoptada en Guatemala el 06 de mayo de 2013; regula expresamente la prohibición de discriminación por discapacidad. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp

LIGA DE LAS NACIONES

- 1933 Convention Relating to the International Status of Refugees, 28 de octubre de 1933. Series Vol. CLIX No. 3663. Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dd8cf374.html>.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

- 1950 Convenio Europeo de Derechos Humanos. Adoptado el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en 1953. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.
- 1992 Resolution on a harmonized approach to questions concerning host third countries. 30 de noviembre de 1992. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3AI33102>
- 2003 Directiva del Consejo de la Unión Europea 2003/9/EC, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros. 27 de enero del 2003, artículo 2(C). Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2003/031/L00018-00025.pdf>

- 2004 Directiva 2004/81/CE, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. 29 de abril de 2004. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2004/261/L00019-00023.pdf>
- 2005 Convenio del Consejo de la Unión Europea para la prevención del terrorismo. Adoptado en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2009/10/16/pdfs/BOE-A-2009-16476.pdf>.
- 2005 Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos. Adoptado en Varsovia el 2005. Disponible en: http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSeccion/Convenio_197_Consejo_de_Europa.pdf
- 2011 Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, artículo 21. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32011L0095>.
- 2011 Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32011L0036>
- 2013 Reglamento UE N° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, artículo 1(2). Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9259.pdf>.
- 2014 Reglamento (UE) N ° 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, numeral 12. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32014R0656>
- OEA
- 1994 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención De Belem Do Para". Adoptada en Brasil, el 9 de junio de 1994. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- UNIÓN AFRICANA
- 1969 Convención por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. Adoptada el 10 de setiembre de 1969 y entro en vigor el el 20 de junio de 1974. Disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac934b2>.

1986 Carta Africana de Derechos Humanos y de los pueblos. Adoptada el 27 de julio de 1981 y entró en vigor el 21 de octubre de 1986. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>.

PAN AFRICAN PARLAMENT

2018 Resolution on persons with albinism in Africa. PAP.4/PLN/RES/05/MAY.18. 17 de mayo de 2018. Disponible en: http://www.chr.up.ac.za/images/centrenews/2018/files/2018_pap_resolution_o_n_persons_with_albinism.pdf.

NORMATIVA NACIONAL Y OTROS INSTRUMENTOS

1997 *Ley N° 9474*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. 22 de julio de 1997. Brasil. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0801.pdf>

2000 Refugees Act. Chapter 167 de Belice, 31 de diciembre de 2000. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2007/4935.pdf>.

2001 *Decreto N° 918*. El Salvador. 14 de agosto de 2002. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1567.pdf>.

2002 *Ley N° 1938*, Ley General sobre Refugiados. Paraguay. 2 de julio de 2002. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1565.pdf>.

2002 *Ley N° 27891*. Ley del Refugiado, Perú. Publicada el 22 de diciembre de 2002. Disponible en: https://www.migraciones.gob.pe/documentos/normalegal_8.pdf.

2004 *Decreto N° 208-2003*. Ley de Migración y Extranjería. Honduras. 3 de marzo de 2004. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1567.pdf>.

2006 *Ley N° 26165*. Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado. Argentina. 8 de noviembre de 2006. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4658.pdf>.

2006 *Ley N° 18076*. Estatuto del Refugiado. Uruguay. 14 de noviembre de 2006. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2007/4752.pdf>.

2008 *Ley N° 655*. Ley de Protección de Refugiados. Nicaragua. 26 de junio de 2008. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2007/4752.pdf>.

2010 *Ley N° 20430*. Ley que establece disposiciones sobre protección de refugiados. Chile. 15 de abril de 2010. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7733.pdf>.

- 2011 Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria de México. 27 de enero de 2011. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8150.pdf>
- 2012 Ley N° 251. Ley de Protección de Personas Refugiadas. Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia. 30 de junio de 2012. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8855.pdf>.
- 2013 Decreto N° 2840. Colombia. 6 de diciembre de 2013. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9437.pdf>.
- 2014 Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo. Expediente. 11-006331-1027-CA. Costa Rica. 28 de noviembre de 2014. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9880.pdf>
- 2016 Decreto N° 44-2016. Código de Migración de Guatemala. 18 de octubre de 2016. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/10978.pdf>.
- 2017 Ley Orgánica de Movilidad Humana de Ecuador. 31 de enero de 2017. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/10973.pdf>

CANADÁ Y EE.UU.

- 2004 Agreement Between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims From Nationals of Third Countries. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/42d7b9944.html>.

EE.UU.

- 2017 White House. Executive Order 13769. Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States. 27 de enero de 2017. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-protecting-nation-foreign-terrorist-entry-united-states/>.
- 2018 White House. Executive Order: Affording Congress an Opportunity to Address Family Separation. 20 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/affording-congress-opportunity-address-family-separation/>.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y COMPARADA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- 1982 El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1261.pdf>
- 1987 Opinión Consultiva OC-9/87. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). 6 de octubre de 1987. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1264.pdf>.

- 1997 Caso Genie Lacayo contra Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf.
- 1999 Opinión Consultiva OC-16/99. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. 1 de octubre de 1999. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf.
- 2001 Caso del Tribunal Constitucional contra Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1898.pdf>.
- 2001 Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf.
- 2004 Caso Herrera Ulloa contra Costa Rica. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.
- 2008 Caso Valle Jaramillo y otros contra Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_192_esp.pdf.
- 2009 Caso de la masacre de las dos Erres contra Guatemala. Sentencia, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. 24 de noviembre de 2009. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf.
- 2010 Caso Vélez Loo contra Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf.
- 2011 Caso Chocrón Chocrón contra Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf.
- 2011 Caso Vera Vera y otra contra Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_226_esp.pdf.
- 2012 Caso Masacres de Río Negro contra Guatemala. Sentencia, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. 4 de setiembre de 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf.
- 2012 Caso Nadege Dorzema y otros contra República Dominicana. Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 24 de octubre de 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf.
- 2013 Caso familia Pacheco Tineo contra Bolivia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 25 de noviembre de 2013. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9390.pdf>.

- 2014 Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf.
- 2014 Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional. 29 de agosto de 2014. Disponible en: <https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>.
- 2015 Caso Wong Ho Wing contra Perú. Sentencia de excepción preliminar, fondo y reparaciones. 30 de junio del 2015. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_297_esp.pdf.
- 2016 Caso trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra Brasil. Sentencia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 20 de octubre de 2016. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf.
- 2017 Opinión Consultiva OC-24/17. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. 24 de noviembre de 2017. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
- 2018 Opinión Consultiva OC-25/18. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). 30 de mayo de 2018. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_25_esp.pdf.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- 1997 Informe de Fondo N° 51/96. Caso 10.675. Personas Haitianas -Haitian Boat People- (Estados Unidos), del 13 de marzo de 1997. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/EEUU10675.htm>.
- 1999 Informe N° 49/99. Caso 11.610. Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz contra México. 13 de abril de 1999. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/98span/fondo/mexico%2011.610.htm>.
- 2008 Caso Andrea Mortlock contra Estados Unidos. Informe de admisibilidad y fondo N° 63/08. 25 de julio de 2008. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/EEUU12534.sp.htm>.
- 2009 Informe sobre comunidades cautivas: Situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia. OEA/Ser.L/V/II. 24 diciembre 2009. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/COMUNIDADES%20CAUTIVAS.pdf>.
- 2011 Informe N° 78/11. Caso 12.586. Fondo John Doe y otros (Canadá). 21 de julio de 2011. Disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwi97NXfkOTeAhXJz1MKHa7jAUIQFjAAegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fwww.oas.org%2Fes%2Fcidh%2Fdecisiones%2F2011%2FCAPU12586ES.doc&usq=AOvVaw350WEcnduwAduKHE5SSeTH>.

2012 Informe de Fondo N° 64/12. Caso 12.271. Benito Tide Méndez y otros (República Dominicana), del 29 de marzo de 2012. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.271Fondo.doc>.

CORTE PENAL INTERNACIONAL

2012 Sala de Primera Instancia I. Prosecutor v. Tohmas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/06. 14 de marzo de 2012. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_03942.PDF.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1975 Asunto Henning Becker contra Dinamarca. Demanda N° 7011/75. Sentencia del 3 de octubre de 1975. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=00175008&filename=BECKER%20v.%20DENMARK.pdf>

1978 Asunto Tyrer contra Reino Unido. Demanda N° 5856/72. Sentencia de 25 de abril de 1978. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE%20OF%20TYRER%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57587"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

1989 Asunto Soering contra Reino Unido. Demanda N° 14038/88. Sentencia de 7 de julio de 1989. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE%20OF%20SOERING"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57619"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

1991 Vilvarajah y otros contra Reino Unido. Demanda N° 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87. Sentencia de 30 de octubre de 1991. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Case%20OF%20Vilvarajah"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57713"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

1991 Asunto Moustaquim contra Bélgica. Demanda N° 12313/86. Sentencia de 18 de febrero de 1991. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["SPA"\],"appno":\["12313/86"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-164776"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

1991 Asunto Vilvarajah y otros contra Reino Unido. Demanda N° 13163/87. Sentencia del 30 de octubre de 1991. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["SPA"\],"appno":\["13163/87","13164/87","13165/87","13447/87","13448/87"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-164806"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

1992 Asunto Beldjoudi contra Francia. Demanda N° 12083/86. Sentencia de 26 de marzo de 1992. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["SPA"\],"appno":\["12083/86"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-164635"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

1997 Asunto H.L.R. contra Francia. Demanda N° 24573/94. Sentencia de 29 de abril de 1997. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE%20OF%20H.L.R.%20v.%20FRANCE"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58041"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

- 2000 Asunto T.I. contra Reino Unido. Demanda N° 43844/98. Sentencia de 7 de marzo del 2000. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["43844/98"\],"itemid":\["001-5105"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) .
- 2000 Asunto Jarabi contra Turquía. Demanda N° 40035/98. Sentencia de 11 de julio de 2000. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["SPA"\],"appno":\["40035/98"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-162548"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2001 E. y otros contra Reino Unido. Demanda 33218/96. Sentencia de 26 noviembre 2001. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-60781"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2002 Asunto Pretty contra Reino Unido. Demanda N° 2346/02. Sentencia de 29 de abril de 2002. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-60448"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- 2002 Asunto S.R. contra Suecia. Demanda N° 62806/00. Decisión de admisibilidad del 23 de abril de 2002. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["62806/00"\],"itemid":\["001-22391"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2002 Asunto Čonka contra Bélgica. Demanda N° 51564/99. Sentencia del 5 de febrero de 2002. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE%20OF%20Čonka"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-60026"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2005 Asunto Siliadin contra Francia. Demanda 73316/01. Sentencia de 26 de octubre de 2005. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE%20OF%20SILIADIN%20v.%20FRANCE"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-69891"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2005 Asunto Mamatkulov y Askrov contra Turquía. Demanda N° 46827/99. Sentencia de 4 de febrero de 2005. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE%20OF%20MAMATKULOV%20AND%20ABDURASULOVIC%20v.%20TURKEY"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-60924"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2005 Asunto Shamayev y otros contra Georgia y Rusia. Demanda N° 36378/02. Sentencia del 12 de octubre de 2005. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["36378/02"\],"itemid":\["001-68790"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2006 Asunto Bader y Kanbor contra Suecia. Demanda N° 13284/04. Sentencia de 8 de febrero de 2006. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE%20OF%20BADER%20AND%20KANBOR%20v.%20SWEDEN"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-70841"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2006 Asunto Okkali contra Turquía. Demanda N° 52067/99. Sentencia de 17 de octubre de 2006. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-77522"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- 2006 Asunto Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica. Demanda N° 13178/03. Sentencia de 12 de octubre de 2006. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["13178/03"\],"itemid":\["001-77447"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

- 2007 Gebremedhin [Geberamadhien] contra Francia. Demanda Nº 25389/0. Sentencia del 26 de julio de 2007. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["25389/05"\],"itemid":\["001-80333"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2007 Asunto Sultani contra Francia. Demanda Nº 45223/05. Sentencia de 20 de septiembre de 2007. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-82338"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2007 Sheeck contra Reino Unido. Demanda Nº 1948/04. Sentencia de 23 de mayo de 2007. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-78986"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2007 Asunto Emily Collins and Ashley Akaziebie contra Suecia. Demanda Nº 23944/05. Decisión de admisibilidad de 08 de marzo de 2007. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["23944/05"\],"itemid":\["001-79864"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2008 Asunto Saadi contra Italia. Demanda Nº 37201/06. Sentencia de 28 de febrero de 2008. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE%20OF%20SAADI%20v.%20ITALY"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-85276"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- 2008 Asunto Bevacqua y S. contra Bulgaria. Demanda Nº 71127/01. Sentencia del 12 de junio de 2008. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE%20OF%20BEVACQUA%20AND%20S.%20v.%20BULGARIA"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-86875"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2008 Asunto Ryabikin contra Rusia. Demanda Nº 8320/04. Sentencia de 19 de setiembre de 2008. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Ryabikin"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-87132"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2008 Asunto Muminov contra Rusia. Demanda 42502/06. Sentencia de 11 de diciembre de 2008. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-90212"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2008 Asunto NA. contra Reino Unido. Demanda 25904/07. Sentencia de 17 de julio de 2008. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-87458"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2008 Asunto K.R.S contra Reino Unido. Demanda Nº 32733/08. Sentencia de 2 de diciembre del 2008. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["32733/08"\],"itemid":\["001-90500"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2008 Asunto N contra Reino Unido. Demanda Nº 26565/05. Sentencia de 27 de mayo de 2008. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["SPA"\],"appno":\["26565/05"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-139403"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- 2009 Asunto Glor contra Suiza. Demanda Nº 13444/04. Sentencia de 30 de abril de 2009. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE%20OF%20GLOR%20v.%20SWITZERLAND"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-92525"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

- 2009 Asunto Opuz contra Turquía. Demanda N° 33401/02. Sentencia de 9 de setiembre de 2009. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["SPA"\],"appno":\["33401/02"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-139404"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- 2009 Asunto Omojudi contra Reino Unido. Demanda N° 1820/08. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-95777>.
- 2010 Asunto Rantsev contra Chipre y Rusia. Demanda N° 25965/04. Sentencia del 7 de enero de 2010. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"%22languageisocode%22":\["%22SPA%22"\],"%22appno%22":\["%2225965/04%22"\],"%22documentcollectionid2%22":\["%22CHAMBER%22"\],"%22itemid%22":\["%22001-139059%22"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- 2011 M.S.S. contra Bélgica y Grecia. Demanda N° 30696/09. Sentencia de 21 de enero de 2011. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["30696/09"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2011 Asunto Izevbekhai y otros contra Irlanda. Demanda N° 43408/08. Decisión de admisibilidad del 17 de mayo de 2011. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["43408/08"\],"itemid":\["001-105081"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- 2011 Asunto Omeredo contra Austria. Demanda N° 8969/10. Decisión de admisibilidad de 20 de setiembre de 2011. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["8969/10"\],"itemid":\["001-106527"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- 2011 Asunto M.S.S. contra Bélgica y Grecia. Demanda N° 30696/09. Sentencia de 21 de enero de 2011. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["SPA"\],"appno":\["30696/09"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-139046"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2011 Asunto Rahimi contra Grecia. Demanda N° 8687/08. Sentencia de 5 de abril de 2011. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-104366"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2011 Asunto Z. y otros c. Reino Unido. Demanda N° 29392/95. Sentencia de 10 de mayo 2001. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["29392/95"\],"itemid":\["001-59455"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2011 Asunto Sufi y Elmi contra el Reino Unido. Demanda N° 8319/07 y 11449/07. Sentencia de 28 de noviembre de 2011. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["\"CASE%20OF%20SUFU%20AND%20ELMI%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM\""\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-105434"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2012 Asunto Hirsi Jamaa y otros contra Italia. Demanda N° 27765/09. Sentencia de 23 de febrero de 2012. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-109231"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- 2013 Asunto Aswat contra Reino Unido. Demanda N° 17299/12. Sentencia de 9 de setiembre de 2013. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-118583"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{).

- 2013 Asunto S.H.H. contra Reino Unido. Demanda Nº 60367/10. Sentencia de 08 de julio de 2013. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%22CASE%20OF%20S.H.H.%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%22%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-116123%22%5D%7D>
- 2014 Asunto Tarakhel contra Suiza. Demanda Nº 29217/12. Sentencia de 4 de noviembre de 2014. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-148070%22%5D%7D>.
- 2014 Asunto K.A.B contra Suecia. Demanda Nº 886/11. Sentencia de 12 de febrero de 2014. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-126027%22%5D%7D>.
- 2015 Asunto Husayn (Abu Zubaydah) contra Polonia. Demanda 7511/13. Sentencia del 16 de febrero de 2015. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%22CASE%20OF%20HUSAYN%20\(A.BU%20ZUBAYDAH\)%20v.%20POLAND%22%22%5D,%22documentcollectionid2%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-146047%22%5D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%22CASE%20OF%20HUSAYN%20(A.BU%20ZUBAYDAH)%20v.%20POLAND%22%22%5D,%22documentcollectionid2%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-146047%22%5D%7D).
- 2015 Asunto N. contra Finlandia. Demanda nº 38885/02. Sentencia de 30 de noviembre de 2015. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2238885/02%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-69908%22%5D%7D>.
- 2015 Asunto Al Nashiri contra Polonia. Demanda 28761/11. Sentencia del 16 de febrero de 2015. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%22CASE%20OF%20AL%20NASHIRI%20v.%20POLAND%22%22%5D,%22documentcollectionid2%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-146044%22%5D%7D>
- 2016 Asunto Sow contra Bélgica. Demanda Nº 27081/13. Decisión de admisibilidad del 19 de enero de 2016. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-160213%22%5D%7D>.
- 2017 Asunto Kebe y otros contra Ucrania. Demanda Nº 12552/12. Sentencia del 12 de enero de 2017. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%22CASE%20OF%20KEBE%20AND%20OTHERS%20v.%20UKRAINE%22%22%5D,%22documentcollectionid2%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-170058%22%5D%7D>.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA

- 2011 Comunicación Nº 374/2009. Decisión del caso S.M. y A.M. contra Suecia. Adoptada por el Comité en su 15-17 sesión, del 31 de octubre al 25 de noviembre de 2011.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

- 2004 Comunicación Nº 1222/2003, vinculada con el caso Jonny Rubin Byahuranga contra Dinamarca, CCPR/C/82/D/1222/2003. 82º periodo de sesiones. 9 de diciembre de 2004. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4164.pdf?view=1>.
- 2008 Comunicaciones Nº 1461/2006, 1462/2006, 1476/2006 y 1477/2006, vinculada con el caso Zhakhongir Maksudov, el Sr. Adil Rakhimov, el Sr. Yakub Tashbaev y el Sr. Rasuldzhon Pirmatov contra Kirguistán. 93º periodo de sesiones. 7 a 25 de julio de 2008.

- 2009 Comunicación N° 1539/2006 vinculada con el caso Mohammad Munaf contra Rumania, CCPR/C/96/D/1539/2006. 21 de agosto de 2009. Disponible en: <https://www.refworld.org/cases,HRC,4acf500d2.html>.
- 2011 Comunicación N° 1959/2010, vinculada al caso Jama Warsame contra Canadá, CCPR/C/102/D/1959/2010. 102º periodo de sesiones. 1 de setiembre de 2011. Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4ee0f0a62>.
- 2013 Comunicación N° 2149/2012, vinculada al caso M.I. contra Suecia. Dictamen aprobado por el Comité en su 108º periodo de sesiones. De 8 a 26 de julio de 2013.
- 2013 Comunicación N° 1898/2009, vinculada con el caso de Naveed Akram Choudhary contra Canadá. Dictamen aprobado por el Comité en su 109º sesión, del 14 de octubre a 1 de noviembre de 2013.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA

- 1998 Prosecutor v. Furundžija. Caso N° IT-95-17/1-T. Sentencia de 10 de diciembre de 1998. Disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>.

TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO

- 2013 The Queen, a instancia de MA y otros contra Secretary of State for the Home Department. C-648/11. Sentencia del 6 de junio de 2013. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=5D57E8E80A91B9A95D378B73B62F4B6E?text=&docid=138088&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=620053>.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT.

- 2017 State of Washington y State of Minnesota v. Donlad J. Trump. N° 17-35105. 9 de febrero de 2017. Disponible en: <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2017/02/09/17-35105.pdf>.

DOCUMENTOS DE ÓRGANOS INTERNACIONALES Y NACIONALES

AMNESTY INTERNATIONAL CANADA. CANADIAN COUNCIL FOR REFUGEES

- 2017 Contesting the Designation of the US as a Safe Third Country. 19 de mayo de 2017. Disponible en: <http://ccrweb.ca/sites/ccrweb.ca/files/stca-submission-2017.pdf>.

AMNISTÍA INTERNACIONAL

- 2018 Informe 2017/208. La Situación de los Derechos Humanos en el Mundo. Reino Unido: 2018. Disponible en: <https://crm.es.amnesty.org/sites/default/files/civicrm/persist/contribute/files/Infomeannual2018air201718-spanish%20web.pdf>.

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS

- 1950 Asamblea General. Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Resolución 428 (V), de 14 de diciembre de 1950. Disponible en: <https://www.acnur.org/5b07680a4.pdf>.
- 1958 Declaración Universal de Derechos Humanos. Aprobada el 10 de diciembre de 1958 en la Resolución 217 A (III). Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.
- 1960 Resolución 1514 (XV) Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los países y pueblos coloniales, aprobada el 14 de diciembre de 1960.
- 1974 Resolución 3314 (XXIX). Definición de agresión. 14 de diciembre de 1974. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2007/5517.pdf>.
- 1985 Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/HumanRightsOfIndividuals.aspx>.
- 1993 Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Adoptada el 20 de diciembre de 1993. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>.
- 1994 Resolución A/AC.96/830. Nota sobre Protección Internacional. 7 de setiembre de 1994. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1744.pdf>.
- 1998 Resolución 52/103 del 9 de febrero de 1998. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0669>.
- 1999 Resolución A/AC.96/914. Nota sobre protección internacional. 7 de julio de 1999. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0739.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0739>.
- 2000 Declaración del Milenio. A/RES/55/2. Resolución aprobada el 13 de setiembre de 2000. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>.
- 2001 Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Adoptada el 13 de diciembre 2001 en Ginebra en la Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.
- 2001 Resolución 56/136, aprobada el 19 de diciembre de 200. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/56/136>
- 2002 Resolución A/RES/56/83. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. 28 de enero de 2002. Disponible en: <http://undocs.org/sp/A/RES/56/83>.

- 2005 Relator Especial sobre la Tortura. Informe sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. 30 de agosto de 2005. Disponible en: <https://biblioteca.iidh-jurisprudencia.ac.cr/index.php/documentos-en-espanol/prevencion-de-la-tortura/1751-la-tortura-y-otros-tratos-o-penas-crueles-inhumanos-o-degradantes-12/file>.
- 2014 Resolución A/RES/69/119. Aprobada el 10 de diciembre de 2014. Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=549d31044> y en <http://legal.un.org/ilc/reports/2014/spanish/chp4.pdf>.
- 2014 Resolución 69/187, aprobada el 18 de diciembre de 2014, numeral 9. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/9937.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2015/9937>
- 2016 Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes. A/RES/71/1. Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de septiembre de 2016. Disponible en: <https://www.acnur.org/5b4d0eee4.pdf>.
- AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA
- 2014 Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración. Luxemburgo: 2014, Consejo de Europa.
- 2016 Scope of the principle of *non-refoulement* in contemporary border management: involving áreas of law. Luxemburgo: FRA, 2016.
- ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS
- 1967 Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. 1992: ACNUR. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf>.
- 1991 Guía para la protección de mujeres refugiadas. 1991. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0248.pdf>.
- 1992 Handbook and guidelines on Procedures y for Determining Refugee Status. Ginebra: 1992. Disponible en: <https://cms.emergency.unhcr.org/documents/11982/49074/UNHCR,+Handbook+and+Guidelines+on+Procedures+and+Criteria+for+Determining+Refugee+Status+under+the+1951+Convention+and+the+1967+Protocol+Relating+to+the+Status+of+Refugees/30fe78f2-5414-47ec-9439-0f2663889e58>.
- 1994 The Principle of *Non-Refoulement* as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93. Publicada el 31 enero de 1994. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/437b6db64.html>
- 1994 Los niños refugiados. Directrices sobre protección y cuidado. Ginebra: ACNUR. Disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ab8e0d2>

- 1996 Consideraciones sobre el concepto de "tercer país seguro". Julio de 1996. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3268.html>.
- 1997 "Position on a Harmonized Approach to Questions concerning Host Third Countries". Re impresa en: *3rd International Symposium on the Protection of Refugees in Central Europe*. 1997: Ginebra, ACNUR. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b31d47.html>.
- 1997 Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo, febrero 1997. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6027.pdf>
- 1999 Persecución por motivos de género, posición del ACNUR. 1999. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0196.pdf>
- 2001 "Global Consultations on International Protection : Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures)", EC/GC/01/12, 31 de mayo de 2001. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/3b36f2fca.html>.
- 2002 Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967. 2002. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1753.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1753>.
- 2002 El concepto de "Protección Efectiva" en el contexto de los movimientos secundarios de los refugiados y solicitantes de asilo: Resumen de las conclusiones de la Mesa Redonda de Expertos en Lisboa. 9-10 de diciembre de 2002. febrero de 2003. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2229.pdf?view=1>.
- 2003 Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas. Guía para la prevención y respuesta. Mayo de 2003, pp. 127. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/publisher,UNHCR,THEMGUIDE,,57f76bad30,0.html>.
- 2003 Directrices sobre protección internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: el artículo 1(F) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. HCR/GIP/03/05. 4 de setiembre de 2003. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2554.pdf>.
- 2003 Normas procedimentales para determinar la condición de refugiado bajo el mandato del ACNUR. Ginebra: 2003, ACNUR. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8944.pdf>.
- 2006 Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata. HCR/GIP/06/07. 7 de abril de 2006. Disponible en: <http://www.refworld.org/es/docid/487e105b2.html>.

- 2006 Nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección internacional de los refugiados. Ginebra: 2006, ACNUR, párraf. 34. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7130.pdf?view=1>.
- 2007 Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. 2007: Ginebra. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf>.
- 2008 Directrices para la determinación del interés superior del niño. Ginebra: 2008, ACNUR. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7126.pdf?view=1>
- 2008 Manual para la Protección de Mujeres y Niñas. 2008. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2009/7137.pdf?view=1>.
- 2009 Guidance on the Use of Standardized Specific Needs Codes, de 2009. Traducción libre. Disponible en: <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=UNHCR+GUIDANCE+ON+THE+USE+OF+STANDARDIZED+SPECIFIC+NEEDS+CODES&ie=UTF-8&oe=UTF-8#>.
- 2009 Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Ginebra: ACNUR, 2009. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7763.pdf>
- 2009 Directrices sobre protección internacional N°1: Persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y su Protocolo relativo al estatuto de los refugiados de 1967, 7 de Mayo de 2002, (HCR/GIP/02/01), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f1c64.html>.
- 2009 Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina, mayo 2009. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7139.pdf>.
- 2009 Política del ACNUR sobre la protección de los refugiados y las soluciones en zonas urbanas. Septiembre de 2009. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2009/7276>.
- 2010 Mejorando los Procedimientos de Asilo: Análisis comparativo y recomendaciones legales y prácticas: Una investigación detallada sobre disposiciones directivas claves sobre los procedimientos de asilo. marzo de 2010. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/4c63e52d2.html>.
- 2011 El trabajo con personas con discapacidad durante el desplazamiento. Ginebra: 2011, ACNUR. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7646.pdf>.
- 2011 Política de Edad, Género y Diversidad: El trabajo con las personas y las comunidades por la igualdad y la protección. 8 de junio de 2011. Disponible en: <http://www.refworld.org.es/docid/4e844b142.html>

- 2017 Buena práctica 1. Definición regional de refugiado. Disponible en: http://acnur.org/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9203.pdf#_ga=2.29262268.1060073414.1539132565-1099586647.1535493601.
- 2013 Resumen de las conclusiones sobre la interpretación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984. Reunión de expertos. Interpretación de la definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 Montevideo, Uruguay. 15 y 16 de octubre de 2013. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9651.pdf?view=1>.
- 2013 Nota sobre el mandato del Alto Comisionado para los Refugiados y su Oficina. Octubre de 2013. Disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/taxis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=52f0fe9b4>.
- 2014 Demasiado dolor. Mutilación Genital Femenina y asilo en la Unión Europea. Ginebra: 2014. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9458.pdf>.
- 2015 Directrices sobre protección internacional N° 11. Reconocimiento prima facie de la condición de refugiado. HCR/GIP/15/11. 24 Junio 2015. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/58de9ed54.html>.
- 2016 Directrices sobre Protección Internacional N° 12. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado. HCR/GIP/16/12. 2 diciembre de 2016. Disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/taxis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=58c654244>.
- 2018 Informe Anual 2017. Locos por hacerles sonreír. Madrid: 20 de setiembre de 2018. Disponible en: https://eacnur.org/files/reports/file/memoria_anual_de_acnur_2017.pdf.
- 2018 Consideraciones legales sobre el acceso a la protección y la relación entre las personas refugiadas y el tercer país en el contexto del retorno o traslado a terceros países seguros. Abril de 2018. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5adf72014.html>.
- 2018 Tendencias Globales. Desplazamiento Forzado en 2017. Ginebra: 2018, ACNUR. Disponible en: <https://www.acnur.org/5b2956a04.pdf>.

ACNUDH

- 2010 Principios y Directrices recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas. Comentario. Nueva York y Ginebra: 2010, ACNUDH. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_sp.pdf
- 2010 Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas. Comentarios. Presentado al Consejo Económico y Social adición a su informe (E/2002/68/Add.1), 2010. Disponibles en: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Traffickingsp.pdf>

CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE REFUGIADOS CENTROAMERICANOS
1989 Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina". Guatemala. 29 al 31 de mayo de 1989. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/cirefca_89-9_esp.pdf.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU

2001 Informe del Secretario General sobre la Protección y Asistencia a los menores refugiados no acompañados o separados. Doc. A/56/33, de 7 de setiembre de 2001. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0703.pdf>

2003 Secretario General. Informe Asistencia a los menores refugiados no acompañados, presentado en el Quincuagésimo octavo período de sesiones, 20 de agosto de 2003, pp. 19. Disponible en: https://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/60/A_60_300_es.pdf

2007 Tercer informe del Relator Especial sobre la expulsión de extranjeros, A/CN.4/581, del 19 de abril de 2007. Disponible en: http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_581.pdf.

2008 Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, UN Doc.. A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008. Disponible en: https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/7session/A.HRC.7.12_s_p.doc

2013 Informe del Secretario General. Los derechos humanos y la privación arbitraria de la nacionalidad. UN Doc. A/HRC/25/28. 19 de diciembre de 2013. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session28/Documents/A_HRC_28_28_SPA.doc.

2015 Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General: Estudio temático sobre los derechos de las personas con discapacidad en virtud del artículo 11 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, relativo a las situaciones de riesgo y emergencias humanitarias. A/HRC/31/30. 30 de noviembre de 2015. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10350.pdf>.

2015 Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Maria Grazia Giammarinaro. A/HRC/29/38. 31 de marzo de 2015. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session29/Documents/A_HRC_29_38_SPA.DOCX.

2016 Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A/HRC/31/57. 5 de enero de 2016. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/001/00/PDF/G1600100.pdf?OpenElement>

COMITÉ CONTRA LA TORTURA

1997 Observación General N° 1. Aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención. 21 de noviembre de 1997. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1435.pdf?view=1>.

2017 Observación General N° 4 (2017), relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22. 4 de setiembre de 2018. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fC%2fGC%2f4&Lang=en.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

1986 Observación General N° 15 (1986). La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto. 11 de abril de 1986. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1403.pdf>.

1992 Observación General N° 20 (1992). Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 7). 20 de setiembre de 1992. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6621&Lang=es.

1994 Observación General N° 24 (1994). Sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto. 11 de noviembre de 1994. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.6&Lang=es.

1999 Observación General 27 (1999) Libertad de circulación (artículo 12). CCPR/C/21/Rev.1/Add.9. 2 de noviembre de 1999. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1400.pdf>.

2018 General Comment N° 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life. CCPR/C/GC/26. 30 de octubre de 2018. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/CPR_C_GC_36_8785_E.pdf.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

2006 Observación General N° 6 (2006), sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6, 1 de setiembre de 2005. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES.

2017 Observación General Conjunta N° 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/343/68/PDF/G1734368.pdf?OpenElement>.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL

2011 Recomendación General N.º 34. Discriminación racial contra afrodescendientes. CERD/C/GC/34. 3 de octubre de 2011. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8466.pdf>.

COMITÉ CEDAW

1992 Recomendación General N.º 19, sobre la violencia contra la mujer. 29 de enero de 1992. Disponible en: http://archive.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19.pdf.

2010 Recomendación general N.º 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. CEDAW/C/GC/28. 16 de diciembre de 2010. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/28&Lang=en

2014 Recomendación General N.º 32 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres. CEDAW/C/GC/32. 14 de noviembre de 2014. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9924.pdf>.

2015 Recomendación General N.º 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia. CEDAW/C/GC/33. 3 de agosto de 2015. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>.

COMITÉ CDPD

2016 Observación General N.º 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad. CRPD/C/GC/3. 25 de noviembre de 2006. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/3&Lang=en.

2018 Observación General N.º 6 (2018), sobre la igualdad y la no discriminación. CRPD/C/GC/6. 26 de abril de 2018. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/6&Lang=en

COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

2005 Observación General N.º 18 (2005). El derecho al trabajo. Artículo 6 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales. E/C.12/GC/18. 6 de febrero de 2006. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f18&Lang=en

2009 Observación General N.º 20 (2009). La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/20. 2 de julio de 2009. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f20&Lang=en.

COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIARES

2013 Observación General N.º 2 (2013). Sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares. 28 de agosto de 2013.

Documento CMW/C/GC/2. Disponible en:
https://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/GC/CMW-C-GC-2_sp.pdf.

COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR

- 1979 Conclusión N° 15 (XXX). Refugiados sin país de asilo. 1979. Disponible en:
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0526.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0526>.
- 1981 Conclusión N° 22 (XXXII), Protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia en gran escala, 1981. Disponible en:
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0533.pdf>.
- 1983 Conclusión N° 30 (XXXIV). El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusiva, 1983. Disponible en:
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0541.pdf>
- 1989 Conclusión N° 58 (XL). Problema de los refugiados solicitantes de asilo que abandonan de manera regular un país en el que ya habían encontrado protección. 1989. Disponible en:
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0569.pdf>.
- 1977 Conclusión N° 6 (XXVIII). No devolución. 1977. Disponible en:
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0517.pdf>.
- 1979 Conclusión N° 15 (XXX). Refugiados sin país de asilo. 1979. Disponible en:
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0526.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0526>
- 1981 Conclusión N° 22 (XXXII), 1981. Disponible en:
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0533>.
- 1985 Conclusión N° 39 (XXXVI). Las mujeres refugiadas y la protección internacional, de 1985. Disponible en:
<http://www.unhcr.org/publications/legal/41b041534/compilation-conclusions-adopted-executive-committee-international-protection.html>.
- 1988 Conclusión N° 53 (XXXIX). Los pasajeros clandestinos en busca de asilo. 1988. Disponible en:
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0564.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0564>.
- 1988 Conclusión N° 54 (XXXIX). Mujeres refugiadas, de 1988. Disponible en:
<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0565.pdf>.
- 1989 Conclusión N° 60 (XL). Mujeres Refugiadas, de 1989. Disponible en:
<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0571.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0571>.
- 1990 Conclusión N° 64 (XLI). Las mujeres refugiadas y la protección internacional, de 1990. Disponible en:
<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0575.pdf>.
- 1995 Conclusión N° 77 (XLVI). Conclusión general sobre la protección internacional, de 1995. Disponible en:

[http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0588.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0588.](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0588.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0588)

- 1997 Conclusión N° 81 (XLVIII), 1997. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0592>.
- 1997 Conclusión N° 82 (XLVIII), 1997. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0593>.
- 1998 Conclusión N° 85 (XLIX), 1998. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0596>.
- 1999 Conclusión N° 87 (L). 1999. Disponible en: <https://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0598.pdf?file=biblioteca/pdf/0598>.
- 1999 Conclusión N° 88 (L) sobre la protección de las familias de los refugiados, 1999. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0599.pdf>.
- 2002 Conclusión N° 94 (LIII). Conclusion on the civilian and humanitarian character of asylum. 8 de octubre de 2002. Disponible en: <https://www.unhcr.org/excom/exconc/3dafdd7c4/conclusion-civilian-humanitarian-character-asylum.html>.
- 2004 Conclusión N° 99 (LV), 2004. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/3042>.
- 2005 Conclusión sobre la disposición sobre protección internacional, en particular mediante formas complementarias de protección. 7 de octubre de 2005. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3862.pdf>.
- 2006 Conclusión N°105 (LVII). Mujeres y niñas en situación de riesgo, de 2006. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4815.pdf?file=biblioteca/pdf/4815>
- 2010 Conclusión General sobre Protección Internacional N° 110: Conclusión sobre los refugiados con discapacidad y otras personas discapacitadas a las que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados brinda protección y asistencia. 2010. 61° periodo de sesiones. Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ab8e9c2>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- 2000 Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de Refugiado. OEA/Ser.L/V/II.106. 28 de febrero de 2000. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Canada2000sp/indice.htm>.
- 2001 Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias. Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000. OEA/Ser.L/V/II.111. 16 de abril de 2001. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/2181.pdf?view=1>.
- 2013 Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México. OEA/Ser.L/V/IL. Doc. 48/13. Publicado el 30 de

diciembre de 2013, párr. 138. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Informe-Migrantes-Mexico-2013.pdf>.

2015 Movilidad Humana: Estándares interamericanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15. 21 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>.

2018 Resolución 2/18. Migración forzada de personas venezolanas. Aprobada en Bogotá, en el marco de su 167º periodo de sesiones. 2 de marzo de 2018. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

2006 Informe del Grupo de Estudio. "Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional". Doc. A/CN.4/I.682. 13 de abril de 2006.

2016 Primer informe sobre el *jus cogens*. A/CN.4/693. Preparado por Dire Tladi, Relator Especial. 8 de marzo de 2016. Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/693&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_14.shtml&Lang=S.

2017 Segundo informe sobre el *ius cogens*. A/CN.4/706. Preparado por Dire Tladi, Relator Especial. 16 de marzo de 2017. Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/706&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_14.shtml&Lang=S.

2018 Tercer informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). A/CN.4/714. Presentado por Dire Tladi, Relator Especial. 12 de febrero de 2018. Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/714&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_14.shtml&Lang=S.

COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

2014 ¿COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO relativa a la aplicación de la Directiva 2004/81/CE, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. Bruselas: 17 de octubre de 2014. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52014DC0635>

COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS

2013 Declaración de la Comisión Africana sobre la Situación Actual de los Derechos Humanos en Malí, 18 de enero de 2013. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/5108d96a2.html>.

COMISIÓN DE MUJERES REFUGIADAS

2008 Disabilities among refugees and conflict-affected populations. 2008. Disponible en: <https://www.womensrefugeecommission.org/resources/document/609-disabilities-among-refugees-and-conflict-affected-populations>.

2017 Fact Sheet: Disability Program. 28 de setiembre de 2017. Disponible en: <file:///Users/crisbethvigo/Downloads/Disabilities-Fact-Sheet-2017.pdf>.

HUMAN RIGHTS WATCH

2018 Informe Mundial 2018: Unión Europea, eventos de 2017. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/world-report/2018/country-chapters/313653>.

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL

1892 Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers. Ginebra: 1892. Disponible en: http://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/1892_gen_01_fr.pdf.

OEA

1995 Declaración de San José. Declaración Adoptada Por El "Coloquio Internacional: 10 Años De La Declaración De Cartagena Sobre Refugiados ", Celebrado En San José, Costa Rica, Del 5 Al 7 de diciembre 1994. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8133.pdf>

2004 Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la protección internacional de los refugiados en América latina, adoptada por 20 países de América Latina, en la Ciudad de México, el 16 de noviembre de 2004. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3016.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3016>.

2010 Declaración de Brasilia Sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano. Adoptada por los Gobiernos de Dieciocho Países del Continente Americano, Brasilia: 2010.

CUMBRE MUNDIAL A FAVOR DE LA INFANCIA

1990 Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, aprobada el 30 de setiembre de 1990, en Nueva York. Disponible en: <https://www.unicef.org/wsc/declare.htm>

1990 Plan de Acción de la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño. Disponible en: <https://www.unicef.org/wsc/plan.htm>

EUROPEAN AGENCY FOR THE MANAGEMENT OF OPERATIONAL CO OPERATION AT THE EXTERNAL BORDERS

2015 Annual Report on the implementation on the EU Regulation 656/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders. 15 de julio de 2015. Disponible en: <https://euagenda.eu/upload/publications/untitled-6293-ea.pdf>.

OIM

2012 Consejo Internacional De Políticas De Derechos Humanos. Migración Irregular: Tráfico ilícito de migrantes y Derechos Humanos: Hacia la coherencia. Ginebra, 2012. Disponible en: <http://www.oimperu.org/sites/default/files/Documentos/Modulo5.pdf>

PARLAMENTO EUROPEO.

2016 *Informe sobre la situación de las mujeres refugiadas y solicitantes de asilo en la UE (2015/2325(INI))*, del 10 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016-0024+0+DOC+XML+V0//ES>

PROGRAMA EUROPEO DE NIÑOS SEPARADOS:

2004 Declaración de Buenas Prácticas 2004. Políticas y prácticas necesarias para la implementación de medidas que garanticen la promoción y protección de los derechos de menores no acompañados en Europa, 2004, pp. 2. Disponible en: <http://www.refworld.org/es/docid/5af0985b4.html>

THE REDRESS TRUST (REDRESS). IMMIGRATION LAW PRACTITIONER'S ASSOCIATION (ILPA)

2016 "The seminar Non-Refoulement under threat". Matrix Chambers. Londres, 2016. Disponible en: <http://www.redress.org/downloads/country-reports/Non-refoulementUnderThreat.pdf>.

UNICEF

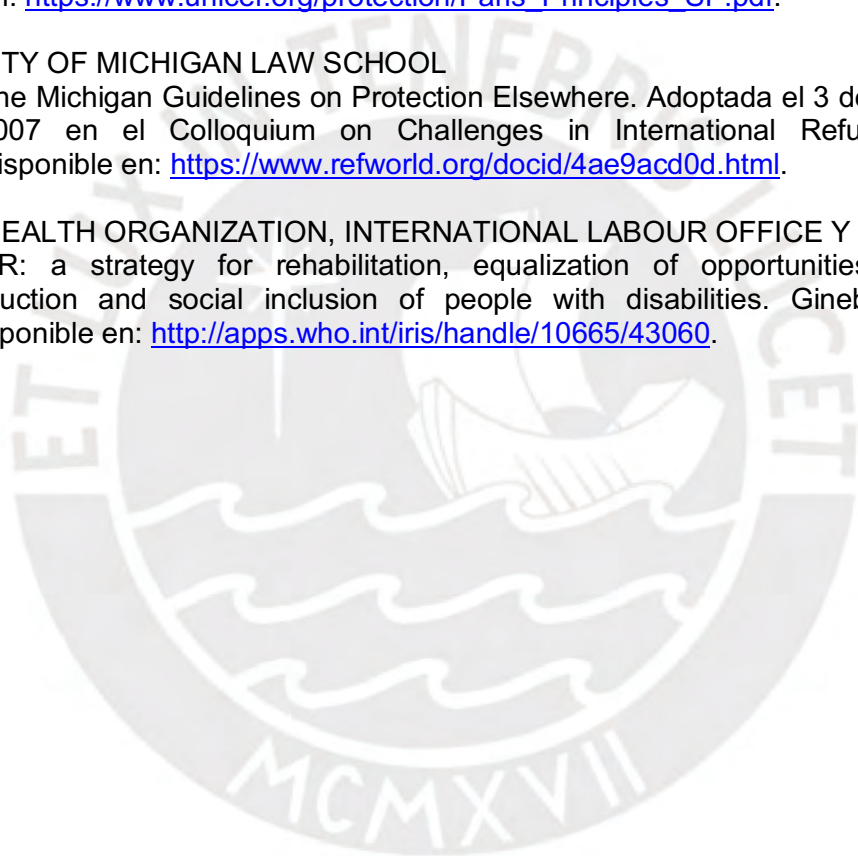
2007 Principios de París. Principios y directrices sobre los niños asociados a fuerzas armadas o grupos armados. Febrero de 2007, párraf. 3.6. Disponible en: https://www.unicef.org/protection/Paris_Principles_SP.pdf.

UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL

2007 The Michigan Guidelines on Protection Elsewhere. Adoptada el 3 de enero de 2007 en el Colloquium on Challenges in International Refugee Law. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/4ae9acd0d.html>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, INTERNATIONAL LABOUR OFFICE Y UNESCO

2005 CBR: a strategy for rehabilitation, equalization of opportunities, poverty reduction and social inclusion of people with disabilities. Ginebra: 2005. Disponible en: <http://apps.who.int/iris/handle/10665/43060>.



ANEXOS

ANEXO N° 1: Normativa interna de los Estados latinoamericanos vinculada con el derecho a la no devolución

| PAÍS | FUENTE | |
|------------------|---|--|
| Argentina | Ley N° 26165, Ley General de Reconocimiento y protección al refugiado | <p>Artículo 7: “Ningún refugiado, entendiéndose como incluido en este término al solicitante de asilo cuyo procedimiento de determinación de la condición de refugiado esté todavía pendiente de resolución firme, podrá ser expulsado, devuelto o extraditado a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro su derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, incluido el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.</p> <p>Artículo 8: “La expulsión de un refugiado no puede resolverse sino de manera excepcional, cuando razones graves de seguridad nacional o de orden público lo justifiquen. Esta medida deberá adoptarse conforme a los procedimientos legales vigentes, ser razonable y proporcionada asegurando un balance adecuado entre los derechos afectados por la medida y el interés de la sociedad.</p> <p>En cualquier caso, el refugiado tendrá derecho a presentar todo tipo de pruebas exculpatorias y recurrir la medida en sede administrativa y judicial.</p> <p>En caso de prosperar la expulsión, luego de concederse al refugiado un plazo razonable para gestionar su admisión legal en un tercer país, la medida respectiva sólo podrá hacerse efectiva hacia el territorio de un Estado que garantice su derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona al igual que su protección contra la expulsión, devolución o extradición en iguales términos que los establecidos en el artículo anterior”.</p> |
| Belice | Refugees Act, chapter 165 de 2000 | <p>Artículo 33: “1. No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.</p> <p>2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country”.</p> |
| Bolivia | Ley de protección a personas refugiadas N° 251 de 2012 | Artículo 4: “Ninguna persona refugiada o solicitante de tal condición, cuya solicitud se encuentre pendiente de resolución firme, podrá ser devuelta a su país de origen o a otro país donde su vida, seguridad o libertad peligre por cualquiera de las causales que dieron lugar al reconocimiento o solicitud de la condición de persona refugiada”. |
| Brasil | Ley N° 9474, Define mecanismos para a implementaç | <p>Artículo 36: “Não será expulso do território nacional o refugiado que esteja regularmente registrado, salvo por motivos de segurança nacional ou de ordem pública”.</p> <p>Artículo 37: “A expulsão de refugiado do território nacional não resultará em sua retirada para país onde sua vida, liberdade</p> |

| | | |
|-------------------------|---|--|
| | <p>ão do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências</p> | <p>ou integridade física possam estar em risco, e apenas será efetivada quando da certeza de sua admissão em país onde não haja riscos de perseguição”.</p> |
| <p>Colombia</p> | <p>Decreto N° 2840 de 2013</p> | <p>Artículo 32: “No se devolverá al solicitante de refugio a otro país, sea o no de origen, donde su vida, libertad e integridad personal peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.</p> |
| <p>Chile</p> | <p>Ley N° 20430, establece disposiciones sobre protección de refugiados</p> | <p>Artículo 4: “No procederá la expulsión o cualquier medida que tenga por efecto la devolución, incluyendo la prohibición de ingreso en frontera, de un solicitante de la condición de refugiado o refugiado al país donde su vida o libertad personal peligren. La protección en los términos enunciados precedentemente comprenderá, asimismo, cualquier forma de devolución hacia las fronteras de un país donde estuviere en peligro la seguridad de la persona o existieren razones fundadas para creer que podría ser sometida a tortura, a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A los efectos de determinar si existen tales razones, se tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el territorio de una situación persistente de violación manifiesta, patente o masiva de los derechos humanos. Aquellos solicitantes de la condición de refugiado que no hubieran obtenido el estatuto de tal, podrán solicitar un permiso de permanencia en el país, de conformidad con la legislación que establece normas sobre extranjeros en Chile”.</p> |
| <p>Ecuador</p> | <p>Ley de Movilidad Humana de 2017</p> | <p>Artículo 2: “La persona no podrá ser devuelta o expulsada a otro país, sea o no el de origen, en el que sus derechos a la vida, libertad o integridad y la de sus familiares corran el riesgo de ser vulnerados a causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, género, orientación sexual, pertenencia a determinado grupo social, opiniones políticas, o cuando haya razones fundadas que estaría en peligro de ser sometida a graves violaciones de derechos humanos de conformidad con esta Ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos”.</p> |
| <p>Guatemala</p> | <p>Código de Migración de 2016</p> | <p>Artículo 46: “Si se deniega el reconocimiento de estatuto de refugiado o asilado, la persona no podrá ser devuelta al país donde exista razón fundada de poner en grave peligro su vida, su integridad física y su libertad. El Estado de Guatemala, previo a la devolución, garantizará que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha sido puesta en conocimiento de la situación de la persona”.</p> |
| <p>Honduras</p> | <p>Decreto N° 208-2003, Ley de Migración y Extranjería de 2004</p> | <p>Artículo 44: “En ningún caso se obligará a una persona o grupo de personas que se encuentren en cualquiera de las situaciones consignadas en el Artículo 42 de esta Ley a retornar al país donde sus derechos se sientan amenazados. Tampoco se devolverán quien solicite refugio o al refugiado, ya sea desde la frontera, puerto o aeropuerto, o una vez que haya ingresado al territorio nacional”.</p> |

| | | |
|--------------------|--|---|
| Nicaragua | Ley N° 655, Ley de Protección de Refugiados | Artículo 8: “No se le podrá negar en modo alguno el acceso al territorio nacional a ningún refugiado o solicitante de reconocimiento de la condición de refugiado, ni podrá ser expulsado o devuelto a un territorio donde su vida o su libertad peligre por causa de las razones establecidas en los incisos A, B y C del artículo 1 de la presente Ley. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad de Nicaragua, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad nicaragüense. Dado el caso, el Estado debe considerar las obligaciones internacionales derivadas de otros tratados de derechos humanos vigentes en Nicaragua”. |
| México | Ley sobre refugiados y protección complementaria de 2011 | Artículo 6: “El extranjero al que se le otorgue protección complementaria no podrá ser devuelto al territorio de otro país donde su vida peligre o en donde existan razones fundadas para considerar que estaría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. |
| El Salvador | Decreto N° 918 de 2002 | Artículo 46: “La persona refugiada no puede ser expulsada o devuelta a otro país, sea o no de su origen, donde su derecho a la vida, integridad personal, libertad y seguridad estén en riesgo de violación por causa de su raza o etnia, género, religión o credo, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, por sus opiniones políticas, por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado el orden público”. |
| Panamá | Decreto Ejecutivo N° 5, de 2018 | Artículo 7: “Es el derecho que asiste al solicitante de la condición de refugiado y al refugiado a no ser devuelto al país donde su vida, seguridad o libertad personal peligren. El principio de no devolución también comprende la prohibición de rechazo en frontera. El principio de no devolución se aplicara y será respetado, desde el momento en que la persona manifieste de forma oral o escrita ante la autoridad receptora primaria, su intención de formalizar una solicitud de la condición de refugiado. El Ministerio de Gobierno, a través de la Oficina Nacional para la Atención de Refugiados, se encargará de velar por el cumplimiento del mismo. Artículo 8: La expulsión del solicitante de la condición de refugiado o refugiado que se encuentre en el territorio nacional, no podrá disponerse sino de manera excepcional, cuando razones de seguridad nacional o de orden público así lo justifiquen, o cuando, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la sociedad”. |
| Paraguay | Ley N° 1938, Ley General sobre Refugiados | Artículo 5: “No procederá la expulsión, devolución o extradición de un refugiado a otro país, sea de origen o de residencia habitual, cuando haya razones fundadas para considerar que se halle en peligro de ser sometido a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o donde sus derechos esenciales estuvieran en riesgo”. Artículo 6: “Excepcionalmente procederá la expulsión del refugiado, cuando existan razones fundadas en la seguridad nacional o en el mantenimiento del orden público que así lo justifiquen, en base a disposiciones de la Constitución Nacional, los tratados internacionales ratificados por la República del Paraguay o las leyes. Esta medida deberá |

| | | |
|----------------|--|---|
| | | adoptarse conforme a los procedimientos legales vigentes otorgando el derecho al refugiado de presentar pruebas exculpatorias y recurrir la medida. En estos casos se aplicará "El principio de la no devolución" y las disposiciones del Artículo 5 de la presente ley". |
| Perú | Ley N° 27891, Ley del Refugiado | Artículo 5: "5.1 Toda persona que invoque la condición de refugiado, puede ingresar a territorio nacional, no pudiendo ser reemplazada, devuelta, expulsada, extraditada o sujeta a medida alguna que pueda significar su retorno al país donde su vida, integridad o su libertad estén amenazadas por las razones señaladas en el Artículo 3° de la presente Ley. 5.2 El solicitante de refugio puede permanecer en el país hasta que se defina en última instancia su situación. 5.3 No puede invocar este derecho quien, por razones fundadas, sea considerado un peligro o haya cometido un delito grave fuera y antes de ingresar al Perú, y constituya una amenaza para el orden público y la seguridad interna". |
| Uruguay | Ley N° 18076, Ley del estatuto del refugiado de 2006 | Artículo 13: "Toda autoridad pública se abstendrá de devolver, expulsar, extraditar o aplicar cualquier otra medida que implique el retorno del solicitante o refugiado a las fronteras del país donde su vida, integridad física, moral e intelectual, libertad o seguridad estén en peligro". |

