

100
años



COLECCIÓN
CENTENARIO

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

Crisbeth Lorena Vigo Florián



FACULTAD DE
DERECHO



PUCP

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

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

Crisbeth Lorena Vigo Florián



FACULTAD DE
DERECHO



PUCP

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

© Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020
Facultad de Derecho
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú.
Teléfono: (51 1) 626-2000 / 5660
www.facultad.pucp.edu.pe/derecho

Coordinación:

Diseño de cubierta: Ronald Andia

Corrección de estilo y cuidado de la edición: José Luis Carrillo M.

Diagramación de interiores: Tarea Asociación Gráfica Educativa

Primera edición: diciembre de 2020

Tiraje: 300 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2020-09450

ISBN: 978-612-4440-16-8

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5

Publicado en diciembre de 2020.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	13
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO I:	
Hacia la regionalización del principio de no devolución	25
1. Punto de partida: el principio de no devolución no es único	26
1.1. Contenido consensuado a nivel universal del principio de no devolución en el DIR: el principio de no devolución de los refugiados	26
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	29
a) Las partes obligadas con el principio de no devolución de los refugiados	29
b) Ámbito personal del principio de no devolución de los refugiados	30
c) Ámbito objetivo del principio de no devolución	34
1.2. Contenido consensuado a nivel universal del derecho a la no devolución en el DIDH: el derecho a la no devolución causal	43
1.3. La naturaleza universalmente aceptada del principio de no devolución como una norma de derecho internacional consuetudinario	49

1.4. La controversial naturaleza jurídica del principio de no devolución como una norma de <i>ius cogens</i>	53
2. La ampliación del alcance del principio de no devolución: el aporte de las regiones europea y latinoamericana	60
2.1. Del principio al derecho a la no devolución: el derecho humano autónomo a la no devolución	61
2.2. La ampliación del ámbito personal del derecho a la no devolución: todos los extranjeros como titulares del derecho a la no devolución	63
2.3. La ampliación del ámbito objetivo del derecho a la no devolución: del riesgo de persecución al riesgo y causas ampliadas	67
2.4. La consolidación del alcance extraterritorial del derecho a la no devolución	78
2.5. La prohibición de las expulsiones colectivas	83
2.6. El principio del tercer país seguro como alternativa para devolver solicitantes de refugio	89
2.7. La inserción de algunos grupos en situación de vulnerabilidad en el estatuto de los refugiados con el fin de gozar una protección adicional	96

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	113
1. El caso de las personas refugiadas	114
1.1. Refugiados de la Convención de 1951 y de su Protocolo de 1967: los refugiados por persecución	114
a) Entrada ilegal de las personas refugiadas: ¿importa para el ejercicio del derecho a la no devolución?	116
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	118

1.2. La inclusión en la titularidad del derecho a la no devolución a las personas refugiadas según la definición ampliada del término «refugiado»	123
a) Personas refugiadas según la Convención de la OUA de 1969	124
b) Personas refugiadas según la Declaración de Cartagena de 1984	128
2. El caso de las personas solicitantes de refugio	140
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	140
3. El caso de los solicitantes de asilo diplomático	149
3.1. El caso de algunos grupos en situación de especial vulnerabilidad	153
3.2. Niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados	160
3.3. Mujeres víctimas de la trata de las personas	187
3.4. Personas con discapacidad	223

CAPÍTULO 3:

Estándares jurídicos para garantizar el derecho a la no devolución en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

1. Eliminando barreras: el derecho a entrar y residir en el territorio del potencial estado de acogida	242
2. Valorando caso a caso: la obligación de iniciar un procedimiento de devolución que respete las garantías del debido proceso	259
a) Garantías mínimas del debido proceso en procedimientos de devolución	271
3. Examinando el riesgo de devolución: la obligación de evaluar las circunstancias generales del estado de envío y las circunstancias personales de la persona, con el fin de determinar el riesgo real, personal y previsible de devolución	291

a)	El umbral y criterios para determinar el riesgo de devolución de los niños, niñas y adolescentes, en especial los no acompañados o separados	308
b)	El umbral y criterios para determinar el riesgo de devolución de las mujeres	310
c)	El umbral y criterios para determinar el riesgo de devolución de las víctimas de la trata de personas	311
d)	El umbral y criterios para determinar el riesgo de devolución de las personas con discapacidad	313
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	315
a)	Directrices para aplicar el principio del «tercer país seguro» garantizando el respeto del derecho a la no devolución	316
b)	Criterios para aplicar las excepciones al derecho a la no devolución establecidas en el artículo 33(2) de la Convención de 1951	324
b.1.	Diferencias con las excepciones al derecho a la no devolución establecidas en el artículo 27 de la CADH	335
b.2.	Diferencias con las «garantías diplomáticas»	343
	CONCLUSIONES	351
	BIBLIOGRAFÍA	363
	ANEXO:	
	Normativa interna de los Estados latinoamericanos vinculada con el derecho a la no devolución	433

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 período, 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; solo quisiera dejar por escrito mi amor infinito hacia ti y mi admiración por 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 en 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.

*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 MGF) (ACNUR, 2014)

«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 Francia) (ACNUR, 2014, p. 32)

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 la Mutilación Genital Femenina (MGF), o de otras formas graves de discriminación. Es más: podríamos narrar no solo historias de mujeres que se ven obligadas a huir, sino también de niñas, niños, de personas discapacitadas o que huyen de sus Estados por haber sido víctimas de un delito grave como la trata de personas, entre otros. Las experiencias traumáticas de estos seres humanos no deben continuar invisibles, sino obligarnos a replantear los conceptos jurídicos tradicionales.

Medido en cifras, el contexto internacional de movilidad humana forzada es hoy desalentador. El año 2017 se caracterizó por 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, solicitantes de refugio. Además, 50 % de la población refugiada son mujeres, y la proporción de menores ha aumentado ligeramente (un punto porcentual) respecto a los últimos años, hasta llegar al 52 % (ACNUR, 2018c). Estas cifras, que no tienen precedentes, representan un incremento anual jamás registrado por el ACNUR (ACNUR, 2018a).

En los últimos 70 años, la protección jurídica internacional de la persona humana ha motivado la proliferación de instrumentos internacionales de derechos humanos a nivel universal y regional. Así, podemos mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos – DUDH de 1948 (ONU, 1958); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – PIDCP, de 1966 (ONU, 1966); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de 1969 (OEA, 1969); la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1986 (OUA, 1981); y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950 (Consejo de Europa, 1950). En lo que se refiere a la protección específica de las personas mencionadas líneas atrás, se han instituido instrumentos internacionales que se ocupan de ellas, como la CDN (ONU, 1989), la CEDAW (ONU, 1979) y la CDPD (ONU, 2006).

Igualmente, en el campo del Derecho Internacional de los Refugiados (DIR), la protección jurídica de quienes viven en esta condición dio pie a la aprobación de la Convención de 1951 (ONU, 1951), de la Declaración de Cartagena de 1984

(Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá, 1984) y de la Convención de la Unión Africana, de 1969 (OAU, 1969).

A pesar de la consagración formal de los derechos humanos, la respuesta del Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH) ante las violaciones de estos derechos de las personas en situación especial de vulnerabilidad ha sido y es deficiente en muchos aspectos, pues existe un gran margen de diferencia entre las garantías formales y el disfrute real de los derechos (Castro-Rial, 2001). Precisamente, el contexto internacional actual, caracterizado por grandes flujos de movilidad humana forzada, refleja esta disparidad entre los marcos jurídicos existentes y el disfrute efectivo de los derechos humanos.

Es claro que los Estados son hoy incapaces de hacer frente a los nuevos flujos de movilidad humana, tanto a escala mundial como regional. Lamentablemente, esta incapacidad se está traduciendo en la adopción de políticas, leyes, 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. (Mendiola, 2017)

Este escenario ha desencadenado el aumento de las expulsiones y una mayor severidad del régimen sancionador, que presenta procedimientos sumarios de deportación expeditiva (Mendiola, 2017, pp. 77-78). Tal tendencia global se verifica también en nuestra región. En 2015, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) observó que, a pesar de la migración forzada de cientos de miles de personas en la región, no se han generado políticas efectivas para su protección; contrariamente, muchas de las medidas adoptadas se han enfocado en el control migratorio, marcado por la utilización generalizada de la detención migratoria y de procedimientos de deportación sumaria con el fin de desestimular la llegada de otros migrantes (CIDH, 2015).

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 por el mar (CIDH, 2015, p. 48). 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» (CIDH, 2018).

La situación descrita atenta contra uno de los principios esenciales del DIR, el de no devolución o *non-refoulement*. Este principio, contemplado en la Convención de 1951, 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 su libertad se vean amenazadas a causa de su raza, reli-

gión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política.¹ Pese a ser este un principio universalmente reconocido y aceptado por los Estados, existe evidencia sobre su constante violación. De ello da cuenta la jurisprudencia de los órganos del SIDH y del Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH) con las condenas a Estados y en diversos informes de organizaciones no gubernamentales.²

En este contexto, resulta urgente hacer efectiva 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 realizar devoluciones o expulsiones en el marco de 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, 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 étnico, su religión, el tener alguna discapacidad, su 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:

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

2 También puede verse Amnistía Internacional (2018) y Human Rights Watch (2018).

[...] 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 vulnerabilidad. (Comité de los Derechos del Niño, 2017)

Esta investigación tiene como propósito conocer y comprender cuáles son los estándares jurídicos que deben respetar los Estados para garantizar el derecho a la no devolución en el SIDH, con especial atención en los grupos más vulnerables. Partimos de la premisa de que el principio de no devolución no es único, pues coexisten en el derecho internacional 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 tales condiciones, identificamos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) 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): (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, con el fin de determinar el riesgo real, personal y previsible de devolución; y, (d) la obligación de seguir 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 tal virtud, partiendo de 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, hemos dividido el libro en tres capítulos. En el primero planteamos la clasificación del principio de no devolución y estudiamos su naturaleza jurídica, con el 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, lo que hizo posible 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, identifica-

remos 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 IDH (Corte IDH, 2014a) y serán interpretados considerando la situación de especial vulnerabilidad de algunos grupos.

Para alcanzar los objetivos propuestos en cada capítulo y demostrar la hipótesis de la investigación, se utilizará la misma metodología en los tres capítulos: 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 jurisprudenciales 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 – CAT, 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 para alcanzar el objetivo propuesto en cada capítulo.

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. Hemos denominado a este proceso «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, primero analizaremos el alcance de cada componente del principio de 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. Advertiremos que este principio ha dejado de ser un principio propio del DIR para convertirse en uno 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 revisaremos 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 refugiados (Garretón, 1994). Nació en Europa, en el período comprendido entre la Primera y la Segunda Guerra Mundial. En el año 1928, en la Liga de las Naciones se aprobaron acuerdos relativos al estatuto jurídico de los refugiados rusos y armenios, en los que 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 los que la persona no estuviere en condiciones de ingresar en un Estado vecino en forma regular (Garretón, 1994, p. 215).

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 1951.³ 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 Con-

³ De acuerdo con el preámbulo de la Convención de 1951.

tratante 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 [...]».⁴

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 del DI define su contenido. En otras 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 a los que, en la práctica, se les ha ido asignando un contenido (Pirjoja, 2007).

Lo anterior confirma que, por la vía de la 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, con el 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 Conferencia de Viena sobre Tratados (CVDT) y, en algunos casos, a los criterios auxiliares de interpretación del artículo 32 de la CVDT (ONU, 1969).⁵

4 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.

5 Artículo 32: «Medios de interpretación complementarios. Se podrá 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

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 con el objeto y fin del tratado, que se refiere a la adecuación del tratado al propósito que guio a las partes a contratar (principio de la *ratio legis*) (Salmón, 2014a, pp. 211-212).

Habiendo señalado las reglas de interpretación que seguiremos para comprender el alcance de los componentes inherentes del principio de no devolución de la Convención de 1951, es preciso tener siempre en consideración el carácter humanitario de este tratado (Comité Ejecutivo del ACNUR, 2002) 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 tirantez entre Estados. (Preámbulo de la Convención de 1951) (Cursivas nuestras)

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».

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 con el artículo I (1) de su Protocolo de 1967, también a todo Estado parte de él. La referencia a Estados contratantes incluye, siguiendo el artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos 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 Estado (ONU, 2002).

Así mismo, como veremos más adelante, actualmente se acepta que los Estados también son responsables por causas de riesgo que emanan de agentes no estatales (Unión Europea, 2014). Esta posición encuentra respaldo en el artículo 8 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos 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 estatales (Jiménez, 2017). Al respecto, el ACNUR reconoce que en la definición de refugiado —y, por tanto, en el alcance del principio de no devolución—

se debe reconocer agentes de persecución tanto estatales como no estatales.

Esto obedece 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» (ACNUR, 1967, párrafo 65; ACNUR, 2003a, p. 27).

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». Naturalmente, esta norma se refiere a las personas refugiadas que califican como tales de acuerdo con la definición que proporciona el artículo 1A (2) de la misma Convención, es decir, a los denominados «refugiados por persecución» (Salvador, 2016).

A la letra, el artículo 1A (2) de la Convención de 1951 señala que 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 esta definición, subyacen las cláusulas de inclusión, es decir, las condiciones fundamentales que debe satisfacer un individuo para la determinación de su condición de refugiado. Ellas son:⁶ (a) la persona debe encontrarse fuera de su Estado de nacionalidad y, en caso de un o una 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, (d) 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 de ello, establece que la definición de refugiado está compuesta por: (i) un elemento subjetivo, referido al concepto de ‘temor’, que requiere primordialmente una evaluación de las declaraciones del solicitante en lugar de 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 objetiva (ACNUR, 1992).

Otro aspecto fundamental en la definición de refugiado de la Convención de 1951 es la persecución. A criterio del ACNUR (1992, numeral 51), 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. Además, para este órgano también constituirían persecución otras violaciones graves de los derechos humanos por las mismas razones.

⁶ En el mismo sentido, Galindo (2001); Salmón (2014a, pp. 161-162).

En la Unión Europea (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 solo incluye los derechos a la vida, libertad e integridad, sino a otras violaciones graves de derechos humanos por las mismas razones».⁷

En el ámbito de la doctrina, coincidimos 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 community» (Hathaway, 1991, p. 112). 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» (1991, p. 105).

En síntesis, Valdez (2004) apunta cuatro aspectos respecto al concepto de persecución: 1) la persecución consiste tanto en una amenaza como en el daño efectivo de los derechos fundamentales de la persona; 2) puede efectuarse contra un individuo como contra 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,

7 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.

opinión política u otros, orientada a la vulneración de los derechos fundamentales de la persona; y, (4) la persecución puede proceder tanto de agentes del Estado como de individuos o grupos particulares.

Por otro lado, de acuerdo con el ACNUR, en 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» (ACNUR, 1967, párrafo 94).

En este punto, la cuestión controvertida consiste en conocer si la no devolución de la Convención de 1951 se limita a aquellos formalmente reconocidos como refugiados. Si bien abordaremos este aspecto detenidamente en el segundo capítulo, adelantamos que el estatuto del refugiado tiene un carácter declarativo, de manera que 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 la hayan cruzado sin ser admitidos formal o legalmente en el territorio del país, pues de lo contrario este derecho se tornaría ilusorio y vacío de contenido (Comité Ejecutivo del ACNUR, 1997).

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 la «devolución o expulsión en modo alguno». Así, 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 cuestión en peligro (Weis, 1995). La descripción formal del acto prohibido mediante el principio de no devolución (expulsión, deportación, regreso, rechazo en frontera, etcétera) no resultará entonces relevante para la aplicación del principio de no devolución.

Es necesario 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 Estado (Ghafur & Hiri, 2017); mientras que el término «devolución», cuyo equivalente en francés es *«refouler»*, que significa retornar o rechazar, se refiere a los solicitantes de refugio (Khan, 2014).

- (ii) *Amenaza contra la vida o la libertad*. La Convención de 1951, artículo 33(1), contempla el principio a la no devolución solo cuando la vida o libertad del refugiado

o solicitante de refugio peligren. 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 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 (Goodwin-Gil & McAdam, 2007).

En este sentido, el principio de no devolución de la Convención de 1951 se extiende a las personas que aleguen «temores fundados de ser perseguidas» (Sirelihulauter & Bethlehem, 2010), es decir, protege a aquellas personas que huyen de la persecución en su Estado de origen o en un tercer Estado (Ghafur & Hiri, 2017, p. 645). 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, tomando en cuenta estas consideraciones, el principio de no devolución se limitaría, también, al concepto de persecución y, de acuerdo con la interpretación textual de la norma, solo contemplaría el riesgo de vulneración de los derechos a la vida y la 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 motivo de su raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a un determinado grupo social.

Con el fin de determinar la definición de cada uno de

estos motivos, se puede recurrir al *Manual de procedimientos del ACNUR* (ACNUR, 1992), pues el significado de estos términos en el artículo 33(1) será idéntico al que presenta el artículo 1A(2) (Sirelihulauter & Bethlehem, 2010, p. 142). Sin perjuicio de ello, podemos mencionar algunos casos vistos en el sistema universal de protección de derechos humanos en los que se aplicó el principio de no devolución por riesgo de persecución por cada uno de estos motivos.

En relación con la raza como un motivo de persecución y el principio de no devolución, el Comité Contra la Tortura (CAT), en el dictamen sobre el Caso S.M. y A.M. contra Suecia, de 2011, reconoció la persecución por motivo de raza como una 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 Convención. (Comité Contra la Tortura, 2011)

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 de los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (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 [...]. (Comité de Derechos Humanos, 2013) (Cursivas nuestras)

En lo que concierne a la persecución por motivo de opinión política y el principio de no devolución, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en el dictamen del Caso Zhakhongir Maksudov, el Sr. Adil Rakhimov, el Sr. Yakub Tashbaev y el Sr. Rasuldzhon Pirmatov contra Kirguistán, concluyó que se habían violado los artículos 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 fidedig-

nas, 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. (Comité de Derechos Humanos, 2008)
(Cursivas nuestras)

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 [...]. (Comité de Derechos Humanos, 2013)

(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 solo 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 peligro (Sirelihulauter & Bethlehem, 2010, p.136). 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 residencia (Clayton, 2008, p. 409); 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 peligro (Hathaway, 1991, p.325). 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 de la Convención de 1951 se debe a que es el primer y único instrumento convencional universal que unificó el lenguaje en materia de refugiados (Ruiz, 2001). 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» (McAdam, 2017). No obstante, en su origen tuvo una serie de déficits, como las limitaciones temporales y espaciales a la definición de refugiado, establecidas inicialmente en su artículo 1, superadas con su Protocolo de 1967.

En relación con el principio de no devolución, también se evidencian algunas limitaciones, que hemos ido apuntando 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 a la situación en la que haya temor fundado a sufrir persecución, y a los derechos a la vida y la 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. Así mismo, el carácter fundamental de este principio ha sido constantemente destacado en diversas conclusiones del Comité Jurídico del ACNUR. 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 regionales» (Ruiz, 2001, p. 75).

A manera de síntesis, en el cuadro 1 detallamos los instrumentos internacionales a los que nos referimos.

Cuadro 1 Fuentes del principio de no devolución

Instrumento convencional universal	Artículo: no devolución
Convención de 1951	Artículo 33
CAT	Artículo 3
PIDCP	Artículos 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 el Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano	Artículo III(2)

Declaraciones y resoluciones	Artículo: no devolución
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	Numerales 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 SIDH.⁸

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 derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) ha sido fortalecer la protección contra la devolución y el reconocimiento del derecho al asilo como un derecho humano (Gil-Bazo, 1999). 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 refugiados (Gil-Bazo, 2015b). Es el caso de 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 Convención Contra la Tortura, 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 exis-

8 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 (véase Jackson, 1991, pp. 411-412).

tencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos. (ONU, 1987)

De esta manera, la CAT fue el primer instrumento internacional de derechos humanos que incluyó el derecho a la no devolución, que hemos denominado 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 solo a las personas que pueden sufrir tortura (Von Sternberg, 2001).

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 devolución. (Comité Contra la Tortura, 2018)

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 res-

pecto, vale 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» (OEA, 1985).

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. (Corte IDH, 2015)

En el ámbito europeo, el Comité Europeo de Derechos Humanos (CEDH) regula, en el artículo 3, la prohibición de tortura, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. A partir de esta norma, en el reconocido Asunto Soering contra Reino Unido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) interpretó que, aun cuando el CEDH no contiene una «disposición expresa de prohibición de no devolución», dicha prohibición está «already inherent in the general terms of article 3» (TEDH, 1989). 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» (TEDH, 1978).

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 devolución (Comité de Derechos Humanos, 1992); y 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 vigor (Comité de Derechos Humanos, 1992).

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 existen dudas de 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» (Comité Contra la Tortura, 2017).

Recordemos que fue el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, en el Caso Furundžija, el que 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. (Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 1998)

Es preciso 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 de los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Comité de Derechos Humanos, 1994). En este sentido, el Comité Contra la Tortura (2017) recuerda que también la prohibición de los malos tratos tiene carácter absoluto. 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. (TEDH, 2008a)

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 los que haya razones fundadas para considerar que con la expulsión se expondría a la persona a un riesgo real de ser sometida a tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Bruin & Wouters, 2003). 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» (Comité Contra la Tortura, 2017).

Ahora bien: otra diferencia entre el derecho a la no devolución causal y 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 principio de no devolución previsto en el DIR, pues puede exigir la protección de los extranjeros que no tienen derecho al estatuto de refugiado» (Comité de Derechos Humanos, 2018).

En esa línea, no solo el ámbito personal difiere del 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.

De los criterios para determinar este riesgo nos ocuparemos en el punto 3 del capítulo 3. Sin perjuicio de ello, adelantamos 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 sospecha» (Comité Contra la Tortura, 1997).

Finalmente, ambos derechos coinciden en relación con el 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, 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 Estado (Comité Contra la Tortura, 2017).

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

Actualmente, existe un consenso universal acerca del carácter consuetudinario del principio de no devolución (Bernhardt y North-Holland, 1985, p. 456); de ahí que sea considerado vinculante para todos los Estados, sean o no parte en la Con-

vención de 1951 o el Protocolo de 1967 (ver también ACNUR, 2007). 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 formal» (Goodwin-Gil & McAdam, 2007, p. 204).

Recordemos que las normas consuetudinarias de alcance general, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia (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) (Millán Moro, 1990). 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 considerable (Millán Moro, 1990, p. 90).⁹ 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 derecho (Millán Moro, 1990, p. 148).

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 Alto Comisionado concluyó que el principio de no devolución ha adquirido un carácter normativo y constituye una norma de derecho internacional consuetudinario (ACNUR, 1994a).

9 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.

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 que trasciende una mera obligación contractual limitada a un tratado particular (ACNUR, 1994a). Esto puede corroborarse en el cuadro 1, donde recogemos las fuentes del principio de no devolución a nivel universal y regional.

Así mismo, se menciona la amplia práctica de 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 con un estudio realizado en 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 interna (Sirelihulauter & Bethlehem, 2010, p. 164).

Como soporte de la *opinio juris*, se han resaltado las innumerables conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR, que componen un cuerpo integrado por los representantes de Estados que tienen «un demostrado interés en, y devoción a la solución del problema de los refugiados» (Sirelihulauter & Bethlehem, 2010, p. 165). Además, en el año 2001, con motivo del 50.º 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 (ONU, 2001a). 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 devolución (ONU, 2016).

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». ¹⁰ Así mismo, un tribunal en Hong Kong determinó la aplicación de este principio, a pesar de que la República Popular China no es parte de la Convención de 1951. En este 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 [...]. (Loper, 2010)

Finalmente, se debe agregar que la naturaleza consuetudinaria del principio de no devolución abarca no solo al principio de no devolución de los refugiados, sino también al derecho a la no devolución causal (Feith, 2016; Sirelihulauter & Bethlehem, 2010, pp. 167-168). Esta conclusión se deduce de la naturaleza consuetudinaria de la prohibición de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, reconocida

10 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 septiembre de 2002. Para un mayor análisis, ver Feith (2016, pp. 365-383).

por el Comité de Derechos Humanos.¹¹ 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, inhumanas o degradantes (Wet, 2004).

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

Un sector de la doctrina (Allain, 2002; Goodwin-Gil, 1986; Galinsoga, 1989; Gros Spiell, 1996; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996) se inclina por 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 han concluido que el principio de no devolución es una norma de *ius cogens* (2002, p. 539); (ii) la práctica de los Estados que ha surgido en América Latina sobre la base de la Declaración de Cartagena de 1984 (2002, p. 359); y, (iii) los incrementos en las violaciones del principio de no devolución, siguiendo la lógica de la jurisprudencia de la CIJ, elementos que pueden servir para fortalecer la norma de no devolución (2002, p. 541).

Se ha producido en el derecho internacional una discusión acerca de la existencia de una jerarquía de normas; de

11 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, párrafo 8.

tal modo, el artículo 38 del Estatuto de la CIJ¹² se presenta como un reflejo de esta falta de jerarquía entre las principales fuentes del ordenamiento internacional (Reyes, 2009). Tal jerarquía giraría en torno al artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, las normas imperativas (*ius cogens*) y las obligaciones *erga omnes* (ONU, 2006). Nos ocuparemos aquí de 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) (ONU, 2017). 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 de *ius cogens* son superiores a otras normas del DI, (5) las normas

12 «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 [...]».

de *ius cogens* sirven para amparar valores fundamentales de la comunidad internacional, lo que muchas veces se denomina el orden público u orden público internacional (ONU, 2016).

En relación con el primer elemento básico, Tadli concluyó que este 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* (ONU, 2017, párrafo 40). En este punto, según Tadli, las normas de DI consuetudinario y los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas son fuentes del DI general (párrafos 47 y 48). Por tanto, la expresión «DI general» abarca, además del DI consuetudinario, los principios generales del derecho (párrafo 52). 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 tienen la posibilidad de alcanzar el rango de *ius cogens* (párrafo 59).

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» (ONU, 2017, párrafo 63). Estos dos requisitos indican lo que se debería demostrar como «aceptado y reconocido» por la comunidad internacional de Estados en su conjunto (párrafo 64). Vidmar y Wet apuntaron que la exigencia de la aceptación y el reconocimiento implica una «doble aceptación», ya que esa norma primero tendría que ser aceptada como una norma «ordinaria» de DI y, posteriormente, como una norma imperativa de DI (De Wet, 2013). 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. (ONU, 2017 párrafo 77)

En el mismo sentido, Reyes señaló que la *opinio juris* en las normas de *ius cogens* tiene una naturaleza particular (Reyes, 2009, p. 366), 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» (Salmón, 2001, p.139). Precisamente sobre el carácter absoluto e incondicional de las normas de *ius cogens*, Orakhelashvili escribe que este 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 nor-

mative 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. (Orakhelashvili, 2008)

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 un elemento importante de la naturaleza del *ius cogens* (Comisión de Derecho Internacional, 2016, párrafo 62). 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* (Comisión de Derecho Internacional, 2016, párrafos 62 y 73). Precisamente en relación con el 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 *ius cogens* context, derogation is generally understood to refer to legal acts or rules which depart partially or fully from the requirements of a *ius cogens* rule. (Hsameed, 2014)

Con estas consideraciones, para 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 CVDI 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 general (Allain, 2002). En consecuencia, el principio de no devolución es que es una norma de DI general 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 consideremos 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» (Allain, 2002, p. 538). 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, Hannkainen (1988) 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».

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 peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte. Es más: en 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 [...]. (Unión Europea, 2011)

Todo lo mencionado es muy importante, ya que, según Tadli, los tratados son unos de los materiales pertinentes para determinar la aceptación y el reconocimiento de la inderogabilidad (Comisión de Derecho Internacional, 2016, párrafo 82). 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, mientras su Protocolo de 1967 incluye a 146 Estados parte. De esta manera,

toda vez que el carácter y el rango de las normas de *ius cogens* vienen definidos por su inderogabilidad (Comisión de Derecho Internacional, 2018), 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, apreciamos 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 en 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, ambos mantienen algunas limitaciones. Podemos mencionar, en esa línea, que 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 las 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 aporte de las regiones europea y latinoamericana

La evolución de la protección internacional de los refugiados refleja que los sistemas regionales a cargo de esta protección han tenido una participación activa en la protección de refugiados, como puede verse en los instrumentos internacionales regionales, en las declaraciones sobre la materia y en la jurisprudencia de sus principales órganos jurisdiccionales. En lo que atañe a la prohibición de devolución se ha avanzado notablemente. Por este motivo, nos ocuparemos de conocer los principales aportes de las regiones europea y latinoamericana,

con el propósito 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 Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 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 su raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas.

A partir de esta norma, tanto la CIDH (CIDH, 2000) como la Corte IDH (Corte IDH, 2013) han concluido que, en el SIDH, el principio de no devolución, 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 el que se 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.* (Corte IDH, 2013, párrafo 135) (Cursivas nuestras)

En relación con 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. (Ruiz, 1999)

Pues bien: en el marco de la CADH, entonces, se consagró este derecho a la no devolución como un derecho humano autónomo, que no solo 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 reciente Opinión Consultiva N° 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) [...]. (Corte IDH, 2018)

Por otro lado, la autonomía de este derecho del DIR queda en evidencia de acuerdo con la Corte IDH, ya que no solo es fundamental para garantizar el derecho de refugio sino también como garantía de diversos derechos humanos inderogables, ya que es una medida cuyo fin consiste en preservar la vida, la libertad o la integridad de la persona protegida (Corte IDH, 2014b, párrafos 211 y 224-227; 2018, párrafo 180).

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 los que su derecho a la vida o a la libertad se encuentre amenazado por los motivos enlistados (Corte IDH, 2018, párrafo 186). Precisamente, a continuación analizaremos el 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

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 de nuestra región 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, este artículo comienza señalando que «[e]n ningún caso el extranjero [...]». A partir de ello, es evidente que el 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 solo a una categoría específica dentro de los extranjeros*, como sería[n] los solicitantes de asilo y refugiados. A esta conclusión se llega a partir de una interpretación literal de los términos del artículo. (Corte IDH, 2013)¹⁴⁵ (Cursivas nuestras)

A efectos de ahondar en el término «extranjeros», la Corte IDH opta por una interpretación amplia, pues es de la opinión de que el término «extranjero» incluido en el artículo 22(8) debe entenderse como toda persona¹³ que no sea nacional del Estado en cuestión o que no sea considerada como nacional suyo por el Estado conforme a su legislación (Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 2013). 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 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 la crucen sin ser admitidos formal o legalmente en el territorio del país (Corte IDH, 2014b, párrafo 210); y las personas que cumplen las condiciones básicas para

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

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 con la Convención de 1951 (O'Donnell, 1988).

Por su parte, en el ámbito 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 ellas 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 solo a refugiados o solicitantes de refugio, pues se consigna la palabra «nadie» para 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 de «refugiado» de la Convención de 1951 (Duffy, 2008). 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, también en este continente 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 de este capítulo, con el derecho a la no devolución ampliado. En ambos casos, el aspecto personal involucra a todos los individuos. Así, 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.

Es preciso 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 ONU (ONU, 2014). En el artículo 6(b) de este proyecto se contempla el principio de no 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 peligran. Al respecto, en las regiones, a través de distintos instrumentos convencionales y de una serie de fallos de sus órganos jurisdiccionales, se 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.* La normativa comunitaria europea 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. Ello se deduce de los artículos 5¹⁴ y 9¹⁵ de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y

14 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».

15 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».

procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

Al respecto, el TEDH, en el Asunto N. contra Reino Unido, de 2008 (TEDH, 2008), 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 solo cuando ocurran ciertas circunstancias excepcionales; de lo 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 pare-

cía 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. (TEDH, 2008b, párrafo 42)

En la jurisprudencia del TEDH encontramos también que este órgano analizó una medida de extradición que involucraba a 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 los Estados Unidos de América 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. (TEDH, 2013b, párrafo 51)

A partir de tales consideraciones, el TEDH estipula que el 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» (TEDH, 2013, párrafo 57).

En un sentido similar, la CIDH (2008, párrafo 94)¹⁶ y la Corte IDH (2011a, párrafo 43) han conocido casos en los que se discutía la expulsión de extranjeros en grave estado de salud. El criterio de la Corte IDH para 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 su salud o, incluso, cuando pueda derivar en su muerte (Corte IDH, 2014b).

Agrega la Corte IDH, siguiendo la jurisprudencia del TEDH y los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos,¹⁷ que, a efectos de evaluar una posible vul-

16 «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 sufrimiento prolongado y una muerte prematura». Véase también CIDH (2018, párrafo 4).

17 La Corte IDH se refiere al siguiente caso: Comité de Derechos Humanos. Comunicación Nº 900/1999. UN Doc. CCPR/C/76/D/900/1999, dictamen adoptado el 13 de noviembre de 2002, párrafo 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,

neración de la CADH o de la DUDH, habrá que 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 ella, entre otros aspectos.

Entendemos que la Corte IDH cuenta con un criterio similar al europeo, aunque en un sentido más amplio: a diferencia del TEDH, añada como aspecto que se ha de 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 trabajo (Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2005), para que una expulsión o devolución no transgreda el derecho a la salud, se debe considerar si en el Estado de destino existe: disponibilidad, 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 satisfagan los requisitos que ha señalado el TEDH: circunstancias excepcionales y la cuestión de vulnerabilidad (Flegar, 2016).

Esto 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

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».

demandante era un solicitante de refugio, que pertenecía por ello 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 CEDH (TEDH, 2011a, párrafo 251).

Para ello, el TEDH examinó que la situación en la que se encontró al 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, pues no existen las condiciones necesarias que permitan garantizar el alojamiento de solicitantes de refugio (TEDH, 2011a, párrafos 254, 257 y 258). De esta manera, el TEDH encontró que Grecia violó el artículo 3 del CEDH 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 Convenio. (TEDH, 2011a, párrafo 263) (Cursivas nuestras)

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 el que 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» (TEDH, 2011f).

A partir de ello, el TEDH consideró que las condiciones de vida en Somalia son extremas, los campamentos de asistencia humanitaria están sobrepoblados. Además, como resultado del hacinamiento, los nuevos refugiados no pueden construir refugios y, en su lugar, tienen que quedarse con familiares o miembros del clan. Muchos refugiados se quejan de que la asignación de agua es insuficiente, ya que la infraestructura existente asociada con este recurso se diseñó solo para un tercio del número de personas que viven actualmente en los campamentos, y carecen de acceso a alimentos. También, existen informes que relevan la inseguridad 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 CEDH (TEDH, 2011f, párrafos 281-292).

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 del 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, pues aquí existía un gobierno central, había en algunos espacios 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 usar 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 caso no se verificaron circunstancias excepcionales que sustentasen una violación del artículo 3 del CEDH (TEDH, 2013a, párrafos 91-93).

En ese sentido, parecería que 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 todavía no está consolidado. Pese a ello, es sin duda 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 N° OC-25/18 (párrafo 129), la Corte IDH establece 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 humanos, la agresión extranjera, los conflictos internos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público (Corte IDH, 2001).

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 las causas indicadas. Sin perjuicio de que en el punto 1.2 (b) del segundo capítulo de este trabajo ahondaremos en las características de esta definición, brindamos aquí una aproximación a las causales de riesgo ampliadas del derecho a la no devolución:

- **Violencia generalizada**. Este término no se encuentra ni en el DIR ni en el derecho internacional humanitario (DIH); tampoco tiene una definición estricta o cerrada. Si se lo interpreta 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 (ACNUR, 2013).
- **Violaciones masivas de los derechos humanos**. La jurisprudencia de la Corte IDH es muy ilustrativa en este as-

pecto. De ella podemos extraer que para que las violaciones de los derechos humanos sean masivas, se considera la magnitud y el contexto generalizado de violencia ejercida por el Estado (Corte IDH, 2009a, 2012a, párrafos 152 y 221). 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 conjunto (ACNUR, 2016).

- 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 derecho internacional (ACNUR, 2016, párrafo 74). Para ello, puede recurrirse a los actos enunciados en la Resolución 3314 (XXIX) de la AG de la ONU (ONU, 1974). Para efectos de la Declaración de Cartagena de 1984, según el ACNUR, la agresión extranjera puede equipararse al crimen que conduce a un conflicto armado internacional (CAI) en el sentido del DIH, así como a situaciones no clasificadas como tales en este último. Estas situaciones pueden incluir conflictos impulsados por injerencia externa (por ejemplo, el ingreso de miembros de fuerzas armadas de otro Estado o incursiones de grupos armados extranjeros) (ACNUR, 2016, párrafo 74).
- Conflictos internos. En principio, abarca los conflictos armados no internacionales (CANI) cubiertos por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y por el Protocolo Adicional II (ONU, 1989). 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 desarrolla en el territorio de un Estado parte de los Convenios de Gine-

bra (Salmón, 2014b). 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. (Salmón, 2014b, p. 125)

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 DIH (ACNUR, 1967). Por ejemplo, existen situaciones de violencia armada que podrían no alcanzar el umbral de un CANI a efectos del DIH, o en las que el estatus de la situación no es claro, no obstante que la vida, seguridad o libertad de los civiles se encuentren en riesgo y necesiten protección internacional (ACNUR, 2013a).

- 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 paz (ACNUR, 2016, párrafo 78).

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. Por ello, el alcance extraterritorial de la prohibición de devolución es uno de los aportes más trascendentes para afrontar la actual crisis de refugiados. En 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 esta ejerza efectiva jurisdicción. De modo que el criterio decisivo no es si tales personas están en el territorio del Estado sino, más bien, si se encuentran bajo el efectivo control y autoridad de ese Estado (ACNUR, 2007).

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 entrevista (CIDH, 1997b).

La Corte IDH no es ajena a este análisis. En la Opinión Consultiva N° 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 esté en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado (Corte IDH, 2014b, párrafo 219). De este modo, para la Corte IDH el derecho a la no devolución aplica también en la frontera, en las zonas de tránsito internacional y en altamar (Corte IDH, 2018, párrafo 187).

Recientemente, la Corte IDH se pronunció sobre las obligaciones derivadas del derecho a la no devolución en el ámbito de una legación. Así, 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*. Y concluyó que el derecho a la no devolución abarca el ámbito de las legaciones, debido al ejercicio de la jurisdicción extraterritorial (Corte IDH, 2018, párrafo 192).

A escala europea, 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 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 individuo (TEDH, 2012).

Los acontecimientos que motivaron la sentencia del TEDH ocurrieron en alta mar, donde las autoridades italianas interceptaron tres navíos en los que viajaban alrededor de 200 personas que huían de Libia. Los ocupantes de los navíos interceptados fueron llevados a las embarcaciones del servicio de guardacostas italiano y trasladados luego 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, cu-

yas tripulaciones estaban compuestas únicamente por personal militar italiano. Por ello, en el período comprendido 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 italianas (TEDH, 2012, párrafo 81).¹⁸

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 con lo estipulado en el artículo 3(1) de la Directiva 2013/32/EU.¹⁹

Así mismo, 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,

18 En el mismo sentido: TEDH. Asunto Kebe y otros contra Ucrania. Demanda N° 12552/12. Sentencia del 12 de enero de 2017.

19 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».

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. (Unión Europea, 2014)

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 devolución (Esteve, 2015).

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 de este Reglamento. 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. (Unión Europea, 2014, artículo 7[2])

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. Además, en ese 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 refugio (European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders, 2015).

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 (GO)

apoyaron con la identificación de víctimas de trata de personas. Igualmente, cualquier persona que expresó, de alguna manera, temor de sufrir un daño grave si era devuelta a su Estado de origen o residencia habitual, o solicitado refugio o cualquier otra forma de protección internacional, fue referida por los GO a las autoridades italianas (European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders, 2015, p. 6).

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 del derecho internacional y el respeto 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 y por la UE, y abrir 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 (Esteve, 2015, p. 160).

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 se puede 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.

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, cae en arbitrariedad (Corte IDH, 2012b). 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 numeroso (CIDH, 2015). 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 cabo (CIDH, 2012c, párrafo 253).

¿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 colectiva (Corte IDH, 2012b, 2014a; Corte IDH, 2004a, párrafo 361). 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 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, que tenía por objeto el análisis de la repatriación de un grupo de aproximadamente 200 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» (TEDH, 1975). Uno de los casos más emblemáticos en los que el TEDH aborda el análisis de las expulsiones colectivas fue el Asunto de Conka contra Bélgica. En él, 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 de las razones de la decisión y sin poder acceder a un recurso para cuestionar la decisión. En esta decisión, el Tribunal precisó que:

[...] its case-law whereby collective expulsion, within the meaning of Article 4 of Protocol N° 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 N° 4. (TEDH, 2002a)

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» (TEDH, 2002a, párrafo 63).

Así mismo, la sentencia emitida por el TEDH en el Asunto Hirsi Jamaa y otros contra Italia es calificada de histórica (Bollo, 2012), 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 ilegal (TEDH, 2012, párrafo 160).

Por este motivo, 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 en 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 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 conjunto. (TEDH, 2012, párrafo 178)

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» (TEDH, 2007d, párrafo 81).

Finalmente, si bien hemos apuntado que el desarrollo y la codificación de la prohibición de expulsiones colectivas se han 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 en tres instrumentos regionales de derechos humanos ratificados por gran parte de los miembros de la comunidad internacional.²⁰

20 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, párrafos 113 a 115. En el mismo sentido: Informe del relator especial

A ello cabe agregar que, en el plano universal, está contenida en el artículo 22 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que prescribe: «[l]os trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente». Además, si bien no se encuentra regulada expresamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General Nº 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. (Comité de Derechos Humanos, 1986)

sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Sr. Jorge Bustamante, UN Doc.A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008, párrafo 49, nota a pie 36.

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. Además, hoy en día muchos Estados siguen practicando expulsiones colectivas, incluso en regiones del mundo vinculadas por un instrumento jurídico que prohíbe tales expulsiones: en África, América Central²¹ y, añadiríamos, Europa. Por esto, no habría evidencia que sustente la *opinio juris* de la prohibición de expulsión colectiva, sin negar su alcance universal, en el sentido de que muchos instrumentos internacionales regionales y universales la contemplan.

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

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 protección (Quel, 2002). 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

21 Relator especial, Sr. Maurice Kamto. Tercer informe del relator especial sobre la Expulsión de Extranjeros, párrafos 113 y 114.

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 seguro (Van Selm, 2001).

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), con el 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 más importantes de la Resolución: (i) los 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*» (Unión Europea, 1992).

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 (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2013b, artículo 1[2]). 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 sistemá-

ticas 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 internacional (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2013, artículo 1[2]).

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 a una persona en aplicación del Reglamento UE Nº 604/2013. En este caso, el demandante entró en territorio de la UE por Grecia, donde se tomaron muestras de 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, 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 seguro (TEDH, 2011a, párrafos 9-16).

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 indi-

rectamente, a su país de origen sin una valoración en virtud del artículo 3 del CEDH de los riesgos que enfrenta (TEDH, 2011a, párrafo 342).

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 a 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 Alemania (TEDH, 2000a).

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 echar a una persona cuando existan serios y fundados motivos para creer que si la expulsaban hacia el país de destino correría un riesgo real de sufrir maltrato contrario al artículo 3 (TEDH, 2000a, p. 15). Más adelante, esta jurisprudencia fue confirmada y consolidada en la decisión del Asunto K.R.S. contra Reino Unido (TEDH, 2008f).

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 2002. 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 1967 (Acuerdo, párrafos 8 y 1). 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 sea evitada (Acuerdo, párrafos 8 y 4).

Según el Acuerdo, los solicitantes de refugio deben pedir protección internacional bajo el estatuto del refugiado en el primer país seguro al que arriben, a menos que estén inmersos en alguna excepción. En este sentido, como regla general, el «tránsito» 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 protección (Acuerdo, artículos 4 y 5).

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 hacerlo (Acuerdo, artículo 6).

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 refugio (Acuerdo, artículo 3). 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» (Acuerdo, artículo 3).

Pese a ello, concordamos con quienes cuestionan este Acuerdo, aduciendo que la práctica y la normativa de los Estados Unidos demuestran 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 los Estados Unidos, sabiendo que podría ser devuelto, incluso si ella es un solicitante de refugio de buena fe, Canadá también viola sus obligaciones en virtud de la Convención de 1951, pues incurriría en devolución indirecta (González, 2012).

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: se aduce que Estados Unidos 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 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. (Deepti, 2012)

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 Estados Unidos. En resumen, se cuestiona la designación de este último como un tercer país seguro, y se describen las muchas maneras en que el sistema de refugio y el régimen de detención de inmigrantes de Estados Unidos 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 cargo (Amnesty International, 2017). Pese a las críticas, este Acuerdo se mantiene vigente.

Pues bien: a pesar de los vastos cuestionamientos contra la aplicación del 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 y 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» (Comité Ejecutivo ACNUR, 1979, 1989a, 1999a).

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 procesales (ACNUR, 1997b). 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 el DIDH (ACNUR, 2001). 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 con el fin de gozar de una protección adicional

Antes de comenzar con este acápite, es preciso reconocer que el análisis de la inclusión de los grupos vulnerables en el estatuto de los refugiados ha sido desarrollado principalmente a escala universal gracias a acciones impulsadas por el ACNUR a través de una serie de directrices de *soft law* y de conclusiones de su Comité Ejecutivo, así como por los órganos de control de la ONU, de los cuales nos ocuparemos en el segundo capítulo, cuando analicemos la titularidad de cada uno de los grupos en situación de vulnerabilidad del derecho de no devolución materia de estudio.

Sin perjuicio de ello, y considerando que el objetivo de este 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 en lo que concierne a garantizar la protección internacional mediante el estatuto de los refugiados y, por ende, del derecho de algunos grupos en situación de vulnerabilidad

a la no devolución, como las mujeres, los niños y niñas no acompañados o separados, las víctimas de trata de personas y 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 quiénes son personas vulnerables para garantizarles una protección específica en el marco de procedimientos de refugio. En esas definiciones se incluye 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 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 las priva de libertad, en los procedimientos de retorno y en los procedimientos de solicitud de asilo. Con el propósito de detallar este aporte, en el cuadro 2 mostramos las disposiciones más relevantes vinculadas a la protección adicional de personas en situación de vulnerabilidad.

Cuadro 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)	Artículo 1 (k) Definición de solicitante con necesidades de acogida particulares	Una persona vulnerable, con arreglo al artículo 21, que requiera garantías particulares para poder disfrutar de los derechos y cumplir las obligaciones previstas en esta Directiva.
	Artículo 11 Disposiciones para el internamiento de personas vulnerables y de solicitantes con necesidades de acogida particulares	Se dispone que cuando se interne a personas vulnerables, los Estados miembros garantizarán un control regular y una ayuda adecuada que tendrá en cuenta su situación particular, incluida su salud.
	Artículo 17 Normas generales sobre condiciones materiales de acogida y atención sanitaria	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.
	Artículo 18 Modalidades de las condiciones materiales de acogida	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.

Norma	Artículo	Disposición
	<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>Esta 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 adecuado.</p>
	<p>Artículo 23</p> <p>Menores</p>	<p>El interés superior del menor será la consideración básica para los Estados miembros a la hora de aplicar las disposiciones de esta 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>
	<p>Artículo 24</p> <p>Menores no acompañados</p>	<p>Los Estados miembros adoptarán lo más rápidamente posible las medidas necesarias para asegurar que un delegado represente y asista al menor no acompañado de modo que este pueda disfrutar de los derechos y cumplir las obligaciones que establece la Directiva.</p>

Norma	Artículo	Disposición
	Artículo 25 Víctimas de la tortura y de la violencia	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)	Artículo 3(9) Definición de personas vulnerables	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.
	Artículo 14 Garantías a la espera del retorno	Los Estados miembros velarán por que se tengan en cuenta para la salida voluntaria y durante los períodos de aplazamiento de la expulsión, las necesidades especiales de las personas vulnerables.
	Artículo 16 Condiciones del internamiento	Se prestará particular atención a la situación de las personas vulnerables. Se les dispensará atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades que pudieran presentar.
	Artículo 15 Requisitos para la entrevista personal	Los Estados miembros asegurarán que la persona que vaya a celebrar la entrevista sea 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.

Norma	Artículo	Disposición
Directiva sobre procedimientos de asilo (Directiva 2013/32/UE)	Artículo 25 Garantías para los menores no acompañados	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 esta Directiva. En la aplicación de la Directiva, el interés superior del niño será una consideración primordial de los Estados miembros.
	Artículo 37 Procedimiento de examen	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	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.

Norma	Artículo	Disposición
(Directiva 2011/95/UE)	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, a través de 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 Tribunal de Justicia Europeo (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* (TJUE, 2013). 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 primordial (TJUE, 2013, párrafo 47). Así mismo, el TEDH conoció asuntos en los que, debido a la vulnerabilidad de las personas, estableció la necesidad de una protección adicional. Estos casos están

vinculados sobre todo con violaciones de los derechos de los menores no acompañados (López, 2013).

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 CEDH (TEDH, 2011b).

Esta sentencia del TEDH es muy importante en materia de 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, 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 aquellos (TEDH, 2011b, párrafos 92-94).

En el mismo sentido, en el Asunto Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica, se subraya que entre las circunstancias que se deben valorar para determinar si se ha superado el 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 detención (TEDH, 2006b).

Además, 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. (TEDH, 2014b)

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 su voluntad 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, para observar el estándar de protección de las personas vulnerables. Se debe 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 3).

Cuadro 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	Conclusión o párrafo	Disposición
<p>Declaración y Plan de Acción de México</p> <p>Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina</p> <p>(16/11/2004)</p>	<p>Vigésimo segundo párrafo</p> <p>Protección internacional por motivos de género</p> <hr/> <p>Numeral 2</p> <p>Recomendación de plan estratégico regional</p>	<p>Reconociendo que la persecución puede guardar relación con el género y la edad de los refugiados, e identificando 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.</p> <hr/> <p>Tomar en cuenta las necesidades específicas de protección de mujeres y hombres, minorías étnicas, ancianos y personas con discapacidades.</p>
	<p>Párrafo sexto</p> <p>Personas que necesitan atención diferenciada</p>	<p>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.</p>

Declaración	Conclusión o párrafo	Disposición
Declaración de Brasilia sobre la protección de personas refugiadas y apátridas en el continente americano (11/11/2010)	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.
	Conclusión décima Niños separados o no acompañados	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, no existe en el marco de la protección de refugiados en la región disposición alguna 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, en el marco de los flujos migratorios y de refugiados, como los niños y niñas separados o no acompañados, las víctimas de la trata de personas y 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 de explotación sexual o prostitución forzada» (CIDH, 2013). 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» (CIDH, 2015).

La contribución 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 proyectarse sobre los procedimientos judiciales o administrativos en los que se resuelva sobre sus derechos, lo cual implica una protección más rigurosa de los artículos 8 y 25 de la CADH (Corte IDH, 2013).

Así mismo, la Corte IDH, al verificar la transgresión de los derechos de los niños Pacheco Tineo 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 por las autoridades parte interesada o activa 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» (Corte IDH, 2013, párrafos 227 y 228).

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 del derecho a la protección familiar y a vivir en ella; (ii) la separación de niños y niñas de sus padres puede poner en riesgo su supervivencia y su desarrollo; 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 expulsados (Corte IDH, 2013, párrafos 222-225).

Es preciso agregar, en esta línea, que el derecho a la unidad familiar, que 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, como 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 familiar (TEDH, 2009c).

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 o en necesidad de protección internacional. Sin duda, el aporte de la Corte IDH que se desprende de esta opinión consultiva es extenso 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 deben ser considerados para determinar la necesidad de medidas positivas adicionales y específicas (Corte IDH, 2014b, párrafo 71).

En suma, en la primera parte de este capítulo hemos evidenciado que, actualmente, en el derecho internacional el principio de no devolución no es único, ya que coexisten: (i) 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, cuenta con componentes básicos que operan como mínimos y con carácter complementario. (ii) El derecho a la no devolución causal, contenido en la CAT, el PIDCP, el CEDH y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. Este derecho también tiene un alcance universal, es de naturaleza consuetudinaria y constituye, incluso, una norma de *ius cogens*.

En la segunda parte hemos identificado el derecho a la no devolución ampliado, del que se deduce la «regionalización del principio de no devolución». En el SIDH, este derecho se ha convertido en un derecho humano autónomo, por lo que, consideramos, se puede 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 incluyen 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 se 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, vale 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 Derecho Internacional de los Refugiados (DIR), para ser titular del derecho a la no devolución una persona 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 plantea 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 legislación (Corte IDH, 2014b, párrafo 218).

En tal sentido, en este 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 con el fin de conceptualizar

las categorías de: personas refugiadas según la definición ampliada, y solicitantes de refugio. Posteriormente examinaremos los fundamentos que sustentan que sean titulares del derecho a la no devolución.

Así mismo, 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: niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados; mujeres; víctimas de la trata de personas, y personas con discapacidad. Con ese propósito acudiremos al DIR a efectos de conocer los avances vinculados con su incorporación en el estatuto de los refugiados y, así, estar en condiciones de 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 pueda ejercer (o no) el derecho a la no devolución, independientemente de las excepciones que veremos más adelante.

Sin perjuicio de que en este apartado estamos estudiando la figura del refugiado bajo la Convención de 1951, es importan-

te mencionar que en adición a la definición general de dicha norma, el Estatuto del ACNUR consagra otra para los efectos de la protección por ese 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. (ONU, 1950)

Se considera que esta definición es «amplia» porque: (i) El Estatuto del ACNUR no estableció desde su inicio limitaciones ni en el tiempo ni en el espacio de aplicación (Galindo, 2001, p. 115). (ii) El ACNUR tiene el mandato respecto de los refugiados a escala mundial, independientemente de la ubicación de los refugiados (ACNUR, 2013b). (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 colectiva (ACNUR, 2003c). (iv) Vinculada con la anterior, el ACNUR tiene la autoridad de declarar a los individuos como refugiados mediante una determinación *prima facie* (ACNUR, 2015). (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» (ONU, 1994).

Ahora, examinemos 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 solo 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 replicó esta restricción.²² Pese a ello, en ambas propuestas se incluyó 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 threatened» (ONU, 1950).

De este modo, de acuerdo con lo que señala Hathaway, esta restricción no es relevante para determinar la aplicación del 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 relevante (Hathaway, 1991, p. 303). 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.

22 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» (ONU, 1950).

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. Tal 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 este 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 llevaría a que para la aplicación del 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, 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 (Ghafur & Hiri, 2017, p. 47).

En consecuencia, ni la irregularidad de la entrada ni la presencia del refugiado en el territorio del Estado son causales habilitantes para que un Estado lo pueda devolver al país del que huye; aunque esto no implica que los Estados no puedan controlar el ingreso irregular de los refugiados. Como ejemplo de ello, el artículo 5, párrafo 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 formalmente (TEDH, 2008a, párrafo

33). Así mismo, actualmente el gobierno de los Estados Unidos está emitiendo directivas para controlar el ingreso irregular de migrantes; sin embargo, como 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 ve limitada por el compromiso que este 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 CIDH, que no tiene significancia alguna si el ingreso de la persona al territorio estatal fue acorde o no con lo dispuesto en la legislación estatal (CIDH, 2014b, p. 23). En 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; mucho menos, implica que puedan devolver o expulsar a su país de origen a personas cuyas vidas o cuya 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, etcétera, no restringe la aplicación del derecho a la no devolución bajo la Convención de 1951, como vimos al tratar la aplicación extraterritorial de este derecho.

Precisamente, hemos analizado que el 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», donde cabría incluir el rechazo en la frontera. Como ha apuntado un comentarista, en la ley belga y francesa el término «devolución» (*refouler*) cubre comúnmente el rechazo en la frontera (Weis, 1995, p. 342). Esta interpretación es respaldada por diversas conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR. Por ejemplo, en la Conclusión N° 6 de 1977, el Comité reafirmó «[...] la importancia fundamental de la observancia del principio de no devolución, tanto en la frontera como dentro del territorio de un Estado» (Comité Ejecutivo ACNUR, 1977, 1979, 1988a, párrafo [c], párrafo [b] y párrafo 1, respectivamente).

Entonces, en el artículo 33(1) de la Convención de 1951 no se impone restricción espacial alguna 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. Esto 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» (CIDH, 2000). Como vemos, la CIDH reconoce que la prohibición de expulsión en frontera es un componente del derecho a la no devolución.

Igualmente, existe en nuestra región 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 cuadro 4.

Cuadro 4

Países de América Latina que reconocen de manera expresa la prohibición de rechazo en frontera o en el puesto de entrada al país*

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 <i>pro homine</i> .
Bolivia	Ley N° 251 de 2012, Ley de protección a personas refugiadas, artículo 4(II)	A efectos de la aplicación de este 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.

La titularidad del derecho a la no devolución en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

País	Fuente	Disposición
Honduras	Ley de Migración y Extranjería del 2004 (artículo 44)	Tampoco se devolverá a 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 Refugiados; dicta nuevas disposiciones para protección de personas refugiadas (artículos 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 aplican 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.

País	Fuente	Disposición
Uruguay	Ley N° 18076, Estatuto del Refugiado de 2006 (artículos 10 y 12)	<p>Artículo 10: Toda solicitud de refugio impone al Estado respetar los siguientes principios: [...] B) No rechazo en la frontera.</p> <p>Artículo 12: Todo funcionario público, en 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 esta sea visiblemente fraudulenta o falsificada.</p>

* Información obtenida de la base de datos legal disponible en la página web del ACNUR. Todas las cursivas son nuestras.

Como se aprecia, las legislaciones 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 las del 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 incorporar en las legislaciones de todos los Estados con el 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, en el SIDH los refugiados por persecución del DIR son titulares del derecho a la no devolución. Estas personas refugiadas, según el mismo DIR, pueden ejercer este derecho sin restricción alguna 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 tales 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, es preciso adelantar que, en virtud de la claridad y amplitud del artículo 22(8) de la CADH y de diversos pronunciamientos de la Corte IDH, esta categoría de personas refugiadas goza 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, la mayoría de las principales causas actuales de los movimientos de refugiados no se vinculan con la persecución, sino con los conflictos armados, las violaciones a gran escala de los derechos humanos y los desastres naturales. Por 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 refugio (Clayton, 2008, p. 407).

Frente a estas limitaciones, surgieron dos instrumentos regionales que incluyen en su cuerpo normativo una definición ampliada del término refugiado. Nos referimos a la Convención de la OUA de 1969 y a la Declaración de Cartagena de 1984, trascendentales hoy en día porque extendieron la definición de refugiado y constituyen complementos regionales de la Convención de 1951, al adecuar sus disposiciones a las necesidades y urgencias regionales (Valdez, 2004, p. 131).

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; se buscaba 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 perseguido (Wood, 2014). (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 internos (Edwards, 2004, p. 221). (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 refugiado (Wood, 2014, p. 559). (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 (Galindo, 2001, p. 116). (5) En situaciones de afluencia masiva, permite el reconocimiento *prima facie* de la condición de refugiado (ACNUR, 2015).

En relación con 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 contemplar conflictos armados impulsados por injerencia externa o que han ingresado de Estados vecinos, incluyendo la presencia

de [miembros de] fuerzas armadas de otro Estado o a incursiones de grupos armados extranjeros (ACNUR, 2016, párrafo 54).

- 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 ocupada por otro Estado, y cubre los casos de ocupación total o parcial de un territorio que aún no se ha conformado totalmente como Estado (Zimmermann et al., 1987).

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 hostil (ACNUR, 2016, párrafo 55). Este también puede ser el caso de otras situaciones no clasificadas como «ocupación» en el sentido del DIH, donde un grupo o grupos armados de dentro o fuera del país ejercen control sobre el territorio (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 2013).

- Dominación extranjera. Conlleva subyugación de pueblos, los cuales no pueden, por tal razón, 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 pueblo (Salvador, 2016, p. 107). 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 está en manos de [agentes de] uno o más Estados, asociación

de Estados u organizaciones internacionales gobernadas por Estados (ACNUR, 2016, párrafo 55).

- 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» (Salvador, 2016, p. 112).

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 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 Estado (ACNUR, 2016, párrafo 59).

De tal manera, en esta causal se incluyen situaciones de violencia amplia y generalizada, que afectan a grandes grupos de personas o poblaciones enteras, violaciones graves 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 producidas a través de la intimidación, el acoso y la violencia) (ACNUR, 2016, párrafo 59).

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. De acuerdo con esta definición, entonces, pueden existir o no temores fundados de persecución; el elemento que siempre deberá estar presente es una situación agudamente anómala que priva a las personas de las garantías normales y las obliga a abandonar su país (ACNUR, 2016, párrafo 59).

b) Personas refugiadas según la Declaración de Cartagena de 1984

La Declaración de Cartagena de 1984 es un instrumento internacional de carácter regional no vinculante y el instrumento jurídico más importante en materia de protección de refugiados 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 psicológico (Gros, 1994).

Es en la tercera conclusión de la Declaración de Cartagena de 1984 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, considera también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia ge-

neralizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

A partir de esta 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 OUA (ACNUR, 2016, párrafo 87). (2) El nexo causal entre los hechos que provocan 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 persecución (Murillo, 2004), al igual que en 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 refugiado (ACNUR, 2015, párrafo 5), 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, 16 países), lo cual refuerza su alegado carácter consuetudinario.

Cuadro 5
Países de América Latina que incorporan a su legislación la
definición regional de refugiado (ACNUR, 2017)

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».

La titularidad del derecho a la no devolución en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

País	Fuente	Disposición
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 refugiadas 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 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».

País	Fuente	Disposición
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».

La titularidad del derecho a la no devolución en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

País	Fuente	Disposición
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) pueden 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».

País	Fuente	Disposición
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».

La titularidad del derecho a la no devolución en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

País	Fuente	Disposición
Guatemala	Código de Migración del 2016 (artículo 43)	«Las personas extranjeras pueden solicitar refugio al 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».

País	Fuente	Disposición
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».

La titularidad del derecho a la no devolución en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

País	Fuente	Disposición
Honduras	Ley de Migración del 2004 (artículo 42.3)	<p>«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;</p> <p>a) Violencia generalizada, grave y continua;</p> <p>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;</p> <p>c) Conflictos armados internos suscitados entre las fuerzas armadas del país del que se huye y fuerzas o grupos armados;</p> <p>d) Violencia masiva, permanente y sistemática de los derechos humanos; y,</p> <p>e) Que sufran persecución mediante violencia sexual u otras formas de persecución de género basada en violaciones de derechos humanos consagrados, en instrumentos internacionales».</p>

País	Fuente	Disposición
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 omitidos y otros añadidos a escala significativa (Cantor & Triminño, 2015). Así, vemos que seis de los Estados mencionados incluyen el requisito adicional de que los refugiados se vean obligados a dejar su país.²³ Por otro lado, tres han excluido el nexo causal entre los hechos que provocan la huida y la condición de refugiado, esto es, la amenaza a la vida, la seguridad o la libertad.²⁴ Finalmente, seis Estados han alterado las circunstancias que motivan la huida de los refugiados, sea añadiendo otras u omitiendo algunas (por ejemplo, la legislación peruana no contempla la violencia generalizada).²⁵

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 de 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 esta incluye otros motivos de huida y es más amplia; Valdez, 2004, p. 137) 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 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 defi-

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

24 Estos Estados son: Belice, Bolivia y Brasil.

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

nición regional de refugiados contenida en la Declaración de Cartagena de 1984» (Conferencia Internacional sobre Refugiados Centro Americanos, 1989, párrafo 45).

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 desprotegidas 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. (ONU, 1998) (Cursivas nuestras)

Posteriormente, el ACNUR clarificó el escenario aduciendo que una persona es un 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 (ACNUR, 1967, párrafo 28). De esta manera, una persona es un refugiado a consecuencia de las circunstancias *de facto* y no en virtud de una validación oficial de ellas (Gammeltoft-Hansen & Hathaway, 2015).

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 Sireliluhauter y Bethlehem, en el sentido de 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. (Sireliluhauter & Bethlehem, 2010)

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 reúna 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 declarativo (Corte IDH, 2013, párrafo 147).

En este sentido, para la Corte IDH (Corte IDH, 2014b, párrafo 210) no quedan dudas de 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» (Corte IDH, 2013, párrafo 210).

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 cuadro 6.

Cuadro 6
Países de América Latina que reconocen el carácter declarativo de la condición de refugiado

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 de 2010 (artículo 1)	«El reconocimiento de la condición de refugiado <i>es un acto declarativo</i> . Todas las Resoluciones que se dicten, referidas a la determinación del estatuto de refugiado, deberán ser debidamente fundadas».

País	Fuente	Disposición
Costa Rica	Reglamento de Personas Refugiadas de 2011 (artículos 14 y 107)	«Se entenderá por solicitante de la condición de refugiado aquella persona que haya exteriorizado 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, 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.</i> ».
El Salvador	Decreto N° 79, Reglamento de la Ley para la Determinación de la Condición de Personas Refugiadas, de 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> ».

La titularidad del derecho a la no devolución en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

País	Fuente	Disposición
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». (Cursivas añadidas)
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».

* Información obtenida de la base de datos legal disponible en la página web del ACNUR. Todas las cursivas son nuestras.

Como ha quedado dicho, el acto formal mediante el cual los Estados conceden el estatuto del refugiado a un individuo tiene carácter declarativo; por ello, los derechos de los que goza la persona refugiada reconocida formalmente se aplicarán al solicitante de dicho reconocimiento. Además de ello, en el ámbito latinoamericano, como venimos examinando, la amplitud del lenguaje usado en el artículo 22(8) de la CADH, que contempla el derecho a la no devolución, permite incluir indubitablemente en su titularidad 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 correspondiente (OIM, 2012). 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 taken» (Unión Europea, 2003). 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» (Corte IDH, 2014b, párrafo 49[1]).

En la doctrina se distinguen tres etapas por las que transitan las personas solicitantes de refugio: (1) una vez que los solicitantes de refugio se encuentren 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 presentes (*physically present*) (Hathaway, 1991, p. 218); (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 refugiado (1991, p. 257). 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 refugiado) (1991, p. 730).

Como consecuencia de ello, notamos que existen cuatro momentos que es importante 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 internacional desde que huye de su Estado de origen o de residencia (ver cuadro 7).

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

Estadio	Denominación	Derecho a la no devolución
Quando buscan refugio	Suelen llamarse «refugiados en órbita» (Consejo de Europa. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)	Sí
Quando 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

Estadio	Denominación	Derecho a la no devolución
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 esté 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 inherentes (Hathaway, 1991, p. 278).

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 reconocen inmediata e incondicionalmente a los solicitantes de refugio cuando estén presentes físicamente en el potencial Estado de acogida, seguirán siendo respetados durante todo el período de la condición de refugiado, más los derechos adicionales 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 acogida (Hathaway, 1991, p. 278).

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 arbi-

traria 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 judicial (Hathaway, 1991, p. 279).

Por lo dicho, el solicitante de refugio es titular de derechos mínimos durante el tiempo en el que transcurra el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, en el que 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 1954 (OEA, 1954) y forma parte de lo que se conoce como «la tradición latinoamericana del asilo» (Arletazz, 2016). 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». Así mismo, en el artículo II se precisa que «[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 ellos (Salmón, 2014a, p. 158), a las personas nacionales o re-

sidentes habituales de otro Estado en donde son perseguidas por delitos políticos, con la particularidad de que se requiere la urgencia como un requisito adicional.

En relación con 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» (Corte IDH, 2018, párrafo 87). 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 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 diplomático» (Corte IDH, 2018, párrafo 115).

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 la figura del asilo diplomático como una modalidad protegida bajo dichas normas internacionales (Corte IDH, 2018, párrafo 153). 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 DUDH (Corte IDH, 2018, párrafo 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: pretendemos, más bien, verificar si los solicitantes de asilo diplomático son titulares del derecho a la no devolución en el marco del SIDH. Para llegar a una conclusión, en princi-

pio 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 mención expresa alguna 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 *«[efectuado 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 concorra voluntad expresa del asilado]»* (cursivas nuestras). 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 solo 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 país (Torres, 1960). Por esta razón, se incorporó el artículo V en la Convención de Caracas de 1954, que señala que *«[el] 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 nuestras).

De esta manera, procederá la salida del Estado territorial si se ha concedido el asilo, por lo que el artículo XII dispone que *«[otorgado 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 nuestras). Esto ocurre para hacer efectiva la protección y evitar que las misiones diplomá-

ticas se conviertan en lugares de detención (Torres, 1960, p. 221).

En consecuencia, solo 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 este tiene la obligación de no devolverlo a su país de origen si existe un riesgo para 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. Esto se reafirma, por ejemplo, en la Constitución de Paraguay²⁶ y el Perú,²⁷ que contemplan el derecho a la no devolución solo 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 el caso de que personas que hayan ingresado a una embajada sean entregadas a las autoridades del Estado territorial (Corte IDH, 2018, párrafo 189), pues este derecho es exigible por cualquier persona extranjera, lo que abarca aquellas en búsqueda de protección internacional, sobre las que el

26 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 salvo conducto. *Ningún asilado político será trasladado compulsivamente al país cuyas autoridades lo persigan*». (Cursivas nuestras)

27 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*». (Cursivas nuestras)

Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo su control efectivo, incluyendo los actos realizados por funcionarios diplomáticos (Corte IDH, 2018, párrafo 165).

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, que impide su retorno al Estado territorial. En tal caso, lo determinante será analizar el riesgo de devolución de la vida, libertad o integridad del extranjero, en caso no se conceda el asilo diplomático, para evaluar si se trata de un riesgo real, personal y previsible conforme a los términos que analizaremos en el punto 3 del capítulo 3.

Sobre el particular, es preciso mencionar la oportunidad en que el Comité de Derechos Humanos analizó 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, a la salida del autor de la embajada (Comité de los Derechos Humanos, 2009).

3.1. El caso de algunos grupos en situación de especial vulnerabilidad

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 pronunciamientos de sus órganos de control. Ahora protege adicionalmente a los grupos en situación de vulnerabilidad atendiendo 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 repararlo (Besson, 2018).

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 dejada de lado para dar paso a una perspectiva que toma en cuenta la forma en que la sociedad está organizada (Salomé, 2017a). Para Barranco (2014), este cambio se atribuye al punto de inflexión que, en materia de derechos humanos, representa la adopción de la CDPD. 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» (Barranco, 2014, p. 26).

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» (Cuenca, 2014). 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» (Cuenca 2014, p. 89).

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, lo que genera 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 entendida (Añón, 2010). 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 derecho (Salomé, 2017a, p. 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. (Comité DESC, 2011)

Así mismo, en la Recomendación General Nº 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. (Comité CEDAW, 2015)

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 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. (Comité CDPD, 2016)

En 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» (ACNUR, 1992, párrafo 190).

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 mutilación genital femenina (MGF).

De igual forma, se manifestaría en las estructuras desiguales de las sociedades de los Estados de acogida, 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. (Auclair, 2017)

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 sí se combinan, se transforman y se multiplican. Además, que se presentan otros factores de diferenciación social, como la edad, el género, el origen étnico, la capacidad, la orientación sexual o la clase social (Auclair, 2017, p. 222).

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 desagregarse (Salomé, 2017b). Así, asumimos que:

La interseccionalidad analiza como intersecantes a los tipos específicos construidos históricamente, las distribuciones inequitativas de poder y/o la normativa vinculantes, fundados en las categorías socio-culturales construidas 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 social. (Kóczé, 2011)

A propósito, el Comité CDPD, en su Observación General N° 6 (2018), estableció que la obligación de prohibir «toda dis-

criminación» de la CDPD incluye todas las formas de discriminación, incorporando expresamente la 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, de ese modo, exponen a las personas afectadas a tipos singulares de desventajas y discriminación. (Comité CDPD, 2018)

En suma, cuando la protección jurídica de quienes se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad solo se enfoca en un factor de vulnerabilidad, puede resultar adecuada, pero corre el riesgo de ser incompleta, debido a que otros factores podrían tornarse invisibles (Gallardo, 2018, p. 167). En este sentido, si bien, como veremos más adelante, se ha 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.

3.2. 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 tienen menos de 18 años.²⁸ Esta cifra sin precedentes nos obliga a replantearnos los compromisos asumidos por los Estados con el fin de garantizar la protección de los derechos humanos de las personas refugiadas o en búsqueda de refugio, entre las que se encuentran los niños y niñas.²⁹

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. Cumpliremos las obligaciones que nos incumben en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño [...]. (ONU, 2016) (Cursivas nuestras)

Unos años atrás, en la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, adoptada en la

28 ACNUR. Datos básicos.

29 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».

Cumbre Mundial a favor de la Infancia de 1990, se alentó a los Estados a realizar planes de acción nacionales, en los que se incluyen a los niños refugiados como «niños en circunstancias especialmente difíciles» (Cumbre Mundial a favor de la Infancia de 1990). Junto con la Declaración, se adoptó un Plan de Acción para alcanzar un conjunto de metas en un determinado plazo. En él 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 Internacional (Cumbre Mundial a favor de la Infancia de 1990).

En el 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 originado (Pérez, 2012). 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 tratos (Corte IDH, 2014b, párrafo 91).

En 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 laboral (Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 2003, p. 19). Resaltan, además, que las niñas no acompañadas y separadas, incluidas las que viven en hogares de guarda o encabezan un hogar, son particularmente vulnerables (2003, párrafo 2).

Esta situación de especial vulnerabilidad de las niñas y los niños no acompañados o separados ha sido valorada en algunas ocasiones por el TEDH (Popov contra Francia (TEDH 2011a, 2006c)).³⁰ En la sentencia del Asunto Rahimi contra Gre-

30 Véase TEDH. Asunto Popov contra Francia, párrafo 90; TEDH. Asunto

cia, 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 personas (TEDH, 2011b, párrafos 86 y 87).

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 interés (López, 2013, p. 490). 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 ONU³¹ 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 que se hallan más expuestos al abandono, la violencia, el reclutamiento militar forzado y las

M.S.S. contra Bélgica y Grecia, párrafos 226, 227 y 232 a 234; TEDH. Asunto Okkali contra Turquía, párrafo 70.

31 Véanse 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.

agresiones sexuales y, por lo tanto, requieren asistencia y cuidados especiales» (ONU, 2001).

Así mismo, 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. (ONU, 2014)

También, el secretario general de la ONU, en su informe del 58.º período 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 se ocupen con mayor constancia de los sistemas de identificación, registro y búsqueda y reunificación de las familias, de modo que sean más eficaces (Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 2003, párrafo 64).

Ahora bien: con el propósito 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 acompañados 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 acompañados o separados.

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 encuentran al cuidado de un adulto que, por ley o costumbre, sea el responsable de ellos (ACNUR, 1994b). 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. (ACNUR, 2001b)

Por este motivo, en el Programa Europeo de Niños Separados (PSE) prefieren utilizar el término «menores separados» en lugar de «no acompañados», ya que el primero 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 separación (Programa Europeo de Niños Separados: Declaración de Buenas Prácticas 2004). Adicionalmente, el secretario general de la ONU apuntó que «para garantizar que todos los niños tengan derecho a la pro-

tección 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» (Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 2001).

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 tanto a los menores no acompañados como a los separados de su familia que se encuentran fuera de su país de nacionalidad o de residencia (Comité de los Derechos del Niño, 2006).

Incluso en la normativa de la UE solo 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, sea legalmente o con arreglo a la práctica del Estado miembro en cuestión, mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de él; así mismo, se incluye al menor que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2011a, artículo 2[1]).

En el ámbito 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 responsabilidad (CIDH, 2015; Corte IDH, 2014b; Comité de los Derechos del Niño, 2006, párrafo 7); y al «niño, niña o adolescente separado» como «todo niño, niña o adolescente separado de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de su familia» (CIDH, 2015; Corte IDH, 2014b; Comité de los Derechos del Niño, 2006, párrafos 138, 49 y 8, respectivamente).

Más allá de la distinción de los términos «niños no acompañados» y «niños separados», la Corte IDH (Corte IDH, 2014b, párrafo 89) y el Comité de los Derechos del Niños, al analizar los derechos y las garantías que les corresponden, utilizan ambas denominaciones, por lo que no restringen la protección de los derechos de los niños y niñas, 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 garantice la cobertura de sus necesidades; y, en segundo lugar, no presumir que esas niñas y niños son huérfanos con el fin de que se inicie la búsqueda de sus padres u otros familiares (Salado, 2002). Una vez que se identifique a los niños y niñas no acompañados o separados, se debe verificar si son solicitantes 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 justa (ACNUR, 1997a).

Precisamente, en relación con 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 aplicables a ellos sin distinguir entre niños y niñas y adultos (Lott, 1995, p. 41; Salado, 2002, p. 203). 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 edad (ACNUR, 2009b).

Por tanto, bajo la Convención de 1951, si una niña o 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 de refugiados.

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» (Corte IDH, 2014b, párrafo 249).

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 en torno a determinar si el niño o niña tiene temores fundados de ser perseguido, que, según el ACNUR, es el aspecto fundamental por contemplar. Este análisis no plantea grandes desafíos cuando se trata de niñas y niños acompaña-

dos de sus dos padres o de alguno de ellos, pues si los padres son considerados «víctimas directas», sus hijos pueden recibir la consideración de «víctimas indirectas» (Fernández, 1994).

Lo anterior se debe a que, en el 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 familiar (Corte IDH, 2013, párrafo 225). O puede ocurrir que, de la misma forma en 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 hija (ACNUR, 2009; ACNUR, 1999).

Tratándose de niñas y niños no acompañados o separados, las dificultades son mayores. Por un lado, los obstáculos 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. Así mismo, 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 forzoso (ONU, 2009, párrafo 19), 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 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. (Cursivas nuestras)

De acuerdo con esta 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» (Comité de los Derechos del Niño, 2006). De esta manera se reconoce que aun 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 refugio (Alonso, 2009). 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 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 interno (Comité de los Derechos del Niño, 2006).

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 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 menores (Comité de los Derechos del Niño, 2006, párrafo 74). 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 refugiado (ACNUR, 1997).

En relación con el 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 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 niñas (Comité de los Derechos del Niño, 2006). La segunda atañe 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 ser calificadas de esta manera en el caso de una niña o niño por el simple hecho de serlo. Esto es así porque la inmadurez, la vulnerabilidad, el no haber desarrollado mecanismos para enfrentar ciertas situaciones, la dependencia, pueden estar directamente relacionadas con la forma en que una niña y un niño experimenta o siente el temor (ACNUR, 1997a, párrafo 15).

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 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» (Comité de los Derechos del Niño, 2006). El derecho a la no devolución tiene en relación con estos menores un contenido reforzado (Pérez, 2012, p. 83). 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 lo expondrá a un riesgo real de sufrir la violación de los derechos contemplados en los artículos 6³² y 37³³ de la CDN (Comité de los Derechos del Niño, 2006), es decir,

32 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».

33 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 ar-

cuando se lo 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 militares (Comité de los Derechos del Niño, 2006).³⁴ Es preciso agregar que, en relación con el reclutamiento de menores, la CPI ha entendido que:

[...] «conscription» 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 (conscription) 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

bitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda [...].

³⁴ *Ibidem*, párrafo 28.

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. (CPI, 2012d)³⁵

- 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, así como las consecuencias particularmente graves que puede tener para los menores la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios (Comité de los Derechos del Niño, 2006).
- Por 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 niño.³⁶ De ahí que la decisión sobre cuál debe ser la solución duradera respecto a las niñas y niños no acompañados 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 propósito (Pérez, 2012, p. 85). Por ejemplo, el retorno no se considerará que responde al interés superior del niño si tras él no se dispone de las medidas adecuadas de cuidado (ACNUR, 2008a).

35 CPI. Sala de Primera Instancia I. Prosecutor v. Tohmas Lubanga Dyilo. Decission on Sentence pursuant to Article 76 of the Statue. ICC-01/04-01/06. 14 de marzo de 2012.

36 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 que se atenderá será el interés superior del niño».

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 DADH (Corte IDH, 2014b, párrafo 208); 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 con el 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 solo 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 edad (Corte IDH, 2014b, párrafo 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 riesgos (Corte IDH, 2014b, párrafo 233). 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 de 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 (Corte IDH, 2014b, párrafo 233). 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 niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues incluso 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, temporales (Corte IDH 2002; Corte IDH, 2013).

Además, la separación de niñas y niños de sus padres puede, en ciertos contextos, poner en riesgo la supervivencia y desarrollo de los hijos, de manera que estos (supervivencia y desarrollo) deben ser garantizados 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 niños (Corte IDH 2002; Corte IDH, 2013).

Pese a lo recién dicho, actualmente este derecho estaría siendo violado, por ejemplo, por el gobierno de Donald Trump en los Estados Unidos, quien, al plantear una política migratoria de tolerancia cero, ha separado a millones de niños migrantes de sus familias.³⁷ Y aun cuando frente a la acción de diversas ONG 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, en esa misma directiva se establece la continuidad de la política de tolerancia cero, pues se señala 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 [...]. (EE.UU. White House, 2018)

Finalmente, a partir del estudio de las legislaciones nacionales en América Latina³⁸ hemos identificado que en trece Estados se recoge una protección especial para niños no acompañados o separados de acuerdo con 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 ordenan que en ningún supuesto podrá rechazarse a personas menores de edad no acompañadas ni a las personas de cuya mayoría de

37 Puede verse: *The Boston Globe*. The local face of Trump's campaign against migrant children. 15 de octubre de 2018.

38 Conforme a la Base de Datos Legal del ACNUR.

edad no exista certeza,³⁹ y que los menores de edad no serán sujetos de deportación ni expulsión del territorio nacional, salvo en resguardo de su propio interés.⁴⁰ Esta última disposición también está contemplada en el Código de Migración de Guatemala⁴¹ y en la Ley de Migración de México (ver cuadro 8).⁴²

Cuadro 8
Países de América Latina que reconocen una protección especial a las niñas y niños no acompañados o separados

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). Así mismo, 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».

39 Ley General de Migración y Extranjería de Costa Rica, de 2009, artículo 65.

40 Ley General de Migración y Extranjería de Costa Rica, de 2009, artículo 185.

41 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».

42 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 [...]».

País	Fuente	Disposición
Costa Rica	Ley General de Migración y Extranjería de 2009 (artículo 65 sobre el no rechazo de menores no acompañados en la frontera, artículo 69).	<p>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 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>
	Ley que establece disposiciones sobre protección de refugiados (artículos 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>

La titularidad del derecho a la no devolución en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

País	Fuente	Disposición
	Reglamento de la Ley N° 20430 (artículos 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 experto en derechos de la infancia y adolescencia».</p>

País	Fuente	Disposición
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, estos 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 [de] 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>

La titularidad del derecho a la no devolución en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

País	Fuente	Disposición
Guatemala	Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto N° 27-2003 (artículo 58)	«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».
		«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. 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.

País	Fuente	Disposición
El Salvador	Decreto Ejecutivo N° 79, Reglamento de la Ley para la Determinación de la Condición de Personas Refugiadas (artículo 57)	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. 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».
	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)	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.

La titularidad del derecho a la no devolución en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

País	Fuente	Disposición
México	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 deportación de niños; artículo 133, sobre la regularización de la condición migratoria de los niños.	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».
Nicaragua	Ley N° 655, de Protección a Refugiados (artículos 21, 24 y 32)	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: «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». 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».

País	Fuente	Disposición
Perú	Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones (artículo 146 sobre el ingreso de menores no acompañados)	<p>«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.</p> <p>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».</p>
		<p>«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.</p> <p>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.</p>

La titularidad del derecho a la no devolución en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

País	Fuente	Disposición
Uruguay	Ley sobre el Estatuto de Refugiado N° 18076, de 2006 (artículo 36 sobre niños, niñas o adolescentes no acompañados)	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.
	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 separadas de su familia de origen)	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 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

País	Fuente	Disposición
Venezuela	También, se puede ver: Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas de 2001 (artículo 2[6] que respalda el derecho a la unidad familiar de niños refugiados)	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». 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».

* Legislación extraída de la Base de Datos Legal del ACNUR.

Por todo lo recién dicho, 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 de 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.

3.3. 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 mujeres (Dowd, 1995), privilegiando el punto de vista masculino (Charlesworth & Chinkin, 1993). 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 refugio (Miguel, 2016).

Además, la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 fueron adoptados en un contexto histórico determinado, el de la post Guerra Mundial, por hombres de convicciones liberales, pensando en las necesidades de los varones (Martín, 2002). Incluso, ni en una ni en el otro 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 de los términos «sexo» y «género» que emplearemos en este trabajo. Asumiremos las definiciones establecidas por la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-24/17. Para la Corte IDH, el término «sexo» 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*]» (Corte IDH, 2017).

Por otro lado, el término «género», para la Corte IDH (citando la definición usada por el Comité CEDAW [2010]), alude a las identidades, las funciones y los atributos construidos social-

mente de la mujer y el hombre, y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas (Corte IDH, 2017). En relación con el concepto de género, además, adoptaremos 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. (Scott, 1996)

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 paradigmática 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 los que su persecución era similar a la persecución masculina, sin considerar tipo alguno de especificidad sustentada en su condición de mujer. 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 lo eran por agentes no estatales (Miguel, 1996).

Frente a ello, el Parlamento Europeo fue el primero en reconocer, en su Resolución de 13 de abril de 1984,⁴³ la necesidad

⁴³ 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).

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 directrices (Parlamento Europeo, 2016). En efecto, la respuesta del ACNUR a la ausencia en la Convención de 1951 de la persecución por motivo de género ha consistido en publicar directrices, guías y conclusiones de protección específicas sobre cómo transversalizar el género en los procedimientos de refugio (ACNUR, 1991, 1999, 2002a, 2008b).

Así mismo, el Comité Ejecutivo del ACNUR se ha ocupado de las mujeres en una serie de conclusiones, entre ellas la N° 54, sobre la seguridad de las mujeres refugiadas (ACNUR, 1988b); la N° 60, para facilitar la participación de mujeres refugiadas (ACNUR, 1989); la N° 64, en la que se señalan medidas específicas a favor de las mujeres refugiadas para asegurar la igualdad de trato para las mujeres y hombres refugiados (ACNUR, 1990); la N° 77, que resalta la necesidad de aplicar criterios especiales a las persecuciones dirigidas contra las mujeres (ACNUR, 1995); y la N° 105, sobre estrategias de protección de mujeres y niñas en riesgo (ACNUR, 2006).

En relación con la evolución de los pronunciamientos en las conclusiones emitidas por el Comité Ejecutivo del ACNUR, se las clasifica en tres etapas (Martín, 2002, pp. 72-73): (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 comienza a mediados de la década de 1980, se considera que las mujeres podían pertenecer a un determinado grupo social o ser perseguidas por sus opiniones políticas (ACNUR, 1985); y, (3) en una tercera etapa, que se inicia en 1999, se reconoce la necesidad de incorporar la perspectiva de género en las políticas, reglamentos y prácticas de refugio (ACNUR, 1999a).

En Europa, en las normas comunitarias que podemos encontrar vinculadas con este tema nos centraremos en la Directiva 2011/95 (Unión Europea, Parlamento Europeo y Consejo Europeo, 2011b), 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. (Miguel, 2016, p. 80)

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» (OEA, 2004).

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 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 otorgaron solicitudes de asilo basadas en MGF y/o violencia doméstica (Kneif, 2006). Así mismo, en la legislación de doce países de la región se ha incorporado el género como un motivo expreso para conceder refugio, como mostramos en el cuadro 9.

Cuadro 9
Países de América Latina que incorporan en su legislación la persecución por motivos de género

País	Fuente	Disposición
Argentina	Ley N° 26165, Ley General de Reconocimiento y Protección del Refugiado, de 2006 (artículo 53)	«La Comisión procurará cuando se trate 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, <i>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</i> . 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».

País	Fuente	Disposición
Costa Rica	Ley N° 8764, Ley General de Migración y Extranjería, de 2009 (artículo 106)	<p>«[...] 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:</p> <p>1) Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, <i>género</i>, 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».</p>
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		<p>«Para los efectos de aplicación de la presente Ley, se considera refugiado:</p> <p>a. A toda persona que debido a fundados temores de ser 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;</p>

La titularidad del derecho a la no devolución en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

País	Fuente	Disposición
	Ley N° 918, Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas, de 2002 (artículo 1)	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, de 2004 (artículo 42 [3])	«Le será reconocida la condición de refugiado a quienes: [...] e) [...] sufran persecución <i>mediante violencia sexual u otras formas de persecución de género basada</i> en violaciones de derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales».
México	Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, de 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 [...]».

País	Fuente	Disposición
Nicaragua	Ley N° 655, Ley de Protección a Refugiados, de 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, de 16 de enero de 2018, sobre aprobación de Convención y Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, 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 hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él [...]».

La titularidad del derecho a la no devolución en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

País	Fuente	Disposición
Paraguay	Ley N° 1938, Ley General sobre Refugiados, de 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, <i>sexo</i> , religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas [...]».
Uruguay	Ley N° 18076, Ley sobre el Estatuto del Refugiado, de 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, <i>género</i> , 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».

País	Fuente	Disposición
Venezuela	Ley Orgánica sobre Refugiados, de 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, <i>sexo</i> , religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas [...]».

* 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». Todas las cursivas son nuestras.

En la actualidad se acepta mayoritariamente que la persecución por motivos de género tiene cabida en los motivos de persecución previstos en la Convención de 1951 (Santolaya, 2000). 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 las persecuciones de género (ACNUR, 1991) y, en menor medida, por opiniones políticas, en las que se incluyen 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 casos (Kelly, 1993); sin perjuicio de que las solicitudes de las mujeres también puedan ser analizadas bajo los demás motivos de la Convención de 1951, siguiendo la interpretación que realizó el ANUCR en la guía de persecución por motivo de género (ACNUR, 1999, pp. 8-9).

En este sentido, el ACNUR es de la opinión de 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 puede influenciar o determinar el tipo de persecución o daño causado, y las razones de ese trato (ACNUR, 2002a). 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» (Crawley, 2000).

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, en vista de 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 mujeres (Rodger, 2010). De ahí que sea 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, nexo causal (Miguel, 2016, p. 101) y el derecho a la no devolución.

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 el derecho a la no devolución.

Adicionalmente, las mujeres refugiadas gozan de la protección que otorga la CEDAW, que, según su Comité, «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» (Comité CEDAW, 2014).

Ahora bien: en este 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» (Pitch, 2010).

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» (Corte IDH, 1982), 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 otro (Corte IDH, 1982). Es decir, la CADH protege a todas las personas sin ninguna diferenciación por factor alguno, sea de edad, género,

etcétera. Además, la Corte IDH, en la reciente Opinión Consultiva OC-25/18, estipula que, con base en una interpretación evolutiva, se deben 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 edad (Corte IDH, 2018, párrafo 142).

Las mujeres, entonces, son titulares de los derechos que se consagran en la CADH, sin ninguna distinción,⁴⁴ incluyendo el derecho a la no devolución estipulado en el artículo 22(8) de la CADH. Adicionalmente, en la Convención de Belem do Pará (OEA, 1994), desde la interseccionalidad de factores que pueden aumentar la vulnerabilidad de las mujeres, se establece el 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. (Artículo 9 de la Convención de Belem do Pará)

En relación con el contenido del derecho a la no devolución bajo la titularidad de las mujeres, notamos que la omisión del

⁴⁴ En concordancia con el artículo 4 de la Convención de Belem do Pará, 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».

género como una causa que ponga en peligro el 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 solo contempla a la raza, nacionalidad, religión, condición social u 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 Rica,⁴⁵ Ecuador⁴⁶ y El Salvador,⁴⁷ 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 pro-

45 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».

46 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».

47 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 [...]».

tección, 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». ⁴⁸

Así mismo, el Comité CEDAW considera que la prohibición contra la discriminación de la mujer, concordada con el artículo 2(d) ⁴⁹ de la CEDAW, incluye la obligación de los Estados partes de 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 (Comité CEDAW, 2014). 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 género (Comité CEDAW, 2014).

De manera que, en el caso de las mujeres, se añaden 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 presente con un

48 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>

49 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 a prácticas de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación».

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 mujeres (Comité CEDAW, 1992).

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. (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 el que 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» (Corte IDH, 2018, párrafo 190).

Se debe precisar que la violencia contra la mujer comprende la violencia contra la mujer basada en su género, en el sentido del artículo 1 de la Convención de Belem do Pará, 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, todos los actos que son considerados como violencia contra la mujer, de acuerdo con el artículo 2 de la CEVAW (ONU, 1993), y que 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 las diferentes formas de violencia contra la mujer, que han sido reconocidas como causas para invocar protección internacional, de acuerdo con 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, 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 Convención. (Comité CEDAW, 2014)

Incluso, en la jurisprudencia de Canadá (véase Macintosh, 2009; Kneif, 2006, p. 6) se aceptó que la violencia doméstica contra la mujer puede ser considerada como una 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 [...]. (EE.UU. Departamento de Justicia, 2000)

A lo ya expuesto se debe agregar que, en su jurisprudencia, el TEDH ha analizado la expulsión de mujeres bajo el umbral

del artículo 3 del CEDH. Así, en el *Asunto Jarabi contra Turquía* (TEDH, 2000b), 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, 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» (TEDH, 2000b).

Del mismo modo, el TEDH ha consolidado la tendencia de condenar al Estado por no haber evitado los daños perpetrados por actores no estatales contra las mujeres (Jiménez, 20187), como podemos notar en el *Asunto Bevacqua y S. contra Bulgaria* y en el *Asunto Opuz contra Turquía*. Así, en el primero de ellos 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 CEDH (TEDH, 2008c).

En el *Asunto Opuz contra Turquía*, la demandante alegó que su madre y ella no recibieron protección de las autoridades estatales contra la violencia doméstica, lo que dio lugar al fallecimiento de su madre y a 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, por lo que condenó 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 CEDH (TEDH, 2009b).

Así mismo, el TEDH ha emitido algunos pronunciamientos en relación con mujeres que podrían haber sido víctimas de MGF si eran devueltas a su país de origen (ACNUR, 2009c, párrafo 9),⁵⁰ bajo la consideración de 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 Convention» (TEDH, 2007).

Además, en el *Asunto Emily Collins y Ashley Akaziebie contra Suecia*, en el *Asunto Izevbekbai y otros contra Irlanda* (TEDH, 2011d), en el *Asunto Omeredo contra Austria* (TEDH, 2011e) y en el *Asunto Sow contra Bélgica* (TEDH, 2016) 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 prácticas (Jiménez, 2017, p. 24).

50 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.

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 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 ese caso, al tratarse de una prohibición de *ius cogens*, bajo ningún supuesto los Estados podrían expulsarlas.

Sobre ello, existen quienes afirman que la violencia contra las mujeres debe ser entendida como tortura (Copelon, 1994), 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 CEDH.⁵¹

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 co-

51 Al respecto, 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-crime-nes-de-genero-a-traves-del-lente-de-la-tortura&Itemid=266

nocer, 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 tortura (Consejo de Derechos Humanos, 2016).

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 la persecución y la violencia por razón de género, que podrían calificar incluso como tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

3.3.1 *Víctimas de la trata de 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 hacen cargo diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos (Pérez, 2012, p. 70). 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. (Consejo de Derechos Humanos, 2015a)

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 del 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 de la explotación y los abusos cometidos en el contexto del tráfico ilícito de migrantes (ONU, Declaración de Nueva York para refugiados y migrantes, 2016, párrafo 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 Niños (ONU, 2003). En él se define 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 rapto, 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.⁵²

52 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,

Así mismo, 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 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*» (CIDH, 2009b, párrafo 54).

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 precisiones de su definición de acuerdo con su desarrollo en el DI (Corte IDH, 2016, párrafo 281); 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

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.

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» (TEDH, 2005c).

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. (TEDH, 2010)

Por tanto, concluyó que la trata en sí misma entra en el ámbito del artículo 4 del CEDH, 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 concreción de la 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 esclavitud (Marinelli, 2015, pp. 92-93). 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 la explotación (TEDH, 2010).

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 delito (Llain, 2014). Considerando lo expuesto, examinaremos si las víctimas de la trata pueden ser portegidas 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. Con el propósito 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) el nexo causal y las causales de persecución que pueden sufrir las víctimas o potenciales víctimas de trata de personas para recibir la protección del estatuto del refugiado (ACNUR, 2006a), como veremos a continuación:

- (a) En relación con el 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, sea porque: (i) fue sometida a la trata en el extranjero, y está buscando la protección del Estado en el cual se encuentra, o (ii) porque no ha sido víctima de trata pero podría temer convertirse en una, razón por la cual ha huido fuera de su país para buscar protección internacional (ACNUR, 2006a). 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» (Llain & Guzmán, 2014).

- (b) En relación con la persecución que temen sufrir las víctimas o potenciales víctimas de la trata de personas, para el ACNUR, en esta experiencia son 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, las golpizas, la privación de alimentos o de tratamiento médico. Estos actos constituyen graves violaciones de los derechos humanos y por lo general equivaldrán a persecución (ACNUR, 2006a).

Es preciso añadir que la trata de personas ha sido incluida como violencia de género en la Convención de Belem do Pará (artículo 2[b]) y en la CEDAW (artículo 6), de modo que califica como persecución para los efectos de la Convención de 1951 (Comité CEDAW, 2014). Esta posición es compartida por el ACNUR en sus directrices sobre la persecución de género, 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 circu-

lación 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. (ACNUR, 2002a)

- c) En relación con el nexo causal y 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 ello, 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 carencia de protección estatal esté o no vinculada con la citada Convención. 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 ella (ACNUR, 2002a).

Así mismo, con respecto a los motivos en los que encargarían 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. Además, 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 explotación (ACNUR, 2002a).

Se debe 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 la luz del motivo relativo a la pertenencia a un determinado grupo social recogido en la definición de refugiado (Comité CEDAW, 2014). 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.

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 (Edwards, 2010).

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. (Declaración y Plan de Acción de Brasil, p. 5)

A partir de ello, algunos Estados de la región reconocieron expresamente en sus legislaciones internas el derecho de las personas víctimas de la trata a solicitar refugio. 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:

[el] 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.

Del mismo modo, 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 parágrafo 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 parágrafo 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, el 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, 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,⁵³ se considera la obligación de no devolución de las víctimas de trata de personas, especialmente en aquellos casos en los que exista una alta posibilidad de revictimización por no existir cambios en la situación que en un inicio originó la captación de esa persona (Marinelli, 2015, p. 100).

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 trata (Comité CEDAW, 2014). 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 delito (Obokata, 2006; Blanco & Marinelli, 2017).

A propósito de ello, en el marco de la Declaración del Milenio (ONU, 2000), cuando los Estados resolvieron tomar medi-

53 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».

das para asegurar el respeto de la protección de los derechos de los migrantes e intensificar sus esfuerzos en la lucha contra la trata, en 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 personas (ACNUDH, 2010). En la directriz 4, referida a establecer un marco jurídico adecuado para las víctimas de la trata, el ACNUDH encomendó a los Estados:

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.* (ACNUDH, 2010) (Cursivas nuestras)

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». ⁵⁴

Esto último es especialmente relevante, máxime si se considera 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

54 «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.

o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración irregular, que cooperen con las autoridades competentes (UE. Consejo de Europa, 2004), 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 expulsión.⁵⁵ Este período de reflexión se concede para que las víctimas puedan decidir si cooperan con las autoridades competentes para identificar a los autores del delito.⁵⁶ Entonces, si deciden cooperar, se expide el permiso de residencia; en caso contrario, podrían ser expulsados.⁵⁷

Esta disposición atenta contra 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, debe 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» (ACNUDH, 2010). 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 problemática,⁵⁸ pues permite la exposición a víctimas de trata de personas a la revictimización en su país de origen.

Así mismo, para el ACNUR los riesgos que podrían experimentar las personas víctimas de trata si se produce su retorno

55 Artículo 6(2) de la Directiva 2004/81/CE.

56 Artículo 6(1) de la Directiva 2004/81/CE.

57 Artículo 8 de la Directiva 2004/81/CE.

58 Más si tomamos en cuenta que la mayoría de los Estados miembros de la UE han incorporado a su legislación nacional el artículo 6, que establece dicha posibilidad durante el período de reflexión (Comisión Europea de Derechos Humanos, 2014).

a su país de origen pueden ser considerados como una forma de persecución (ACNUR, 2006a, párrafo 18). 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 autoridades (ACNUR, 2006a, párrafo 18). Como podemos apreciar, el ACNUR comparte el criterio con el ACNUDH en relación con los riesgos a los que se puede exponer a las víctimas de trata de personas en caso se decida su retorno a su país de origen.

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 IDH (Marinelli, 2015, p. 108). Pese a ello, consideramos que los principios y directrices vinculados al derecho a la no devolución que hemos mencionado 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) [...]» (Corte IDH, 1999b, párrafo 155). 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 trata presenta un contenido reforzado y es fundamental para garantizar su protección y para la prevención de revictimización. Tal derecho consiste en la obligación de garantizar que ninguna víctima

de trata sea devuelta o expulsada cuando haya motivos razonables para llegar a la conclusión de que la expulsión o devolución constituiría un riesgo de que sufra daños por intimidación, represalias o revictimización de trata, los cuales podrían calificar como tortura, trato o pena cruel, inhumano o degradante.

3.4. 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 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. Esto muchas veces ocurre también en campos de refugiados (Comisión de Mujeres Refugiadas, 2008). De este modo, los refugiados con discapacidad se encuentran entre las personas desplazadas más ocultas, excluidas y desatendidas, y suelen estar más expuestas a riesgos como la violencia física y sexual, la explotación, el acoso y la discriminación (Reilly, 2010).⁵⁹

En el 2016, la Comisión de Mujeres Refugiadas halló que del total de personas desplazadas forzosamente en ese momento, alrededor de 13,2 % padecían de alguna discapacidad (Comisión de Mujeres Refugiadas, 2017). Según esta 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

59 En el mismo sentido véase ACNUR (2011a).

and reproductive health and services» (Comisión de Mujeres Refugiadas, 2017, p. 1).

Considerando las circunstancias en las que se encuentran las personas con discapacidad en contextos de movilidad humana que hemos mencionado, en este 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 efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (ONU, 2008). La misma 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*. (Artículo 11 de la CPD) (Cursivas nuestras)

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 riesgo,⁶⁰ sufren múltiples

60 En relación con todos los riesgos que enfrentan las personas con discapacidad durante el desplazamiento, véase Shivji (2010, pp. 4-7).

desventajas. De esta manera, las personas con discapacidad que viven en situaciones de conflicto y desastre humanitario seguramente deben estar entre las personas más vulnerables del mundo (Crock, Ernest & McCallum, 2012).

Con el 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 el cuadro 10.

Cuadro 10
Categorías y códigos relacionados con la discapacidad usados por el ACNUR*

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 auditiva (incluye sordera)	Persona que tiene una limitación de audición desde el 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 audífonos artificiales. La persona puede comunicarse a través del lenguaje de señas.	DS-DF

La titularidad del derecho a la no devolución en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Categoría	Descripción	Código
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

Categoría	Descripción	Código
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

* Elaborado a partir de ACNUR. Guidance on the use of standardized specific needs Codes (2009). Traducción libre.

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, pues se centra en el individuo y enfatiza la naturaleza médica de la discapacidad (World Health Organization, International Labour Office & UNESCO, 2005). Este modelo de la discapacidad impide que se aplique el principio de igualdad a las personas que tienen alguna, pues en él no se reconoce a las personas con discapacidad como titulares de derechos sino se las reduce a

sus deficiencias, y se considera la norma dispensarles un trato diferencial o discriminatorio y a excluirlas (Comité CDPD, 2018, párrafo 8).

Frente a este modelo, a partir de la CDPD se recomienda adoptar uno social, 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. (World Health Organization, International Labour Office & UNESCO, 2005)

Así mismo, 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 que la presentan (Comité CDPD, 2018, párrafo 9).

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 todas sus necesidades (Comité Ejecutivo del ACNUR, 2010).

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» (artículo 2 de la CPD).

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 la recoge como uno de los motivos. No obstante, el TEDH, en los *Asuntos Glor contra Suiza* (TEDH, 2009a) y *Pretty contra Reino Unido* (TEDH, 2002c), 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 la que tampoco se menciona la discapacidad como uno de los motivos protegidos; sin embargo, en la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia (OEA, 2013), 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 enfren-

tar 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 condición (numeral 'p' del Preámbulo de la CDPD). También, en la CDPD se reconocen las formas de 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, con el 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 el acceso a los procedimientos de concesión de refugio, los cuales deben tener en cuenta sus necesidades específicas, desde un enfoque de género, edad y diversidad (ACNUR, 2011b). 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 asequibles y estén formulados para que las personas con discapacidad puedan presentar sus argumentos íntegramente y de forma justa con el apoyo necesario (Comité Ejecutivo del ACNUR, 2010, numeral 'j').

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 en esta Convención tales elementos pueden resultar difíciles para una persona con discapacidad que está buscando refugio (Crock, Ernest & McCallum, 2012, p. 742). Por ejemplo, si un individuo tiene deficiencias mentales,⁶¹ le

61 En relación con la vulnerabilidad de las personas con discapacidades cognitivas, véase Marshall, Barrett y Ebengo (2017, pp. 74-76).

será muy difícil demostrar temor de sufrir persecución o para expresar un reclamo de cualquier tipo, peor aún cuando se trata de un niño, niña o adulto mayor que cuente con esta discapacidad. De manera que las personas con discapacidad encuentran barreras específicas para acceder a la protección y la asistencia, y es posible que requieran un mayor grado de ayuda (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2016, p. 435).

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 procesos de determinación de la condición de refugiado alrededor del mundo (Crock, Smith-Khan et al., 2017, p. 139). Esto ha sido puesto de manifiesto en el informe anual de 2015 del ACNUDH y del secretario general de la ONU, que 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. (Consejo de Derechos Humanos, 2015b) (Cursivas nuestras)

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. Se debe 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 discapacidad mental o intelectual, que carecen de los recursos psicológicos o mentales para apreciar (y temer) situaciones que son objetivamente peligrosas (Crock & Berg, 2011, 383). De ahí que, si el requisito del «temor fundado» se aplica de manera demasiado estricta, todas las personas incapaces no podrán calificar como refugiados de la Convención de 1951,⁶² debido a esa discapacidad.

Frente a esta situación, se aducen dos criterios. Por un lado, se considera que al evaluar el temor subjetivo de los solicitantes con discapacidad, los tribunales y cortes pueden recurrir al enfoque que se utiliza con frecuencia

62 Canada (Minister of Citizenship v Immigration) v Patel, 2008, FC 747, párrafo 28. Citado por Crock, Ernest y McCallum, 2012, p. 743. Traducción libre.

para los niños solicitantes de refugio.⁶³ 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 nada al respecto».⁶⁴ 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».⁶⁵

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,

63 *Ibidem.*

64 *Ibidem.*

65 *Chen Shi Hai v Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, 2000, CLR 293, párrafo 309. Citado por Crock, Ernest y McCallum, 2012, p. 744. Traducción libre.

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. (ACNUR, 2011)

- (ii) Las personas con discapacidad pueden sufrir persecución por alguno de los motivos de la Convención de 1951, al igual que una persona sin ninguna discapacidad. No obstante, la persecución tiene un significado particular y puede cobrar diferentes sentidos para personas con alguna discapacidad (Crock, Smith-Khan & otros, p. 153). Por un lado, puede ocurrir que algunos tratos que no constituyen persecución para ciertos individuos sí configuren persecución para las personas con discapacidad. A modo de 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 persecución (Comité Ejecutivo del ACNUR, 2007). 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 abuso (ACNUR, 2011). Por otro lado, pueden existir algunos daños que solo 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 condiciones (Crock, Smith-Khan et al., 2017, p. 153). Al respecto, podemos mencionar que las personas que tienen discapacidades psicológicas pueden ser sometidas a prácticas dolorosas,

incluyendo tratamientos médicos especialmente nocivos (Crock, Ernestt & McCallum, 2012, p.754).

Así mismo, 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» locales» (Ndege, 2009). Ante ello, a partir de una serie de recomendaciones de ONG y organismos internacionales, el 18 de mayo de 2018, el Pan African Parliament dictó 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 que lo padecen mediante la 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» (Pan African Parliament, 2018).

- (iii) Causales de persecución. Las personas con discapacidad son mayoritariamente incluidas en la causal «pertenencia a un determinado grupo social», con el fin de obtener protección mediante el estatuto del refugiado (Aleinikoff, 2010). 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 particular (Kanter, Chisam & Nugent, 2001).

Así mismo, 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» (Deardorff, 2001).

Por ejemplo, en un intento por mejorar la «calidad» de vida de 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 personas con «defectos genéticos graves» (Gómez, 1996). En Japón, basados en los temores de que las mujeres con retraso mental puedan ser acosadas en instituciones, se estipula esterilizarlas involuntariamente (Kanter, Chisam & Nugent, 2001, p. 512).

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 discapacidad. 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 de que 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 perciben las discapacidades (Crock, Smith-Khan et al., 2017, p. 262) y se han 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 discapacidad (De Asís, 2015). Tales ajustes se deben considerar en los procedimientos de calificación de refugio y, en nuestra opinión, 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» (Palacios, 2015), 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 de 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. (Cursivas nuestras)

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 equivalente en su país de origen puede argumentar que la remoción constituirá una tortura o trato cruel o inhumano o degradante (Peterson, 2014).

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» (Comité CPDP, 2018, párrafo 56).

Como parte de las personas con discapacidad, el Comité CDPD resalta que aquellas 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 especial (Comité CPDP, 2016, párrafo 53).

Como algunos ejemplos de los actos cometidos contra las personas con discapacidad, el Comité CDPD recoge los si-

guientes: 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 mental (Comité CPDP, 2018, párrafo 56).

Vale añadir algunos ejemplos de violencia contra las mujeres con discapacidad internadas en instituciones que pueden enfrentar: ser desvestidas por personal masculino en contra de su voluntad; la administración forzosa de medicación psiquiátrica; y la sobremedicación, que puede reducir la capacidad de describir y/o recordar la violencia sexual (Comité CPDP, 2016, párrafo 53).

En este sentido, el derecho a la no devolución de personas con discapacidad comprende, además de los riesgos tradicionales que puede enfrentar cualquier individuo, los riesgos específicos a los que pueden hacer frente 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, u otros que atenten contra la integridad física de que son objeto exclusivamente o de manera desproporcionada las personas con discapacidad y que, incluso, pueden calificar como tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Abreviando, en este capítulo se han 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 solicitantes 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 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 su elemento objetivo. Precisamente, a continuación nos ocuparemos de este asunto, 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 de este 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, es necesario precisar que estos estándares tienen un contenido indeterminado, en la medida en que no existe un catálogo cerrado de los derechos que integren este estándar mínimo, pues son conceptos en constante evolución (Pérez, 2012, pp. 52-53).⁶⁶ Para fines de esta investigación, hemos iden-

⁶⁶ Hemos asumido una postura similar a la de la autora, quien considera que existe un estándar mínimo de derechos humanos de todos los mi-

tificado cuatro estándares inherentes al derecho a la no devolución; sin embargo, no es esta 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

A pesar de 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 quiénes pueden entrar en sus territorios (Comité de Derechos Humanos, 1999). 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 nuestra 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, así como 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, el artículo 22 de la CADH, el artículo 2 del CEDH, el

grantes. Sin embargo, este estándar mínimo no está determinado absolutamente.

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).

A partir de ello, observamos que el derecho a la libertad de circulación y residencia tiene un amplio reconocimiento en instrumentos convencionales universales y regionales. Así mismo, este es un derecho complejo, pues comprende múltiples aspectos (Uprimny & Sánchez, 2014; Steiner & Uribe, 2014). 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 país (Comité de Derechos Humanos, 1999).

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 *halla 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» (Pérez, 2012, p. 48).

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 que cuando un Estado admite en su territorio empresas extranjeras o extranjeros, personas físicas o jurídi-

cas, está obligado a otorgarles la protección de la ley y asume ciertas obligaciones en relación con su tratamiento (Tribunal Internacional de Justicia. 1970). De ahí que, en virtud del DI, la admisión de extranjeros pertenece a la esfera de la competencia discrecional del Estado, por lo que este puede denegarla o someterla a las condiciones que juzgue necesarias: pasaporte, visado, permiso de trabajo, etcétera (Castillo, 2016).

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» (cursivas nuestras). 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 residencia.⁶⁷ 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» (Comité de Derechos Humanos, 1986). Sin embargo, este Comité admite la posibilidad de 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 familia (Comité de Derechos Humanos, 1986).

67 Un interesante análisis sobre el tema puede verse en Higgins (1973).

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 diferencias entre nacionales y extranjeros (ONU, 1985). 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 humanos» (ONU, 1985, artículo 2[1]) .

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 solo en forma condicional, o de expulsarlos, como una consecuencia lógica de su independencia y soberanía (L'Institut de Droit International. *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*. Ginebra, 1892). Sin embargo, no se reguló este derecho de manera absoluta, pues se contemplaron algunas excepciones.

La primera excepción tiene relación con las personas apátridas, y señala 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 otra» (L'Institut de Droit International. *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*. Ginebra, 1892). 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 escrito» (L'Institut de Droit International. Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers. Ginebra, 1892).

En el mismo sentido se han pronunciado los órganos jurisdiccionales regionales. En el *Asunto Moustaquim contra Bélgica* (TEDH, 1991a) y en el *Asunto Beldjoudi contra Francia* (TEDH, 1992), en el *Asunto Vilvarajah y otros contra Reino Unido* (TEDH, 1991b), 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, si bien el TEDH reconoce la facultad de los Estados de expulsar a extranjeros, esta 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 hacerlo (CIDH, 2015, párrafo 80). 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 *halla legalmente* en el territorio de un Estado. La Corte IDH reconoce que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias (Corte IDH, 2010),⁶⁸ los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio

68 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *op. cit.*, párrafo 163; párrafo 97, respectivamente.

y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas (Corte IDH, 2014a, párrafo 350), pero dichas políticas deben ser compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la CADH (Corte IDH, 2010).

En efecto, es posible limitar la competencia de los Estados de admitir o no en su territorio a los extranjeros en determinadas ocasiones (Castillo, 2016, p. 17), 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 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 territorio.⁶⁹

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 la 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» (Manfredi, 2014).

Tanto 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*» (cursivas nuestras).

Esto se debe a que la necesidad más urgente de las personas refugiadas y solicitantes de refugio es asegurar la entrada a un

69 En ese sentido, Hailbronner (1994, p. 114).

territorio en el que estén protegidos del riesgo que los forzó a huir de su país de origen o residencia. De ahí que consideramos que no puede existir protección en virtud del derecho a la no devolución sin acceso al territorio del Estado⁷⁰ y sin permanencia en él mientras dure el riesgo de devolución. Por ende, 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» (Lazarus & Bell, 2017, p. 5).

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».⁷¹ 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. (Weis, 1995, p. 234)

Frente a la participación de los representantes de Suiza, los delegados de Israel manifestaron que «la observación de los representantes del gobierno de Suiza es aparentemente una mala interpretación relacionada con la aplicación del artículo

70 En el mismo sentido, Hathaway (2017); Stoyanva (2008); Edwards (2003).

71 Document E/1618. Citado por Weis (1995, p. 233). Traducción libre.

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 les garantizó refugio por razones humanitarias» (Weis, 1995, p. 234). La discusión iniciada por los representantes de Suiza finalizó con la intervención de los delegados de la IRO,⁷² quienes añadieron que «el artículo 28 significa exactamente lo que señala. Este artículo impone un deber negativo que prohíbe la expulsión de cualquier refugiado a ciertos territorios, pero no impuso la obligación de permitir que resida en el territorio» (Weis, 1995, p. 234).

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, deducimos 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 ello, no consideramos 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 asilo

72 «IRO» son las iniciales en inglés de la Organización Internacional para los Refugiados que existía en esa fecha.

(Goodwin & Msadam, 2007, p. 207). 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 de entrar y residir en el territorio de un Estado de acogida (Hathaway, 1991, p. 300).

Sin embargo, se debe precisar que la obligación de admisión en el territorio de un potencial Estado de acogida proviene no solo del derecho a la no devolución, sino también del derecho al asilo. O, como mencionan Hirsch y Bell, «together, it can be argued that these rights provide a de facto right to enter» (Lazarus & Bell, 2017, p. 427). Esto, sin perjuicio de 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 residencia». ⁷³

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 refugio (Hathaway, 1991, p. 302). 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» (Thomas, 2014).

En cuanto al derecho de entrar en el territorio, que se deriva del derecho al asilo, la Corte IDH señala que para que el de-

73 Por ejemplo, véase Goodwin-Gil y McAdam (2007, p. 206); Clayton (2008, p. 409).

recho 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 refugiado (Thomas, 2014). Lo anterior implica, en su vertiente de obligaciones positivas, que el Estado debe aceptar la entrada al territorio y dar acceso al procedimiento para la determinación de la condición de refugiado (Thomas, 2014). 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.

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 requerirá a los Estados dar acceso al territorio a los individuos que buscan protección internacional y a procedimientos de asilo justos y eficientes (ACNUR, 2007, párrafo 8). 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 Estados (Comité Ejecutivo del ACNUR, 1981, 1997a, 1997b, 1998, 2004, 2008, párrafos A.2, H, iii y L, respectivamente).

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 permanente (Comité Ejecutivo del ACNUR, 1979, párrafo E). 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 indefi-

nidamente, al menos debe aceptarlos temporalmente, en todos los casos (Comité Ejecutivo del ACNUR, 1981, párrafo A.1).

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 su propia naturaleza. De esta manera, en los casos en que existan personas que aleguen un riesgo real de sufrir violaciones de 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, para salvaguardar su derecho a la no devolución mientras dure el riesgo.

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 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» (Lazarus & Bell, 2017, p. 429).

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 nacional (Comité de los Derechos del Niño, 2006, párrafo 20); aun cuando se encuentren solos, no deben exigirles documentación que

no pueden tener, y deben proceder más bien a entregarlos de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niñas y niños (Corte IDH, 2014b, párrafo 83).

Por otro lado, recordemos que la prohibición de rechazar en la frontera es un componente del derecho a la no devolución, según ya hemos visto. 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 las 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, los Principios Asiático-Africanos sobre los Refugiados de 1966, la Convención sobre Refugiados de la OUA de 1969 y la Declaración de Cartagena de 1984. En América Latina existe normativa interna expresa que contempla esta prohibición en Argentina, Bolivia, Chile, Honduras, México, Panamá, Perú y Uruguay, como hemos detallado en el cuadro 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» (Corte IDH, 2014b, párrafo 83). 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 trasladadas al territorio de origen o residencia.

Finalmente, entonces, de acuerdo con 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 en el ámbito del SIDH, este estándar involucra la protección no solo de aquellos que aleguen protección internacional mediante la institución del refugio, sino también, de manera general, a todos los extranjeros, siempre que exista 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 orientation.⁷⁴

La Directiva Trump hizo diversos cambios a las políticas y procedimientos por medio de los cuales los extranjeros pueden

74 Executive Order 13769. Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States. 27 de enero de 2017.

ingresar en los Estados Unidos. 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 sirios (United States Court of Appeal for the Ninth Circuit, 2017).

La constitucionalidad de la Directiva de Trump fue inmediatamente cuestionada por los estados de Washington y de Minnesota ante una Corte Federal de distrito, pues consideraban que era inconstitucional y que, ilegalmente, dejaba varados en el extranjero a residentes, dividía a sus familias, restringía su tránsito y dañaba la 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. Así mismo, 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 musulmanes (United States Court of Appeal for the Ninth Circuit, 2017, pp. 4-5).

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 [...]». (United States Court of Appeal for the Ninth Circuit, 2017, p. 6)

Lógicamente, el Gobierno de los Estados Unidos 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, 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 gobierno tienen autoridad no controlable sobre inmigración o que no están sujetas a la Constitución al hacer políticas en ese contexto (United States Court of Appeal for the Ninth Circuit, 2017, p. 14). 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, estas no escapan del 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 este apartado de la investigación.

- Por otro lado, en relación con las violaciones al debido proceso que se estarían 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. (United States Court of Appeal for the Ninth Circuit, 2017, p. 20). 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 establish that lawful permanent residents have no due process rights when seeking to re-enter the United States. [...]. (United States Court of Appeal for the Ninth Circuit, 2017, p. 21)

A estas consideraciones, nosotros 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.

Esto es así, sobre todo, si consideramos que esta Directiva es abiertamente discriminatoria, pues se dirige a personas de nacionalidad y religión específicas. Además, parecería que añade un requisito para solicitar refugio, al exigir que los solicitantes 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 y 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 establecimiento de la condición de refugiado. Si esto —establecer la condición de refugiado— no se hace, resulta imposible identificar a aquellos solicitantes de refugio que corren el riesgo de ser perseguidos si se les niega la persecución (Stoyanva, 2008, p. 5).

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 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» (Corte IDH, 2013, párrafo 136).

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 residencia.⁷⁵ El citado 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» (Corte IDH, 2013, párrafo 136).

Este criterio, esbozado por la Corte IDH por primera vez en la sentencia referida, fue reafirmado en la Opinión Consultiva OC-21/14 (Corte IDH, 2014b, párrafo 235) y en la reciente Opinión Consultiva OC-25/18 (Corte IDH, 2018, párrafo 195). En dichas opiniones, la Corte IDH precisó que en el marco de la CADH es exigible la entrevista a la persona y una evaluación

⁷⁵ 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, 2012, pp. 105 y 106).

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 persona (Corte IDH, 2018, párrafo 195). Bajo estos términos, este procedimiento se presentaría como uno 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° 1959/2010 (Comité de Derechos Humanos, 2011), y en el dictamen respecto de la Comunicación N° 1222/2003 (Comité de Derechos Humanos, 2004), 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 Pacto (Comité de Derechos Humanos, 2004), y que el derecho a la no devolución forma parte de los derechos fundamentales que se derivan del PIDCP según el Comité de Derechos Humanos (1992), 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 individual-

mente el riesgo en la devolución o expulsión de la persona, no solo 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”» (TEDH, 2005b, párrafo 448; 2000b, párrafo 39; 2012, párrafo 198). De esta manera, para el TEDH, solo a través de un procedimiento que respete las garantías procesales se podrá evaluar la exposición al riesgo de devolución, con el fin de no violentar con la obligación asumida en virtud del artículo 3 del CEDH (TEDH, 2005b, párrafo 460; 2000b, párrafo 50; 2012, párrafo 198).

Como hemos expuesto, este procedimiento, de acuerdo con la Corte IDH y el Comité de Derechos Humanos, deberá ser previo al de expulsión.⁷⁶ Adicionalmente, el TEDH dispone que los efectos de este procedimiento sean suspensivos, es decir, interrumpe los efectos del procedimiento de expulsión. Además, para este Tribunal la noción de «recurso efectivo» en el sentido del artículo 13 del CEDH, examinado en relación con el artículo 3 del CEDH exige, en primer lugar, un «examen in-

76 Si bien en algunos países la expulsión requiere un proceso judicial, en el nuestro se realiza mediante un procedimiento administrativo, por lo que nos referiremos al «procedimiento de expulsión».

dependiente 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» (TEDH, 2005b, párrafo 460; 2000b, párrafo 50; 2012, párrafo 198).

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 naturaleza (TEDH, 2012, párrafo 200; 2007c, párrafo 66; 2011a, párrafo 223).

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 entre el personal de 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 que habían de seguir para no ser devueltos a Libia (TEDH, 2012, párrafos 202 y 203).

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 devolución (Sirelihulauter & Bethlem, 2010, p. 132). 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 fuerza (Comité Ejecutivo del ACNUR, 1983, párrafos [i] y [iii]).

Así mismo, 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 efectivos (Comité Ejecutivo del ACNUR, 1997a, párrafo H). Ello resulta 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 legal (Carbó & Sanz, 2016), devoluciones evidentemente contrarias al derecho.

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 expulsiones sumarias, a veces en masa, y reitera al respecto 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 protección (Comité Ejecutivo del ACNUR, 1998, párrafo Q).

No obstante, esta práctica persiste. Por ejemplo, además de la Directiva Trump, ya mencionada, 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». ⁷⁷

Esta norma transgrede no solo 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 para evaluar el riesgo de devolución también encuentra sustento en la prohibición de expulsiones colectivas. Como recordamos, en el capítulo 1 de esta 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 expulsión (TEDH, 2002a, párrafo 63; Corte IDH, párrafo 171; 2012b, párrafo 175). ⁷⁸

De esta manera, si un Estado quiere rechazar a un extranjero en la frontera y se puede suponer que este 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

77 Normativa citada en Carbó y Sanz (2016, p. 318).

78 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 (2016, p. 21).

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 al derecho a la no devolución (Kritzman-Amir & Spijkerboer, 2013).

De igual manera, antes de la extradición, según apunta el ACNUR, existe la obligación de iniciar un procedimiento previo que permita evaluar el riesgo de devolución si es aducido por la persona sujeta 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 este, incluso después del juicio y del cumplimiento de la condena (ACNUR, 2008c).

Es preciso 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 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 Directiva,⁷⁹ se pue-

79 Por ejemplo, véase Sánchez Fernández (2013, pp. 159, 179); Ceriani Cernadas (2009, pp. 85-94).

den rescatar algunos aspectos positivos, 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 devolución.⁸⁰ 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.

Así mismo, en virtud del artículo 9(1), los Estados deben aplazar la expulsión cuando esta 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, porque 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 de ese individuo (Sireliluhauter & Bethlehem, 2010, p. 153); y, 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

⁸⁰ En el mismo sentido, el artículo 5(c), de la Directiva 2008/115/CE.

o para la comunidad del Estado de acogida (ACNUR, 2006b, párrafo 11).

Por todo lo expuesto hasta aquí, con el fin de garantizar una protección efectiva en virtud del derecho a la no devolución, se subraya la necesidad de iniciar un procedimiento 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 de expulsión o de extradición (dependiendo del caso concreto), tendrá efectos suspensivos y debe respetar las garantías mínimas del debido proceso.

Vale 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 otras (Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, 2013, párrafo 49).

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 la expulsión como un acto jurídico o un comportamiento, atribuible a un Estado, por el cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado (ONU, 2014a, artículo 2[a]). 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 esta 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. (Blanco, 2011, p. 37)

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. (Corte IDH, 2010, párrafo 100)

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 territorio (Blanco, 2011, p. 266), 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.

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 de refugiados que contravenga el derecho a la no devolución (ONU, 2014, artículo 6); y se dispone la obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida estaría amenazada (ONU, 2014, artículo 6) o en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ONU, 2014, artículo 6).

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*, y encontró 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. (CIDH, 2011, párrafo 112)

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 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 automáticos (CIDH, 2011, párrafo 112).

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 nece-

sarias, 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. (Corte IDH, 2015, párrafo 164)

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 este 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

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, aun 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. (Corte IDH, 2010, párrafo 143).

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 ellos (Mendiola, 2017, p. 28). Se debe señalar que en algunos Estados la expulsión se realiza con procedimientos administrativos, mientras que en otros, como EEUU, es de carácter judicial.⁸¹

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 afectarlos (Corte IDH, 2001a, párrafo 69; 2011b, párrafo 115). Así mismo, 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» (Corte IDH, 2001a, párrafo 69; 2011b, párrafo 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 legal» (Corte IDH, 2012b, párrafo 157; 2001b, párrafo 124).

En efecto, en el SIDH se acepta uniformemente la aplicabilidad del debido proceso a los procedimientos de expulsión, independientemente de la situación migratoria del extranjero

81 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 castigándola con penas privativas de libertad y que 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.

(Blanco, 2011, p. 185). En cuanto al procedimiento de devolución, en principio, es necesario señalar que tiene una relación de género-especie con el procedimiento de expulsión (Garretón, 1994, p. 214), ya que es una expresión de la facultad general de expulsión que tienen los Estados, pero se diferencia en que 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 a él, de manera que, en estos casos, tendría una naturaleza accesoria.

Dada la relación 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 primera (Garretón, 1994, p. 228). 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 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 ley. (Corte IDH, 2014, párrafo 356)⁸²

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 tenga 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 internacionales (Blanco, 2011, p. 294).

Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional, en el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, ha incluido expresamente la prohibición de discriminación en

82 En el mismo sentido, en la sentencia del Caso familia Pachecho Tineo contra Bolivia, párrafo 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 [...]».

todos los procedimientos de expulsión (ONU, 2014, artículo 14).⁸³

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 interseccional (Comité CDPD, 2018, párrafo 18). De esta manera, en la reciente Observación General N° 6 (2018) el Comité ha propuesto la igualdad inclusiva como un nuevo patrón 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. (Comité CDPD, 2018)

83 «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».

(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, y 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 expulsión (ONU, 2014, artículo 26[a]).

En los procedimientos de expulsión, según Blanco, son dos los momentos en los que mínimamente debe ser notificado el migrante: al inicio o al final (Blanco, 2011, p. 207). En los procedimientos de devolución, como hemos señalado, se suelen iniciar en el marco de los procedimientos de expulsión, en los cuales se debería realizar esta comunicación previa. Así, en los procedimientos de no devolución iniciados en el marco de una medida de expulsión este derecho comprenderá el segundo momento descrito por Blanco, que es la comunicación de la decisión final en relación con el 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 él 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 mismo 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 hacerlo (CIDH, 2001, párrafo 100).

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 pertinentes, 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 expulsión (ONU, 2014, artículo 26(c)).

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 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 vida» (Corte IDH, 2013, párrafo 220).

Cualquier declaración de una niña o niño debe sujetarse a las medidas de protección procesal que les corresponden, entre ellos, la posibilidad de no declarar, la asistencia del representante legal y la emisión de aquella ante la autoridad legalmente facultada para recibirla (Corte IDH, 2002, párrafo 129).

En este orden de ideas, con el 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 capacitado (Comité de los Derechos del Niño, 2009 párrafo 34; CIDH, 2015, párrafo 312), 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 adecuado (Corte IDH, 2014b, párrafo 123).

Cuando los procedimientos de devolución involucren mujeres, en virtud de este derecho, los Estados deben garantizarles 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 entrevistas.⁸⁴

Del mismo modo, si los procedimientos de devolución involucran víctimas de la trata de personas, al recibirla y entrevistarla resulta fundamental brindarle 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. Estos entrevistadores 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 profesional (ACNUR, 2006a, párrafo 46).

84 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, 2014, párrafos 42 y 43).

(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 que se refiere a la comunicación con los nacionales del Estado que envía. La Corte IDH establece cuatro derechos que se derivan de él: (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 consular (Corte IDH, 1999).

También, la Comisión de Derecho Internacional, en el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, ha 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» (ONU, 2014, 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. (Corte IDH, 2014b, párrafo 441) (Cursivas nuestras)

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 representada por abogados de su elección, o bien de personas idóneas en la materia. Así mismo, la información mencionada debe incluir para todos los interesados alguna forma de asesoría especializada sobre los derechos que asisten al inmigrante (CIDH, 2001, párrafo 100). 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 con 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 gratuita (Salmón & Blanco, 2012, p. 288). 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 prestación a su favor de un servicio público gratuito de defensa legal, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio (Corte IDH, 2003, párrafo 126).⁸⁵

85 También puede verse: Corte IDH. Caso Vélez Loor contra Panamá, *op. cit.*, párrafos 146 y 147.

Además de 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 comunidad (Consejo de Derechos Humanos, 2015b, párrafo 33). Es decir, en su caso sí se dispone que los Estados tienen que otorgar representación legal gratuita.

Por otro lado, en relación con 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 migrante (CIDH, 2009, párrafo 99) 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 sean una consideración primordial en toda decisión que lo afecte (Corte IDH, 2014b, párrafo 131).

Lo mismo puede replicarse para el caso de expulsiones o devoluciones de mujeres o de víctimas de la trata de personas, en el que la asistencia legal debe ser, también, especializada, en el sentido de que se deben tomar en cuenta los derechos específicos de estos grupos de personas y considerar especialmente su condición o los factores de vulnerabilidad que pueden aducir en el proceso.

(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 procedimien-

to 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 entienda (CIDH, 2009, párrafo 100).

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 el «derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado por la autoridad competente» (CIDH, 2009).

Este derecho es vital para que el Estado asegure que la persona comprenda el proceso que se sigue en su contra y pueda, así, 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 resto (Salmón & Blanco, 2012, 264).

(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 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 CADH (CIDH, 2009, párrafo 100).

En el caso de decisiones de expulsión que involucren a 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 superior (Corte IDH, 2014b, párrafo 141). Esto se exige, sobre todo, porque en la mayoría de los procedimientos que involucren a niños y niñas se prefiere escuchar los argumentos de los adultos a su cargo, 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.

Hay que 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 irreversible (ONU, 2014a, artículo 22[4]).

(g) El derecho a la notificación formal de la decisión final

Este derecho es una garantía indispensable para ejercer el derecho a recurrir la decisión o para su derecho a la protección judicial (Blanco, 2011, p. 206). Conforme a ello, la Corte IDH, en el *Caso Vélez Loor contra Panamá*, determinó que:

[...] la falta de notificación 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 [...]. (Corte IDH, 2010, párrafo 180)

Así mismo, 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» (Corte IDH, 2013, párrafo 185).

(h) El derecho a la motivación de la decisión final

La Comisión de Derecho Internacional, en el proyecto de artículos sobre expulsión de extranjeros, consideró que la resolución de expulsión deberá estar motivada (ONU, 2014, artículo 5[1]). 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 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 (Salmón & Blanco, 2012, p. 112).

En cuanto al procedimiento de devolución, la motivación de la decisión girará en torno al análisis de hechos y de derecho que debe efectuar la autoridad competente vinculado al riesgo de devolución del extranjero o extranjera, 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 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 consideraron las opiniones expresadas por la niña o niño, como también la forma en que se ha evaluado su interés superior (Corte IDH, 2014b, párrafo 139), y los riesgos específicos a los que pueden someter a los menores en su Estado de origen o residencia.

De forma 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 sometidas en su Estado de origen o de residencia.

(i) El derecho a un plazo razonable

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 trata de rechazos en fronteras.

Para evaluar la razonabilidad del plazo, la Corte IDH estableció inicialmente tres elementos: a) la complejidad del asunto

to, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales (Corte IDH, 1997, párrafo 77). Posteriormente, añadió un cuarto criterio correspondiente a la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en él, 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 para que el caso se resuelva en un tiempo breve (Corte IDH, 2008, párrafo 155).

Este derecho se analizó en el *Caso Loren Laroye Riebe y otros contra México*, en el que la CIDH concluyó que este país violó las garantías de los artículos 8 y 25 de la CADH en tanto que el procedimiento administrativo de deportación, seguido contra ellos, se limitó al trámite cumplido en espacio de unas horas en el aeropuerto de Ciudad de México (CIDH, 1999, párrafo 59).

En el mismo sentido, en el *Caso de la familia Pacheco 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» (Corte IDH, 2013, párrafo 187).

(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 tutor (Corte IDH, 2014b, párrafo 132). Específicamente, de acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, con tal medida se busca garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, al acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica y de otra índole, así como a defender sus intereses y asegurar su bienestar (Comité de los Derechos del Niño, 2006, párrafo 33).

En suma, en este 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 expulsión.⁸⁶ 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 de origen o a donde exista el riesgo (Corte IDH, 2013, párrafo 136). Así mismo, este procedimiento se debe iniciar previamente al procedimiento de expulsión (incluyendo aquellos de expulsión en frontera y de extradición, deportación, retiros forzosos, etcétera), y tendrá efectos suspensivos.

Finalmente, es importante insistir en que el procedimiento de devolución que implementen los Estados debe diseñarse e implementarse con un enfoque de edad, género, diversidad y de discapacidad (modelo social y de derechos humanos según la CDPD), con el fin de garantizar la protección frente a las necesidades particulares de las mujeres, los niños, niñas y adolescentes refugiados (incluyendo aquellos no acompañados o

86 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 (artículos 8.1, 8.2 y 25 de la Convención) para determinar la existencia o no del riesgo» (en Ezequiel, s.f.).

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, en el preámbulo de la Directiva 2013/32/UE, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, 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.* (Unión Europea, 2013a) (Cursivas nuestras)

Así, por ejemplo, en los procedimientos de devolución que involucren a 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 posible (Corte IDH, 2014b, párrafo 357).

Igualmente, en los procedimientos de devolución que involucren a mujeres, el Comité CEDAW dispuso algunas medidas procedimentales que atiendan sus necesidades específicas, 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 entrevista (Comité CEDAW 2014, párrafo 50 [d], [e], [f] y [j]).

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 [...]» (cursivas nuestras). Al interpretar este artículo, el Comité CDPD determinó que un proceso que involucre personas con discapacidad:

debe permitir la participación y ser transparente. 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. [...]. (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2018, párrafo 52)

Específicamente, en relación con 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 (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2018, párrafo 32[p]).

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, artículos 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, 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 del caso concreto, se iniciará de manera preliminar o previa al 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, con el 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 solo corresponde al 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 devo-

lución debe ser real para 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 ACNUR (ACNUR, 2008c, párrafo 19), por el Comité Ejecutivo del ACNUR (1997, párrafo I) 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» (cursivas nuestras) (Comité de Derechos Humanos, 2018, párrafo 30).

Así mismo, 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 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 autorida-

des del Estado receptor, así como estudiar 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 adelante (Comité de los Derechos Humanos, 2018, párrafo 30). En este punto, notamos que el Comité estaría conforme con las cuestionadas «garantías diplomáticas» que estudiaremos en el punto 4 de este 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 *fetua* contra ella, sin asegurarse de la improbabilidad de que esa fetua 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 habla (Comité de los Derechos Humanos, 2018, párrafo 30).

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 Convención (Comité contra la Tortura, 1997, párrafo 1). En esa 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,

los alegatos del autor deben *tener suficientes fundamentos de hecho* que fundamenten la respuesta del Estado (Comité contra la Tortura, 1997, párrafo 1). 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* (Comité contra la Tortura, 1997, párrafo 1). 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 (iii) que el peligro es personal y presente, pudiendo admitirse toda la información que se considere pertinente (Comité contra la Tortura, 1997, párrafo 1).

En relación con 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 en-
viar 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 con-
sentimiento o aquiescencia? De ser así, ¿se trata de hechos
recientes?
- c) ¿Hay testimonios médicos u otros testimonios indepen-
dientes 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 inter-
na 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? (Comité contra la Tortura, 1997, párrafo 1)

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 sentido de que debe ser una consecuencia previsible (Corte IDH, 2014b, párrafo 230; 1997, párrafo 167). Nótese que la Corte IDH se refiere de manera general a los derechos de las personas extranjeras, no solo 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 real (Corte IDH, 2018, párrafo 197).

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 de-

volución» (Corte IDH, 2014b, párrafo 230). 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.

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, (ii) las circunstancias particulares de la presunta víctima y, como un factor adicional, (iii) las garantías diplomáticas, en caso hubieran sido otorgadas (Corte IDH, 2015, párrafo 167).⁸⁷

En relación con el 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 gubernamentales (Corte IDH, 2015, párrafo 171). Así mismo, se deben tener en cuenta las condiciones reales de dicho país y no solo las 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 CADH (Corte IDH, 2015, párrafo 172).⁸⁸

En cuanto al punto (ii), la Corte IDH señala que es necesario demostrar las circunstancias particulares que lo expondrían a

87 La Corte IDH cita al TEDH (2012, párrafo 87).

88 La Corte IDH extrae este criterio de TEDH (2008a, párrafo 147; 2008g, párrafo 96); Caso Garayev contra Azerbaijan. Demanda N° 53688/08. Sentencia de 10 de junio de 2010, párrafo 73, y Caso Boutagni contra Francia. Demanda N° 42360/08. Sentencia de 18 de noviembre de 2010, párrafo 44.

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 destino (Corte IDH, 2015, párrafo 173).

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 medidas de devolución, de los cuales extraeremos algunos criterios que se siguen en el SIDH con el fin de evaluar el riesgo de devolución.

- En relación con 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 en los que esta no ha ocurrido, se debe analizar la información disponible al momento del examen por parte de la Corte IDH (Corte IDH, 2015, párrafo 151).
- Sobre el significado del «riesgo real» que involucra el derecho a la no devolución, en el *Informe del Caso John Doe y otros (Canadá)*, este 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 forma parte del Protocolo de 1967 y de la Convención de 1951, y está obligado mediante varios instrumentos de derechos humanos que tienen un componente de no devolución (CIDH, 2011, párrafo 58).

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 Albania (CIDH, 2011, párrafo 96). 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 este país presentan deficiencias con respecto a los requisitos del DI (Corte IDH, 2012, párrafo 22). 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 solo como un riesgo real, sino también como un riesgo *previ-sible* 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 ello, no pueden expulsar, por deportación o extradición, a las personas bajo su jurisdicción si es posible prever razonablemente que pueden ser condenadas a muerte, sin exigir garantías de que dicha pena no les será aplicada (Corte IDH, 2015, párrafo 143).

- 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» (Corte IDH, 2015, párrafo 135).
- 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 riesgo real de ser sometido a un trato contrario al artículo 3». En ese caso, 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*» (cursivas nuestras).⁸⁹

89 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, párrafo 167. Caso Ryabikin contra Rusia. Demanda N° 8320/04. Sentencia de 19 de junio de 2008, párrafo 112. Caso Nizomkhon Dzhu-rayev contra Rusia. Demanda N° 31890/11. Sentencia de 3 de octubre de 2013, párrafo 108. Caso Saadi contra Italia. Demanda N° 37201/06. Sentencia de 28 de febrero de 2008, párrafo 128. Caso Cruz Varas y Otros contra Suecia. Demanda N° 15576/89. Sentencia de 20 de marzo de 1991,

- Si bien la Corte IDH no menciona el riesgo de devolución como previsible, al analizar el riesgo de devolución al Perú de la familia Pacheco Tineo se refiere a un riesgo de devolución potencial. Mencionó que la evaluación del riesgo 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» (Corte IDH, 2013, párrafo 173) (cursivas nuestras). 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 [...]» (Corte IDH, 2013, párrafo 173) (cursivas nuestras).

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 del derecho a la vida. Precisamente, en 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 para suponer que sufrirán tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, «el Tribunal no excluye que se apliquen 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» (TEDH, 2002b).

párrafos 75 y 76. Caso Vilvarajah y otros contra Reino Unido. Sentencia de 30 de octubre de 1991, párrafo 107. Caso Mamatkulov y Askarov contra Turquía. Sentencia de 4 de febrero de 2005, párrafo 69.

Un caso de expulsión en el que 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 por rebeldía en ese país a la pena de muerte constituiría una vulneración de los artículos 2 y 3 del CEDH. Este Tribunal estimó que «existen razones fundadas para creer que el 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» (TEDH, 2006a, párrafo 48).

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 disposición (Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE, 2014, p. 74; TEDH, 2008a, párrafo 125). Además, la evaluación de la existencia de un riesgo real debe ser necesariamente rigurosa (TEDH, 1996).⁹⁰ Por último, la carga probatoria recae en el demandante, correspondiendo al Estado disipar cualquier duda al respecto (TEDH, 2015c, párrafo 167).

Así mismo, el TEDH analizó el riesgo de devolución, considerando las consecuencias previsibles de la expulsión de una persona al país de retorno propuesto (TEDH, 2008d, párrafo

90 TEDH. *Asunto Chahal contra Reino Unido*, *op. cit.*, párrafos 96 y 128, respectivamente.

113).⁹¹ Para ello, al igual que la Corte IDH y la CIDH, considera que se debe evaluar: (i) las circunstancias personales del interesado (TEDH, 1991b, párrafo 108), así como (ii) las condiciones generales del país:⁹² si presenta una situación de violencia generalizada, párrafo 115)⁹³ o conflicto armado, si se cometen en él vulneraciones de los derechos humanos, etcétera (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2014, p. 75). Si un individuo es miembro de un grupo sujeto a malos tratos sistemáticos, puede que no sea necesario aducir pruebas de factores de riesgo personal (TEDH, 1997, párrafo 91).

Veamos a continuación algunos pronunciamientos del TEDH sobre el riesgo de devolución, con el fin de extraer los criterios que se deben seguir en esta evaluación:

91 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».

92 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, párrafo 136. TEDH, 2005a).

93 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, 1997, párrafo 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».

- En relación con el 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 al 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 que esa situación general hace que sea más probable que las autoridades (o cualquier persona o grupo de personas donde surja el peligro) maltraten sistemáticamente al grupo en cuestión (TEDH, 2008d, párrafo 116).

En tal 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 en conjunto los factores personales específicos del solicitante, su retorno constituyó una vulneración del artículo 3 del CEDH. Se enfatizó 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. (TEDH, 2008d, párrafo 130)

- En relación con algunas de las circunstancias generales en el país de envío, en el *Asunto Salab 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 al demandante, a su salida de Somalia (país al que se le pretendía retornar), los miembros del clan Ashraf le infligieron tratos considerados contrarios al artículo 3 del CEDH. Lo relevante fue si el solicitante 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 el que 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 huyó. (TEDH, 2007b) (Traducción libre)

- En relación con 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 a él. 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 conflicto (TEDH, 2011f, párrafo 248).

En este asunto, además, el TEDH establece una regla general que permite 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 tercer lugar, si los enfrentamientos eran localizados o generalizados; y, finalmente, el número de civiles fallecidos, heridos o desplazados como resultado de los enfrentamientos [...]. (TEDH, 2011f, párrafo 291)⁹⁴

94 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-

En suma, de la jurisprudencia del TEDH se deduce que se utiliza un criterio general para 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 derechos (TEDH, 2015b, 2015a, párrafo 451). Con el 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 víctima (TEDH, 2015b, 2015a, párrafo 450).

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

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, 2014a).

- las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes del país de origen y el modo en que se aplican;
- 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 ciudadanía. (Unión Europea. Consejo y Parlamento Europeo, 2011)⁹⁵

Ahora bien: la obligación de los Estados de evaluar las circunstancias generales del país de envío y las de la persona para determinar el riesgo real, personal y previsible de devolución,

95 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).

también debe ser interpretada desde un enfoque integral de edad, diversidad, género y discapacidad (modelo social y de derechos humanos según la CDPD). Como hemos sostenido a lo largo de esta investigación, este enfoque es transversal a todo el procedimiento de devolución, en la medida en que coadyuva a garantizar una protección adicional a 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 esta 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 Niño, en la Observación General Nº 6 (2005), se refiere al riesgo que pueden afrontar los niños y niñas en su Estado de origen 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» (Comité de los Derechos del Niño, 2006, párrafo 84). 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 Niño 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 menor (Comité de los Derechos del Niño, 2006, párrafo 84) (cursivas nuestras).

Con el 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 Niño para verificar si el retorno redundaría en el interés superior del menor (Comité de los Derechos del Niño, 2006, párrafo 84). De esta manera, las consideraciones que se invoquen en el procedimiento de devolución deberán responder al interés superior del menor, o 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 superior (Comité de los Derechos del Niño, 2006, párrafo 84). 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.
- El nivel de integración del menor en el Estado de acogida y el período 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 Niño (Corte IDH, 2014b, párrafo 222), 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 menor (Corte IDH, 2014b, párrafo 101).

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, incluida la violencia basada en el género, independientemente de si esas consecuencias tendrían lugar fuera de los límites territoriales del Estado emisor (Comité CEDAW, 2014, párrafo 22).

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 las de persecución o violencia por razón de género basada en motivos razonables.

Además, de la Recomendación General N° 32 CEDAW se derivan algunos aspectos por considerar al momento de realizar el examen de las circunstancias generales del Estado de envío y las circunstancias personales 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 medios (Comité CEDAW, 2014, párrafo 22).
- En relación con 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 examinador (Comité CEDAW, 2014, párrafo 22).
 - 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 origen (Comité CEDAW, 2014, párrafo 22).
 - 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 traumas (Comité CEDAW, 2014, párrafo 22).

c. El umbral y criterios para determinar el riesgo de devolución de las víctimas de la trata de personas

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 *baya argumentos importantes para creer que la persona en cuestión sería objeto de persecución*» (ACNUDH, 2010a, p. 96) (cursivas nuestras). Con la particularidad de 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 capaci-

dad del Estado receptor para prevenir la trata y proteger a las personas de ella (ACNUDH, 2010a, p. 96).

Además, de acuerdo con los criterios establecidos por el ACNUR y el ACNUDH en sus directrices, considero que para determinar las circunstancias generales del país de envío y las personales de las víctimas de la trata de personas debe valorarse, entre otros aspectos, lo siguiente (ACNUDH, 2010a, p. 96):

- 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 esta, 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.
- 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 los 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 haya 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 ONG.⁹⁶
- 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».

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 las afectan de manera desproporcionada. Además, esos riesgos son discriminatorios por defini-

⁹⁶ La mayoría de estos criterios se deducen de las pautas para establecer los fundados temores de ser perseguidos de las víctimas de la trata de personas más de la trata apuntados por el ACNUR.

ción, ya que son cometidos contra las personas con discapacidad en razón de su deficiencia. En ese sentido, se deduce que, además de examinar el riesgo real de devolución, en los procedimientos de devolución que involucren a estas personas se tiene que considerar si los riesgos a los que se 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 CDPD,⁹⁷ se deduce que con el 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 él 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 tendrán menos probabilidades de contar con acceso a servicios de recuperación y rehabilitación o a la justicia, o si las niñas desplazadas con discapacidad formal enfrentarían obstáculos adicionales para acceder a la educación formal (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2016, párrafo 49).⁹⁸

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 del país de envío y las circunstancias propias de la persona, con el propó-

97 Este artículo señala 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.

98 Aquí, este Comité reconoce que las mujeres con discapacidad y las niñas en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias corren mayores riesgos.

sito de determinar el riesgo real, personal y previsible de devolución. A partir de ello notamos que, con el 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).

Así mismo, se examinó el riesgo de devolución adaptado a las necesidades específicas de algunos grupos en situación de vulnerabilidad, que 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. Es necesario 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» (Remiro, 2008). Por esta razón, Bruin y Wouters se cuestionaron si después de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 aún es permitido encontrar un equilibrio entre la seguridad nacional de un Estado y la obligación de brindar protección contra la devolución (Bruin & Wouters, 2003).

En este contexto, aquí analizaremos las alternativas que en virtud del DI tienen los Estados para devolver personas solicitantes de refugio o refugiados. Particularmente, nos centraremos en el principio del tercer país seguro y las excepciones al derecho a la no devolución del artículo 33(2) de la Convención de 1951. Examinaremos la obligación de los Estados de seguir una serie de criterios y directrices con el 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 en 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 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 considerados 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 los derechos de las personas.

De este modo, en adelante conoceremos las directrices que se deberían seguir para la aplicación conforme con el derecho a la no devolución del principio del tercer país 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 persona (ONU, 1999, párrafo 20). 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 afecte 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 suspensivo (Van Selm, 2001, p. 35). Este procedimiento debe llevarse a cabo en el Estado que busca trasladar a una persona a un tercer Estado, y la decisión 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, y sería preferible que exista un órgano independiente encargado de la supervisión (Van Selm, 2001, p. 59). Por ejemplo, el Estado de envío debe informarse de todos los hechos y decisiones relevantes a la disponibilidad de protección en el Estado de recepción (University of Michigan Law School, 2007).

En esa línea, Foster, citando al 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 garantizar que el Estado que recibe sigue cumpliendo con sus obligaciones internacionales (Foster, 2008). Además, esta autora afirma que esto re-

quiere que el Estado que envía «establezca mecanismos creíbles» para monitorear y hacer respetar los derechos de las personas transferidas (Foster, 2008).

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 1951 (University of Michigan Law School, 2007).

Se debe 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 envío (University of Michigan Law School, 2007).

Así mismo, 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 primero «un período razonable y todas las facilidades necesarias para obtener la admisión en otro país» de su elección (University of Michigan Law School, 2007).

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 particulares 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 durable* (Legomsky, 2003). 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 envía (Binkovitz, 2018).

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 fundamental (ACNUR, 2018b, párrafo 10), pero no el único.

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 sis-

tema de refugio sean lo suficientemente estables para proporcionar una protección duradera (Binkovitz, 2018, p. 610).

- *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 internacional* (ACNUR, 2018b; ONU, 1999, párrafo 19). 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 con sus necesidades específicas. Además, el tercer Estado permitirá a la persona permanecer mientras se realiza la determinación de la condición de refugiado (Comité Ejecutivo del ACNUR, 1989a, párrafo F [ii]; ACNUR, 2018b, párrafo 4). Cuando se determina que la persona es refugiada, debería reconocérsele como tal y otorgarle los derechos que le corresponden, de acuerdo con la Convención de 1951 (ACNUR, 2002b, párrafo 15; 2009e, párrafo 15).
- *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 humanos* (Comité Ejecutivo del ACNUR, 1999a, párrafo [i]; 1998, párrafo [aa]; 2018b, párrafo 4). Incluyendo aquellos derechos humanos específicos contemplados en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, cuando se trate 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 aplicadas, tendrán que verificarse, entre otras,

las obligaciones legales internacionales del Estado, sus leyes nacionales y la práctica actual de la implementación (ACNUR, 2010, 2002b, 1996).

- *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 anteriormente (ACNUR, 2018b, párrafo 5). En relación con ello, se apuntan algunas condiciones que deben considerar estos acuerdos: debe basarse en el entendimiento de que cualquier sistema diseñado para articular la cooperación internacional en este campo ha de garantizar siempre todos los derechos de los refugiados. Por lo tanto, corresponde al sistema 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 diferente (Gil-Bazo, 2015a, p. 33).
- *Considerar el retorno y readmisión de refugiados.* Si se trata de personas refugiadas que han sido reconocidas y encontraron protección en un tercer país, deben tener la oportunidad de volver a acogerse a la protección que anteriormente se les brindaba como refugiados (ONU, 1999, párrafo 19). Al regreso deben otorgarles una estancia legal en el Estado y gozar de todos los derechos aplicables a los refugiados (ACNUR, 2002b, párrafo 15[g]). Por otro lado, si el Estado receptor no se asegura de que una persona transferida que cumpla con los requisitos del artículo 1 de la Convención de 1951 recibe el benefi-

cio de los artículos 2 al 34 de la Convención de 1951, las obligaciones originales del Estado que envía a ese refugiado ya no 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 1951 (University of Michigan Law School, 2007).

- *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 degradantes (TEDH, 2011a, párrafo 340-342; 2000a, párrafo 2008f, párrafo I[A]). O analizar si pese a que el solicitante podría ser reconocido como refugiado en el Estado en el que se presenta la solicitud, en la práctica no tiene posibilidades de ser aceptado en el tercer país al que es enviado (Achermann & Gattiker, 1995).
- *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 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 momento del traslado (Comité de los Derechos del Niño, 2006, párrafo 92).

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 responde al interés superior del menor no acompañado y separado si contribuye a la reunión familiar en el Estado al que se le envía (Comité de los Derechos del Niño, 2006, párrafo 92).

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 de este (University of Michigan Law School, 2007, párrafo 16).

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 Estado seguro sea legal conforme a la Convención de 1951 (Legomsky, 2003, p. 673). Siguiendo a este autor, la carga de la prueba con respecto a si un tercer Estado es seguro en relación con 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 propuesto (Legomsky, 2003, pp. 671-672). 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 CEDH;⁹⁹ aunque actualmente es cuestionable esta presunción, pues, por ejemplo, Italia es parte 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

99 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.

sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituyan una amenaza para la comunidad de tal Estado.

En los trabajos preparatorios de la Convención de 1951, en relación con 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» (Weis, 1995, p. 241). Sin duda, la protección que ofrece el derecho a la no devolución pretende salvaguardar derechos fundamentales indispensables, como la vida, la libertad o la 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 de aquel del 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 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 proceso (Geof, 2010). Por consiguiente, la relación entre ambos artículos se ha confundido en la práctica (Hathaway, 1991, p. 342).

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 inclusión (ACNUR, 1967, párrafo 31). Así, se distinguen de las excepciones al derecho a la no devolución del artículo 33(2) de la Convención de 1951, pues estas no implican el cese de la condición de refugiado, sino que podrá ser expulsado o de-

vuelto del Estado de acogida a pesar de 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.

Naturalmente, la distinción más evidente es que las cláusulas que se contemplan en ambos artículos de la Convención de 1951 son distintas (ver cuadro 11).¹⁰⁰

Cuadro 11
Comparación entre los artículos 1(F) y 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 represente una amenaza para la comunidad del país.
Culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.	

Las excepciones al derecho a la no devolución y las causales de la exclusión del estatuto del refugiado operan en momentos distintos. Estas últimas se ponen en movimiento normalmente durante el proceso de determinación de la condición de refugiado (ACNUR, 1967, párrafo 141), mientras que las segundas lo hacen en el momento en que un Estado decida efectuar la devolución de un refugiado o de un solicitante (Geof, 2010, p. 506), que puede ocurrir durante o después de este proce-

¹⁰⁰ Para un análisis detallado de las causales del artículo 1(F) de la Convención de 1951, ver Egelman (2018, 461-498).

dimiento. Por ello, 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 cuestión (ACNUR, 2003b), en vez de la comisión de algún acto en el pasado.

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) (Sireliluhauter & Bethlehem, 2010, p. 144). 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» (Hathaway, 1991, p. 344).

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 pone en práctica, en principio, en el caso de aquellas personas que han cometido o que planean cometer delitos particularmente graves dentro del Estado de acogida; aunque es necesario 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 Estado (Bruin & Weouters, 2003, p. 16).

En definitiva, pese a que se pueda alegar cierta semejanza entre las cláusulas de exclusión del artículo 1(F) de la Convención de 1951 y 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.

Por otro lado, es preciso añadir que las excepciones deben ser interpretadas de manera restrictiva, taxativa, y no pueden aplicarse extensivamente a quienes no se menciona expresamente en el artículo 33(2) de la Convención de 1951 (Corte IDH, 2014b, 1994a, párrafo 221).¹⁰¹ Esta aplicación restrictiva implica satisfacer cuatro condiciones: (i) que exista un nexo racional entre la expulsión del refugiado y la eliminación del

101 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, 7 de octubre de 2005, párrafo (i). Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusión sobre la disposición sobre protección internacional, en particular mediante formas complementarias de protección. 7 de octubre de 2005, párrafo (d).

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 (ACNUR, 2008, párrafo 15).

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 comunidad (Llain, 2015, p. 294). 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)» (The redress trust [redress]. Immigration law practitioner's association [ILPA], 2016).

Nótese, además, que la redacción tanto del artículo 1(F), que contempla las cláusulas de exclusión, como del 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 enfrentan los niños y niñas, sean separados o no acompañados, mujeres o personas con discapacidad las víctimas de la trata de personas; y todos aquellos que por alguna condición sufren de una especial vulnerabilidad.

Particularmente en relación con los niños y niñas, el ACNUR emitió una directriz para orientar la aplicación de las causales de exclusión. 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 niñas (ACNUR, 2009b, párrafo 59). 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 también pueden haber sido víctimas de delitos contra el DI y no solo responsables de cometerlos (UNICEF. Principios de París, 2007). 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 aplicadas al niño o niña solo si ha alcanzado la edad de la responsabilidad penal, como lo establece la ley internacional y/o 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 devolución (UNICEF. Principios de París, 2007, párrafo 60).
- La madurez emocional, mental e intelectual de cualquier niño o niña necesitará ser evaluada, con el fin de de-

terminar si el niño tiene la capacidad mental para ser considerado responsable de un delito contemplado en el alcance del artículo 33(2) (UNICEF. Principios de París, 2007, párrafo 61).

- 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 necesita 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 la que el niño se involucró en las fuerzas o grupos armados; las razones por las cuales se alistaron y dejaron 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 sufridos (UNICEF. Principios de París, 2007, párrafo 64[ii]).

A continuación brindaremos una aproximación al alcance de las dos causales que limitan el derecho a la no devolución en el DIR:

- (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 acogida (ACNUR, 2008, párrafo 14[i]). 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 internacional (Bruin & Wouters, 2003, p. 17; Sireliluhauter & Bethlehem, 2010, p.150).

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'. (Obiera & Lekwuwa, 2003)

El mandato del artículo 33(2) es claro, y requiere que, aun 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 insuficiente (Bruin & Wouters, 2003, p. 18). Además, Hathaway y Harvey criticaron este extremo de la decisión del *Caso Suresh* aduciendo que «[...] in line with the general evidentiary standard of Ar-

ticle 33(2), the connection between an impact on ‘the integrity of Canada’s international relations’ and Canada’s essential welfare should have been proved, not simply assumed» (Hathaway & Harvey, 2011).

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» (Bruin & Wouters, 2003, p. 18; Sireliluhauter & Bethlehem, 2010, p. 150).

Así mismo, 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 pasado (Sireliluhauter & Bethlehem, 2010, p.151). 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 quedara (Weis, 1995, p. 342). 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 y si podrían ser empleadas, ya sea en el país de asilo o mediante la expulsión del individuo en cuestión a un tercer país seguro. (Sireliluhauter & Bethlehem, 2010, p. 153)

(ii) *Condena definitiva por un delito particularmente grave y que constituya una amenaza para la comunidad del país.* Conforme con el ACNUR, el refugiado implicado no solo tiene que haber sido condenado por 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 este es el caso, se deben considerar la naturaleza y las circunstancias del delito en particular y otros factores relevantes (ACNUR, 2008, párrafo 14[iii]).

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 «[...] refolement 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» (Hathaway & Harvey, 2011, p. 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”» (United States Court of Appeal, 2017, citado por Llain S, 2015, p. 311).

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 a 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 a él que establece el artículo 33(2) de la Convención de 1951.¹⁰² Por este motivo, hay quienes sostienen que, en nuestra región, el derecho a la no devolución es

¹⁰² El artículo 33(2) de la Convención de 1951 dispone: «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

absoluto, al no contemplar excepción alguna (Manly, 2003). 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 solo precisó que en el DIR el derecho a la no devolución no es absoluto y permite excepciones. Señala la Corte IDH 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, aun cuando la persona cumpla con la definición de refugiado» (Corte IDH, 2014b, párrafo 211). 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 cuadro 12.

amenaza para la comunidad de tal país».

Cuadro 12

Países de América Latina que han incorporado el derecho a la no devolución sin excepciones*

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 2013	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».
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 [de] 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».

País	Fuente	
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 devolverá a 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».

Estándares jurídicos para garantizar el derecho a la no devolución en el marco del SIDH

País	Fuente	
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».

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

Por el contrario, países como el Perú, Argentina, Costa Rica, Chile, Belice, 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, 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, consideramos 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 con el fin de avanzar en el reconocimiento del derecho a la no devolución con carácter absoluto.

En necesario 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 como 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 ello, hay quienes señalan que «la no devolución en el contexto de los derechos humanos no tolera ninguna limitación o derogación». Lamentablemente, esta afirmación no es del todo acertada, pues pese a que el 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 ella «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 él 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.

Además, la facultad del artículo 27 de la CADH no es irrestricta, pues es un precepto concebido solo 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» (Corte IDH, 1987a).

Así mismo, del artículo 27(1) se deriva también la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, con el fin de que se adecúen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan los límites estrictos impuestos por la CADH o derivados de ella (Corte IDH, 1987bb; Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1987, artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Así, en virtud del artículo 27(1), solo 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 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 discriminen (Ramírez, 2014; Steiner & Uribe, 2014).

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 contempladas en el 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 solo 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, focalizada en evaluar ciertas circunstancias que concurren en la persona que podría ser sujeta a una medida de devolución o expulsión, las circunstancias excepcionales que habilitan la suspensión del derecho a la no devolución deben afectar a toda la población, a la totalidad del territorio o una parte de él, y constituir una amenaza a la vida organizada de la sociedad; y debe ser excepcional en el sentido de que las restricciones permitidas por la CADH para mantener el orden público, la salud o la seguridad pública resulten manifiestamente insuficientes (Ramírez, 2014, p. 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 involucra 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 futuro (Sireliluhauter & Bethlehem, 2010, p. 154). Por el contrario, el peligro que involucra las circunstancias excepcionales del artículo 27(1) de la CADH debe ser actual o al menos inminente en cuanto a sus efectos, la situación debe afectar a toda la población, a la totalidad del territorio o una parte de él y constituir una amenaza a la vida organizada de la sociedad (Ramírez, 2014, pp. 177-178).

Entonces, en nuestra opinión es más complejo satisfacer el umbral de las excepciones que el 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 estadounidenses 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 contra las Torres Gemelas en los Estados Unidos.

En la fecha de la sentencia del TEDH, Abu Zubaydah se encontraba detenido en Guantánamo sin haber sido sometido a juicio (TEDH, 2015a, párrafos 55-311). 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. (TEDH, 2015a, párrafo 499)¹⁰³

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 ser (Claro, 2012). Esta postura, a su vez, es reconocida por los Estados miembros de la UE, quienes adoptaron la Convención Europea sobre la Prevención del Terrorismo (Convenio del Consejo de la Unión Europea para la prevención del terrorismo, 2005), 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».

103 En el mismo sentido, TEDH (2015b; 2008g).

En tanto que la protección en virtud del artículo 3 del CEDH implica que los Estados mantengan en su territorio a personas peligrosas, en Europa 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.* (Cur-sivas nuestras)

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 degradantes (Claro, 2012, p. 6), 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» (TEDH, 2008g, párrafo 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 cumplimiento (TEDH, 2008g, párrafo 97). 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» (TEDH, 2008e, párrafo 119).

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) de que se practican torturas o malos tratos (Fornari, 2007). A pesar de ello, además del Comité de Derechos Humanos en la reciente Observación General N° 36 (Comité de los Derechos Humanos, 2018, párrafo 30), 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 recibe (Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, 2016, citado por Claro, 2012, p. 7). 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 estará amparada 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 1951. (ACNUR, 2006b, párrafo 34)

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 efectivos (Fornari, 2007, p. 405). Precisamente, el relator especial sobre la Tortura, en su informe de 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 cuentas» (ONU, 2005) (cursivas nuestras). Por tanto, no sería recomendable recurrir a este mecanismo.

A nuestro 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 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, con el fin de garantizar que no será sometida a tratos que afecten su derecho a la vida, libertad, integridad y a la prohibición de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

En suma, a lo largo de este 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 del SIDH, así como de algunos de los órganos de control de 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 las que se enfrentan las personas en el contexto de movilidad humana forzosa: la entrada y permanencia legal en el territorio de un Estado de acogida. De ahí que se conciba no solo

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, entre las que se encuentran las medidas de control de ingreso y permanencia de extranjeros.

Así mismo, estudiamos que el derecho a la no devolución se relaciona intrínsecamente con el derecho al debido proceso, ya que, con el 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 y, (ii) que en dicho procedimiento se tienen que analizar las circunstancias generales del Estado de envío y las circunstancias personales, con el fin de determinar el riesgo real, personal y previsible de devolución.

Finalmente, el derecho a la no devolución no es un concepto que pretende ser utilizado para 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 a 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 ofrecen 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 coexisten 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. De tal modo, este principio vincula a los Estados parte de la Convención de 1951 y de su Protocolo de 1967 por actos de agentes estatales o de agentes no estatales. Beneficia solo 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, etcétera. Finalmente, abarca la protección contra la devolución indirecta, que se da cuando se expulsa a un tercer Estado en circunstancias en las que existe un riesgo de 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 las nuevas categorías de refugiados y 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 sometida 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 trascendencia 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 co-*

gens 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, sigue habiendo 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 au-

tónimo; (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 por 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 lo cual 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 con sus necesidades (aquí la normativa comunitaria europea ha aportado notablemente me-

diante la Directiva 2013/33/UE,¹⁰⁴ la Directiva 2008/115/CE,¹⁰⁵ la Directiva 2013/32/UE¹⁰⁶ y la Directiva 2011/95/UE).¹⁰⁷ (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 de los 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 con 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, con la finalidad de atender a las circunstancias particulares y diferenciadas que enfrentan estas personas en el contexto de la movilidad 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 per-

104 Directiva sobre condiciones de acogida.

105 Directiva sobre retorno.

106 Directiva sobre procedimientos de asilo.

107 Directiva sobre requisitos para el reconocimiento de protección internacional.

- sonas 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; y, (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 de 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 Niño (párrafo 26), se incluyen riesgos 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 militares.

13. Así mismo, 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, incluso, como tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Así, se incluyen, por ejemplo, según el Comité CEDAW (Comité CEDAW, 2014, párrafo 15), 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 revictimización de trata, los cuales incluso pueden calificar como tortura, trato o pena cruel, inhumano o degradante. Esta

obligación tiene inclusive un 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 ACNUR en 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, y que incluso se pueden calificar como tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Como ejemplos de estos actos cometidos contra las personas con discapacidad, el Comité CDPD (Comité CDPD, 2018, párrafo 56) 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» (Corte IDH, 2014b, párrafo 235). 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 in-

ternacional; (b) la obligación de iniciar un procedimiento para evaluar el riesgo 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, con el 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. En 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 involucren a personas con discapacidad deberán adaptarse para cumplir con la obligación de ajuste razonable que establece la CDPD. Otro ejemplo: los procedimientos que involucren a 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 de 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, esta 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 han visibilizado las situaciones de riesgo específico que enfrentan algunas personas en situación de especial vulnerabilidad, con el fin de contribuir con disminuir la brecha entre la consagración formal de los derechos y el goce real de estos.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Achermann, A., & Gattike, M. (1995). Safe third countries: European developments. *International Journal of Refugee Law*, 7(1), 19-38.

Allain, J. (2002). The jus cogens nature of *non-refoulement*. *International Journal of Refugee Law*, 13(4).

Aleinikoff, A. (2010). Las características protegidas y las percepciones sociales: un análisis del significado de pertenencia a un determinado grupo social. En Feller, Erika et al. (Edit.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional* (pp. 290-342). *Consultas globales de ACNUR sobre protección internacional*. Barcelona: Icaria Editorial.

Alonso, L. (2009). El derecho al asilo de menores no acompañados: una propuesta de regulación más segura. *UNED. Revista de Derecho Político*, 74, pp. 215-260.

Añón, M.^a J. (2010). Autonomía de las mujeres: una utopía paradójica. En Ramiro, Miguel Ángel & Patricia Cuenca (Eds.), *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*. Madrid: Dykinson.

Arlettaz, F. (2016). Naturaleza y alcance del asilo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Ius et Praxis*, 22(1), 187-226.

Asomani, K. (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. En *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: ACNUR.

Auclair, I. (2017). L'analyse intersectionnelle du continuum des violences en situation de refuge: les discriminations en emploi. *Recherches Féministes*, 30(2), 217-234.

Barranco, M.^a (2014). Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo. En Barranco Avilés, M. Carmen & Churruca Muguruza, Cristina (Eds.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Bernhardt, R., & North-Holland (Coord.). (1985). *Encyclopaedia of public international law*. Volumen 8. Amsterdam: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

Besson, S. (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. En *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*. París: Pedone.

Binkovitz, I. (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*, 50(3), 581-612.

Blanco, C. (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: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Blanco, C., & Marinelli, C. (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*, 78, 173-198.

Bollo, M.^a (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.

Bond, J. (2012) Excluding justice: the dangerous intersection between refugee claims, criminal law, and «guilty» asylum seekers. *International Journal of Refugee Law*, 24(1).

Bruin, R., & Wouters, K. (2003). Terrorism and the non derogability of *non-refoulement*. *International Journal of Refugee Law*, 15(21), 6-29.

Cantor, D., & Triminño, D. (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*, XV, 65-194.

Carbó, C., & Sanz, E. (2016). Las devoluciones *en caliente*: ¿una respuesta deshumanizada? *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 34, 373-381.

Castillo, M. (2016). Libertad de circulación y soberanía del Estado: posibles límites derivados de obligaciones de protección internacional. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 31, pp. 1-44.

Castro-Rial, F. (2001). Los derechos de las personas en situación vulnerable: mujeres, niños e inmigrantes. En Blanc, A. (Ed.), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*. Madrid: Tecnos.

Ceriani, P. (2009). La directiva de retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, 5. pp. 85-94.

Charlesworth, H., & Chinkin, C. (1993) The gender of the *ius cogens*. *Human Rights Quarterly*, 85, 613-645.

Chetail, V. (2014). Are refugee rights human rights? An unorthodox questioning of the relations between Refugee Law and Human Rights Law. En Rubio-Marín, R. (Ed.), *Human Rights and Immigration* (pp. 20-72). Oxford: Oxford University Press.

Bibliografía

Chinedu, O., & Lekwuwa, P. (2003). Re-configuring *Non-refoulement*? The Suresh decision, 'security relativism', and the international human rights imperative. *International Journal of Refugee Law*, 15(1), 30-67. Londres.

Claro, I. (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.

Claude, I. (1994). *Swords into plowshares: the problems and progress of international organization*. New York: Random House Publisher.

Clayton, G. (2008). *Inmigration and asylum law*. New York: Oxford University Press, Inc.

Copelon, R. (1994). Intimate terror: understanding domestic violence as torture. Cook, Rebeka (Ed.), *Human Rights of Women, National and International Perspectives* (pp. 116-152). Filadelfia: University of Pennsylvania Press.

Crawley, H. (2000). Gender, persecution and the concept of politics in the asylum determination process. *Forced Migration Review*, 9, pp. 17-20.

Crock, M., Smith-Khan, L, McCallum, R., & Saul, B. (2017). *The legal protection of refugees with disabilities. Forgotten and invisible?* Londres: Edward Elgar Publishing Limited.

Crock, M., Ernest, C., & McCallum, R. (2012). Where disability and displacement intersect: asylum seekers and refugees with

disabilities. *International Journal of Refugee Law*, 21(4), 735-764.

Cuenca, P. (2014). Discapacidad, normalidad y derechos humanos. En Barranco, M.^a & Churruca, C (Ed.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Deardorff, J. (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>

De Asis, R. (2015). Lo razonable en el concepto de ajuste razonable. En Salmón, E, & Bregaglio, R. (Ed.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (pp. 99-118). Lima: IDEHPUCP.

De Castro, C. (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*, 46(17).

Deepti, A. (2011). Gender politics: refugee definition & the safe third country agreement. *The Georgetown Journal of Gender and the Law*, vol. XX: 1, 1-42.

Den Heijer, M. (2008). Whose rights and which rights? The continuing story of *non refoulement* under the European Convention on Human Rights. *European Journal of Migration & Law*, 10(3).

Dowd, S. (1995). Women and the world: the silencing of the feminine. *Women's Rights, International Feminist Perspective* (pp. 317-323). Nueva York: Routledge.

Duffy, A. (2008). Expulsion to face torture? *Non-refoulement* in international law. *International Journal of Refugee Law*, vol. 20.

Edwards, Alice (2003). Tampering with refugee protection: the case of Australia. *International Journal of Refugee Law*, 15(2), 192-211.

Edwards, Alice (2006). Refugee status determination in Africa. *African Journal of International and Comparative Law*, 204, 221.

Edwards, Alice (2010). Las dimensiones de edad y género en el derecho internacional de los refugiados. En Feller, E., Türk, V. & Nicholson, F. (Eds.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional: consultas globales de ACNUR sobre protección internacional* (pp. 50-89). Barcelona: Icaria Editorial.

Egelman, Z. (2018). Punishment and protection, two sides of the same world: the problem of international criminal law under the Refugee Convention. *Harvard International Law Journal*, 59(2), 461-498.

Esteve, F. (2015). El rescate como nueva función europea en la vigilancia del mediterráneo. *Revista CIDOB d'Afers Internationals*, 153-172.

Ezequiel, M. (s.f.). Derecho de buscar y recibir asilo. Principio de no devolución. Garantías judiciales y protección judicial. *Infojus – Sistema Argentino de Información Jurídica*, pp. 269-289.

Feith, N. (2016). The status of asylum seekers and refugees in Indonesia. *International Journal of Refugee Law*, 28(3), 365-383.

Fernández, P. (1994). Hacia un concepto jurídico amplio de refugiado. En *Refugiados, derecho y solidaridad*. Sevilla: Universidad de Sevilla.

Fitzpatrick, J. (Ed.). (2002). *Human rights protection for refugees, asylum-seekers, and internally displaced persons: a guide to international mechanisms*. New York: Transnational Publishers, Inc.

Flegar, V. (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*, 8(2), 148-169.

Fornari, M. (2007). Garantías diplomáticas y lucha contra el terrorismo internacional. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 23, 389-406.

Foster, M. (2008). Responsibility sharing or shifting? «Safe» third countries and international law. *Refugee. Canada's Journal on Refugees*, 25(2), 64-78.

Galindo, F. (2001). Consideraciones sobre la determinación de la condición de refugiado. En Namihás, Sandra (Coord.), *Derecho internacional de los refugiados*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Gallardo, A. (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: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Gammeltoft-Hansen, T., & Hathaway, J. (2015). *Non-refoulement in a world of cooperative deterrence*. *Columbia Journal of Transnational Law*, 53, 235-284.

Garretón, R. (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.

Gastorn, K. (2017). Defining the imprecise contours of *ius cogens* in international law. *Chinese Journal of International Law*, 16(4), 643-662.

Geof, G. (2010). Temas de actualidad en la aplicación de las cláusulas de exclusión. En Feller, E. et al. (Ed.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales de ACNUR sobre protección internacional* (pp. 468-528). Barcelona: Icaria Editorial.

Ghafur, A., & Majeed Phiri, S. (2017). Protecting asylum-seekers prior to determination of refugee status: reinterpreting the re-

fugee convention and assessing contemporary state practice on Non-Refoulement. *IJUM Law Journal*, 25(1), 29-61.

Gibb, R., & Good, A. (2013) Do the facts speak for themselves? Country of origin information in French and British refugee status determination procedures. *International Journal of Refugee Law*, 25(2), 291-322.

Gil-Bazo, M. (1999). *The right to asylum as an individual human right in international law. Special reference to European law*. Ann Arbor: UMI.

Gil-Bazo, M. (2015a). The safe third country concept in international agreements on refugee protection. Assessing state practice. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 33(1), 33, 44-77.

Gil-Bazo, M. (2015b). Refugee protection under international human rights law: from non-refoulement to residence and citizenship. *Refugee Survey Quarterly*, vol. 34, 1, pp. 11-42.

Gómez, G. (1996). China's Eugenics Law as Grounds for Granting Asylum. *Pac. Rim. L. & Pol'y J.*, 563, 1996.

González, R. (2012). Indirect *refoulement*: challenging Canada's participation in the Canada-United States safe third country agreement. *Wisconsin International Law Journal*, 30(1), 142-189.

Goodwin-Gil, G. (1986). International law and the detention of refugees and asylum seekers. *International Migration Review*, XX(2). Nueva York.

Goodwin-Gil, G., & McAdam, J. (2007). *The refugee in International Law*. Reino Unido: Oxford University Press.

Greenman, K. (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*, 27(2), 264-296.

Gros, H. (1996). Análisis jurídico comparativo de las legislaciones sobre asilo en América Latina y los instrumentos internacionales y regionales.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (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 Coloquio internacional organizado por el ACNUR, el Instituto Internacional de Derechos Humanos y el Gobierno de Costa Rica. San José: ACNUR.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2000). *Estudios básicos de derechos humanos*. Costa Rica.

Hailbronner, K. (1994). Comments on: the right to leave, the right to return and the question of a right to remain. En Gowlland-Debbas, V. (Ed.), *The problem of refugees in the light of contemporary international law issues*. Springer.

Hameed, A. (2014). Unravelling the mystery of *jus cogens* in international law. *The British Yearbook of International Law*, 84(1), 52-102.

Hannkainen, L. (1988). *Peremptory norms (jus cogens) in international law: historical development, criteria, present status*. Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus, Finnish Lawyers' Publishing Company.

Harley, T. (2014). Regional cooperation and refugee protection in Latin America: a 'South.South' approach. *International Journal of Refugee Law*, 26(1), 22-47. Londres.

Hathaway, J. (1991). *The law of refugee status*. Toronto: Butterworths.

Hathaway, J., & Harvey, C. (2011). Framing refugee protection in the new world disorder. *Cornell International Law Journal*, 34, 257-319.

Higgins, R. (1973). The right in international law of and individual to enter, stay in and leave a country. *Royal Institute of International Affairs*, 49(3), 341-357.

Hunt, M. (2014). The safe country of origin concept in European asylum law: part, present and future. *International Journal of Refugee Law*, 26(4), 500-535.

Jackson, I. (1991). The 1951 Convention relating to the status of refugee: a universal basis of protection. *International Journal of Refugee Law*, 3(3), 411-412.

Jiménez, C. (2017). La persecución de género en el derecho internacional de los refugiados: nuevas perspectivas. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 33, 1-31.

Bibliografía

Julien-Lafferrière, F. (1997). Obstáculos para la entrada de solicitantes de asilo en Europa: el caso de Francia. *Migraciones*, 1, 121-144.

Kanter, A., Chisam, B., & Nugent, C. (2001). The rights to asylum and need for legal representation of people with mental disabilities in immigration proceedings. *Mental and Physical Disability Law Reporter*, 25(4), 511-516.

Kelly, N. (1993). Gender-related persecution: assessing the asylum claims of women. *Cornell Int'l L.J.*, 26, 625-674.

Khan, F. (2014). The principle of non-refoulement. En Khan, F. & Schreier, T. (Ed.), *Refugee law in South Africa* (pp. 4-5). Cape Town: Juta & Co.

Kneif, A. (2006). Gender bias in asylum law: recognizing persecution against women and girls. *Women Lawyers Journal*, 92, 1-7.

Kóczé, A. (2011). La stérilisation forcée des femmes roms dans l'Europe, d'aujourd'hui. *Genre, modernité et 'colonialité' du pouvoir. Cahier du genre*, 50, 133-152. Recuperado de https://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=CDGE_050_0133

Kritzman-Amir, T., & Spijkerboer, T. (2013). On the morality and legality of borders: borders policies and asylum seekers. *Harvard Human Rights Journal*, 26, 1-37.

Lamas, M. (Compiladora) (1996). *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual* (pp. 265-302). México: PUEG.

Lazarus, A., & Bell, N. (2017). The right to have rights as a right to enter: addressing a Lacuna in the international refugee protection regime. *Human Rights Review*, 18, 417-437.

Legomsky, S. (2003). Secondary refugee movements and the return of asylum seekers to third countries: the meaning of effective protection. *International Journal of Refugee*, 15(4), 567-677.

Llain, S. (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, S., & Guzmán, S. (2014). La protección internacional de los refugiados víctimas de trata de personas. *Revista de Derecho*, 42, 284-310. Barranquilla.

Loper, K. (2010). Human rights, *non-refoulement* and the protection of refugees in Hong Kong. *International Journal of Refugee Law*, 22(3), 404-439.

López, J. (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*, 3, pp. 481-497.

Lott, F. (1995). La protection des refugies. Les instruments internationaux. *L'enfant réfugié. Quelle protection? Quelle assistance?* París: Syros.

Macintosh, C. (2009). Domestic violence and gender-based persecution: how refugee adjudicators judge women seeking refuge from spousal violence- and why reform is needed. *Refuge*, vol. 26, 147-164.

Mamaya-Castro, J. (2014). International refugees and irregular migrants: caught in the mundane shadow of crisis. *Netherlands Yearbook of International Law*, 44.

Manfredi, M. (2014). Non-refoulement, interception and push-back policies. *Cogito: Multidisciplinary Research Journal*, VI(1), 44-52.

Manly, M. (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*. Buenos Aires: ACNUR.

Marinelli, C. (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: Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/6316>

Marshall, J., Barrett, H., & Ebengo, A. (2017). La vulnerabilidad de los refugiados con discapacidades de comunicación ante la violencia sexual y de género: la evidencia de Ruanda. *Revista Migraciones Forzosas*, 55, 74-76.

Martín, J. (2002). La protección de las mujeres refugiadas. En Fernández, P. (Ed.), *La revitalización de la protección de los refugiados* (pp. 59-88). Huelva: Universidad de Huelva.

McAdam, J. (2013). Australia and asylum seekers. *International Journal of Refugee Law*, 25(3), 435-448. Londres.

McAdam, J. (2017). The enduring relevance of the 1951 Refugee Convention. *International Journal of Refugee Law*, 29(1), pp. 1-9.

Mendiola, M. (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: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Miguel, C. (2016). *Refugiadas: una mirada feminista al derecho internacional*. Madrid: Catarata.

Millán, Lucía (1990). *La opinio juris en el derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

Murillo, J. (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.

Ndege, Y. (2009). The 'genocide of Burundi's albinos'. *Al Jazeera English*. 25 de julio de 2009. Recuperado de <https://www.aljazeera.com/focus/2009/07/2009723740694359.html>

Obokata, T. (2006). *Trafficking in human beings from a human rights perspective: towards a holistic approach*. Leiden: Martinus Nijhoff.

Bibliografía

O'Donnell, D. (1988). *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas.

Orakhelashvili, A. (2008). *Peremptory norms in international law*. Oxford: Oxford University Press.

Palacios, A. (2015). El modelo social de la discapacidad. En Salmón, E. & Bregaglio, R. (Ed.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (pp. 9-34). Lima: IDEHPUCP.

Pallis, M. (2012). Obligations of states towards asylum seekers at sea: interactions and conflicts between legal regimes. *International Journal of Refugee Law*, 14(2-3), 328-369.

Peral, L. (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*, 11.

Pérez, C. (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: Tirant lo Blanch.

Peterson, V. (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*, 42(3), 615-686.

Pirjoja, J. (2007). Shadows in paradise-exploring *non-refoulement* as an open concept. *International Journal of Refugee Law*, 19(4), 639-660.

Pithc, T. (2010). Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico. (Traducción de Mariano Meresca). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 44, 435-459.

Ponte, M. (2000). *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el derecho internacional actual*. Santiago: Tórculo Ediciones.

Quel, J. (2002). El acceso a la protección de los solicitantes de asilo (incluido el concepto de tercer país seguro y movimientos irregulares. En Fernández, P. (Edit.), *La revitalización de la protección de los refugiados*. España.

Ramírez, G. (2014). Capítulo IV: Suspensión de garantías, interpretación y aplicación. En Steiner, Christian & Uribe, Patricia (Coord.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. México: Konrad Adenauer Stiftung.

Razack, S. (1995). Domestic violence as gender persecution: policing the borders of nation, race and gender. *Canadian Journal of Women & the Law*, vol. 8, 45-88.

Reilly, R. (2010). La discapacidad entre poblaciones refugiadas y afectadas por conflictos. *Revista Migraciones Forzadas*, 35, 8-10.

Remiro, A. (2008). Terrorismo internacional, principios agitados. *Ius et Veritas*, 2(37), 208-228.

Bibliografía

Reyes, M. (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: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rodger, Q. C. (2010). La persecución por motivos de género. En Feller, E. et al. (Ed.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales de ACNUR sobre protección internacional* (pp. 349-384). Barcelona: Icaria Editorial.

Ruiz de Santiago, J. (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*, 29, 101-122.

Ruiz de Santiago, J. (2001). Derechos humanos, derechos de refugiados, evolución y convergencias. En *Derecho internacional de los refugiados* (pp. 6-40). Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Salado, A. (2002). La protección de los niños refugiados. En Fernández, P. (Coord.), *La revitalización de la protección de los refugiados* (pp. 201-230). Huelva: Universidad de Huelva.

Salmón, E. (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.

Salmón, E. (2014a). *Curso de derecho internacional público*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Salmón, E. (2014b). *Introducción al derecho internacional humanitario*. Tercera edición. Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja.

Salmón, E., & Blanco, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos.

Salmon, J. (Dir.). (2001). *Dictionnaire de droit international public*. Bruselas: Bruylant. Citando a REUTER, Paul. Droit des traités, 1971.

Salomé, L. (2017a). El concepto de «discriminación estructural» y su incorporación al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. *Universidad Carlos III de Madrid. Repositorio institucional*, pp.1-151. Recuperado de https://www.academia.edu/34727820/El_concepto_discriminación_estructural_y_su_incorporación_al_Sistema_Interamericano_de_Protección_de_los_Derechos_Humanos

Salomé, L. (2017b). La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural. *Pensamiento Constitucional*, 22, 255-290.

Salvador, K. (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 por el título de abogada. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/7346>

Bibliografía

Sánchez, A. (2013). Inmigración y derechos humanos en la UE. Análisis de la directiva 2008/115/CE. *Persona y Derecho*, vol. 68, 159-179.

Santolaya, P. (2000). Derecho de asilo y persecución relacionada con el sexo. En Freixes, T. (Coord.), *Mujer y constitución* (pp. 561-593). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Scott, J. (1996). El género: una categoría útil para el análisis histórico. En Lamas, M. (Comp.), *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual* (pp. 265-302). México: PUEG.

Sferrazza, P. (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*, 12.

Shivji, Aleema (2010)g. La discapacidad en el desplazamiento. *Revista Migraciones Forzadas*, 35, pp. 4-7.

Sirelihulauter, P., & Bethlehem, D. (2010). La no devolución. En E. Feller et al. (Edit.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales de ACNUR sobre protección internacional* (pp. 97-199). Barcelona: Icaria Editorial.

Storey, H. (2015). The law of refugee status. 2.^a edition: Paradigm lost? *International Journal of Refugee Law*, 27(2), 348-360. Londres.

Stoyanova, V. (2008). The principle of *non-refoulement* and the right of asylum-seekers to enter state territory. *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, vol. 3, 1-11.

Stoyanova, V. (2017). How exceptional must very exceptional be? *Non-refoulement*, socio-economic deprivation, and Papos-hvili vs Belgium. *International Journal of Refugee Law*, 29(4), 580-616.

Sutcliffe, B. (1998). *Nacido en otra parte. Un ensayo sobre la migración internacional, el desarrollo y la equidad*. Bilbao: Hegoa.

Moira, Sy (2015). UNHCR and preventing indirect *refoulement* in Europe. *International Journal of Refugee Law*, 27(3), 457-480.

Thomas, W. (2014). The contemporary international law status of the right to receive asylum. *International Journal of Refugee Law*, 26(4), 477-499.

Torres, C. (1960). *Asilo diplomático*. Buenos Aires: La Ley S.A. Editora.

Trevisanut, S. (2014). International law and practice: the principle of *non-refoulement* and the de-territorialization of border control at sea. *Leiden Journal of International Law*, 27.

Uprimny, R., & Sánchez, L. (2014). Artículo 22. Derecho de circulación y residencia. En Steiner, C. & Uribe, P. (Coord.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. México: Konrad Adenauer Stiftung.

Valdez, F. (2004). *Ampliación del concepto de refugiado en el derecho internacional contemporáneo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Van, J. (2001). Access to procedures 'Safe third countries', 'safe countries of origin' and 'time limits'. ACNUR.

Vidmar, J. (2011). Norm conflicts and hierarchy in international law: towards a vertical international legal system? En De Wet, Erika & Vidmar, Jure (Eds.). *Hierarchy in international law: the place of human rights*. Oxford, Oxford Scholarship Online.

Villena del Carpio, D., & Annoni, D. (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, 43-59.

Von Sternberg, M. (2001). The evolving law of *non-refoulement* and its influence on the convention refugee definition. *International Migration Review*, vol. 25, 205-223.

Von Sternberg, M. (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*, 2(4), 232-360.

Weis, P. (1995). *The refugee convention, 1951: The travaux préparatoires analysed with a commentary by Dr. Paul Weis*. Oxford: Cambridge University Press.

Wet, E. (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*, 15, 97-121.

Wet, E. (2013). Jus cogens and obligations erga omnes. En Shelton, D. (Edit.), *Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press.

Wood, T. (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*, 26(4), 555-580.

Zimmermann, B. et al. (1987). *Commentary on the additional protocols to the Geneva Conventions*. Ginebra: CICR.

Normativa internacional y otros instrumentos

Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (1950) 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).

(1951) Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951; 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; entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Bibliografía

(1969) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969; entró en vigor el 27 de enero de 1980. Disponible en https://www.oas.org/xxxi-vga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

(1979) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Adoptada el 18 de diciembre de 1979; entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.

(1981) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Adoptada el 18 de diciembre de 1979; entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

(1987) Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CAT). Adoptada el 10 de diciembre de 1984; entró en vigor el 26 de junio de 1987. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>

(1989) Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada el 20 de noviembre de 1989; entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

(1990) Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada el 20 de noviembre de 1989; entró en vigor el 2 de septiembre 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

(2006) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aprobada el 13 de diciembre de 2006; entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

(2008) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Se adoptó el 30 de marzo de 2007; 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. Adoptada en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984. Disponible en <https://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>

Liga de las Naciones (1933) Convention Relating to the International Status of Refugees, 28 de octubre de 1933. Series Vol. CLIX N° 3663. Disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dd8cf374.html>

Organización de Estados Americanos (1954) Convención sobre Asilo Diplomático. Adoptada en Caracas el 28 de marzo de 1954; 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>

Bibliografía

(1969) Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adoptada el 7 de noviembre de 1969; 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 septiembre de 1985; entró en vigor el 2 de agosto de 1987. Disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>

(1994) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará. Adoptada en Brasil, el 9 de junio de 1994. Disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

(2013) Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Adoptada en Guatemala el 6 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

Pan African Parliament (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_on_persons_with_albinism.pdf

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (1950) Convenio Europeo de Derechos Humanos. Adoptado el 4 de noviembre de 1950; 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/TX-T/?uri=LEGISSUM%3A133102>

(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 de 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/images/tablaContenidos03SubSec/Convenio_197_Consejo_de_Europa.pdf

(2011a) 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>

(2011b) 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>

(2013a) 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.

(2013b) 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>

Unión Africana (1969) Convención por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. Adoptada el 10 de septiembre de 1969; entró en vigor el 20 de junio de 1974. Disponible en <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac934b2>

(1986) Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Adoptada el 27 de julio de 1981; entró en vigor el 21 de octubre de 1986. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>

Normativa nacional y otros instrumentos

(1997) Ley Nº 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 Nº 918. El Salvador. 14 de agosto de 2002. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1567.pdf>

Bibliografía

(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 de 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>

(1987a) Opinión Consultiva OC-8/87. El habeas corpus bajo suspensión de garantías (art. 27.2, 25.1, y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 30 de enero de 1987. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf

(1987b) Opinión Consultiva OC-9/87. Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 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>

(1997a) Caso Genie Lacayo contra Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Disponible

en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf

(1997b) 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>

(1999a) 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>

(1999b) 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

(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. Doc. 40, rev. 28 febrero 2000.

(2001a) 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>

(2001b) 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

Bibliografía

(2002) Opinión Consultiva OC-17/02. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. 28 de agosto de 2002. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

(2003) Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 17 de setiembre de 2003. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_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 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>

(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

(2009a) 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

(2009b) Informe sobre comunidades cautivas: situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavi-

tud en el Chaco de Bolivia. OEA/Ser.L/V/II. 24 de diciembre de 2009. Disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/COMUNIDADES%20CAUTIVAS.pdf>

(2010) Caso Vélez Looor contra Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf

(2011a) 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

(2011b) 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

(2011c) 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=2ahUKEwi97NXfkOTeAhXJz1MKHa-7jAUIQFjAAegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fwww.oas.org%2Fes%2Fcidh%2Fdecisiones%2F2011%2FCAPU12586ES.doc&usg=AOvVaw350WEcnduwAduKHE5SSeTH>

(2012a) Caso Masacres de Río Negro contra Guatemala. Sentencia, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 4 de septiembre de 2012. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf

(2012b) Caso Nadege Dorzema y otros contra República Dominicana. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 24

Bibliografía

de octubre de 2012. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf

(2012c) 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>

(2012d) 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

(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>

(2014a) 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

(2014b) 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

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1975) Asunto Henning Becker contra Dinamarca. Demanda Nº 7011/75. Sentencia de 3 de octubre de 1975. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=00175008&filename=BEC-KER%20v.%20DENMARK.pdf>

(1978) Asunto Tyrer contra Reino Unido. Demanda Nº 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 Nº 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#{\)

(1991a) Asunto Moustaquim contra Bélgica. Demanda Nº 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#{)

(1991b) Vilvarajah y otros contra Reino Unido. Demanda Nº 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#{)

(1992) Asunto Beldjoudi contra Francia. Demanda Nº 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 Nº 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#{)

(2000a) Asunto T.I. contra Reino Unido. Demanda Nº 43844/98. Sentencia de 7 de marzo de 2000. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["43844/98"\],"itemid":\["001-5105"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

(2000b) Asunto Jarabi contra Turquía. Demanda Nº 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 de 2001. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-60781"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

(2002a) Asunto Čonka contra Bélgica. Demanda Nº 51564/99. Sentencia de 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#{)

(2002b) Asunto S.R. contra Suecia. Demanda Nº 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#{)

(2002c) Asunto Pretty contra Reino Unido. Demanda Nº 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#{)

(2005a) Asunto Mamatkulov y Askrov contra Turquía. Demanda Nº 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#{)

(2005b) Asunto Shamayev y otros contra Georgia y Rusia. Demanda Nº 36378/02. Sentencia de 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#{)

(2005c) Asunto Siliadin contra Francia. Demanda 73316/01. Sentencia de 26 de octubre de 2005. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["\ "CASE%20OF%20SILIADIN%20v.%20FRANCE\ " \]"},](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],
"itemid":["001-69891"]}

(2006a) Asunto Bader y Kanbor contra Suecia. Demanda Nº 13284/04. Sentencia de 8 de febrero de 2006. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE%20OF%20BADER%20AND%20KANBOR%20v.%20SWEDEN"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{),"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-70841"]}

(2006b) Asunto Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica. Demanda Nº 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#{)

(2006c) Asunto Okkali contra Turquía. Demanda Nº 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#{)

(2007a) Asunto Emily Collins and Ashley Akaziebie contra Suecia. Demanda Nº 23944/05. Decisión de admisibilidad de 8 de marzo de 2007. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["23944/05"\],"itemid":\["001-79864"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

(2007b) 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#{)

(2007c) Gebremedhin [Geberamadhien] contra Francia. Demanda Nº 25389/0. Sentencia de 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#{)

(2007d) 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#{)

(2008a) 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#{\)

(2008b) 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#{\)

(2008c) Asunto Bevacqua y S. contra Bulgaria. Demanda Nº 71127/01. Sentencia de 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#{\)

(2008d) 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#{\)

(2008e) Asunto Ryabikin contra Rusia. Demanda Nº 8320/04. Sentencia de 19 de septiembre de 2008. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"Ryabikin\"\],\"documentcollectionid2\": \[\"GRANDCHAMBER\", \"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-87132\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

(2008f) Asunto K.R.S. contra Reino Unido. Demanda Nº 32733/08. Sentencia de 2 de diciembre de 2008. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"appno\":\[\"32733/08\"\],\"itemid\":\[\"001-90500\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

(2008g) 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#{\)

(2009a) 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#{)

(2009b) Asunto Opuz contra Turquía. Demanda Nº 33401/02. Sentencia de 9 de septiembre de 2009. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"language_isocode":\["SPA"\],"appno":\["33401/02"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-139404"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

(2009c) Asunto Omojudi contra Reino Unido. Demanda Nº 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 Nº 25965/04. Sentencia de 7 de enero de 2010. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode%22":\["SPA%22"\],"appno%22":\["225965/04%22"\],"documentcollectionid%22":\["CHAMBER%22"\],"itemid%22":\["2001-139059%22"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

(2011a) Asunto M.S.S. contra Bélgica y Grecia. Demanda Nº 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#{)

(2011b) Asunto Rahimi contra Grecia. Demanda Nº 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#{)

(2011c) Asunto Z. y otros c. Reino Unido. Demanda Nº 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#{)

(2011d) Asunto Izevbekhai y otros contra Irlanda. Demanda Nº 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#{)

(2011e) Asunto Omeredo contra Austria. Demanda Nº 8969/10. Decisión de admisibilidad de 20 de septiembre de 2011. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["8969/10"\],"itemid":\["001-106527"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

(2011f) Asunto Sufi y Elmi contra el Reino Unido. Demanda Nº 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 Nº 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#{)

(2013a) Asunto S.H.H. contra Reino Unido. Demanda Nº 60367/10. Sentencia de 8 de julio de 2013. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE%20OF%20S.H.H.%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM"\],"itemid":\["2001-116123"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

(2013b) Asunto Aswat contra Reino Unido. Demanda Nº 17299/12. Sentencia de 9 de septiembre de 2013. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-118583"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)

(2014a) 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#{"itemid":\["001-126027"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Bibliografía

(2014b) Asunto Tarakhel contra Suiza. Demanda Nº 29217/12. Sentencia de 4 de noviembre de 2014. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-148070"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

2015a) Asunto Husayn (Abu Zubaydah) contra Polonia. Demanda 7511/13. Sentencia de 16 de febrero de 2015. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["\ "CASE%20OF%20HUSAYN%20\(ABU%20ZUBAYDAH\)%20v.%20POLAND\""\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER", "CHAMBER"\],"itemid":\["001-146047"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

(2015b) Asunto Al Nashiri contra Polonia. Demanda 28761/11. Sentencia de 16 de febrero de 2015. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["\ "CASE%20OF%20AL%20NASHIRI%20v.%20POLAND\""\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER", "CHAMBER"\],"itemid":\["001-146044"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

(2015c) Asunto N. contra Finlandia. Demanda Nº 38885/02. Sentencia de 30 de noviembre de 2015. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["38885/02"\],"itemid":\["001-69908"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

(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#{"itemid":\["001-160213"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

(2017) Asunto Kebe y otros contra Ucrania. Demanda Nº 12552/12. Sentencia de 12 de enero de 2017. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["\ »CASE%20OF%20KEBE%20AND%20OTHERS%20v.%20UKRAINE\ »"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER", "CHAMBER"\],"itemid":\["001-170058"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

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 N° 1222/2003, vinculada con el caso Jonny Rubin Byahuranga contra Dinamarca, CCPR/C/82/D/1222/2003. 82º período de sesiones. 9 de diciembre de 2004. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4164.pdf?view=1>

(2008) Comunicaciones N° 1461/2006, 1462/2006, 1476/2006 y 1477/2006, vinculadas con el 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.

(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 período de sesiones. 1 de septiembre de 2011. Disponible en http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendo_cpdf.pdf?reldoc=y&docid=4ee0f0a62

(2013a) Comunicación N° 2149/2012, vinculada al caso M.I. contra Suecia. Dictamen aprobado por el Comité en su 108º período de sesiones, del 8 a 26 de julio de 2013.

(2013b) 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 de 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 interna

United States Court of Appeals for the Ninth Circuit (2017) State of Washington y State of Minnesota v. Donald 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. Disponible en <https://crm.es.amnesty.org/sites/default/files/civicrm/persist/contribute/files/Informeannual2018air201718-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 septiembre 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://>

Bibliografía

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 septiembre de 2000. Disponible en <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>

(2001a) 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.

(2001b) Resolución 56/136, aprobada el 19 de diciembre de 2001. 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>

(2014a) 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>

((2014b) 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, Consejo de Europa.

(2016) Scope of the principle of *non-refoulement* in contemporary border management: involving areas of law. Luxemburgo, FRA.

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. Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0248.pdf>

(1992) Handbook and guidelines on procedures y for determining refugee status. Ginebra. 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>

Bibliografía

(1994a) 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>

(1994b) 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>

(1997a) Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo, febrero de 1997. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6027.pdf>

(1997b) Position on a harmonized approach to questions concerning host third countries. Reimpresión en: *3rd International Symposium on the Protection of Refugees in Central Europe*. Ginebra: ACNUR. Disponible en <https://www.refworld.org/docid/3ae6b31d47.html>

(1999) Persecución por motivos de género, posición del ACNUR. Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0196.pdf>

(2001a) 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>

(2001b) Comité Ejecutivo. Refugee, children and adolescents: a progress report. Doc. EC/50/SC/CRP.7, de 7 de febrero de 2000, párrafo 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 septiembre de 2001.

(2002a) 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. Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1753.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1753>

(2002b) 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>

(2003a) 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. Disponible en <https://www.refworld.org/es/publisher,UNHCR,THEMGUIDE,57f76bad30,0.html>

(2003b) 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 septiembre de 2003. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2554.pdf>

(2003c) Normas procedimentales para determinar la condición de refugiado bajo el mandato del ACNUR. Ginebra: ACNUR.

Bibliografía

Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8944.pdf>

(2006a) 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>

(2006b) Nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección internacional de los refugiados. Ginebra: ACNUR, párrafo 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. Ginebra. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf>

(2008a) Directrices para la determinación del interés superior del niño. Ginebra: ACNUR. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7126.pdf?view=1>

(2008b) Manual para la protección de mujeres y niñas. 2008. Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2009/7137.pdf?view=1>

(2008c) Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados. 2008. Disponible en: <https://www.refworld.org/pdfid/49f963842.pdf>

(2009a) Guidance on the use of standardized specific needs codes. 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#

(2009b) 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. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7763.pdf>

(2009c) 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>

(2009d) Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina, mayo de 2009. Disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7139.pdf>

(2009e) 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>

(2011a) El trabajo con personas con discapacidad durante el desplazamiento. Ginebra: ACNUR. Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7646.pdf>

Bibliografía

(2011b) 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>

(2013a) 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>

(2013b) Nota sobre el mandato del Alto Comisionado para los Refugiados y su Oficina, octubre de 2013. Disponible en <https://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=52f0fe9b4>

(2014) Demasiado dolor. Mutilación genital femenina y asilo en la Unión Europea. Ginebra: ACNUR. 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 de junio de 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/tehis/vtx/rwmain/opendo.pdf?reldoc=y&docid=58c654244>

(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

(2018a) Informe anual 2017. Locos por hacerles sonreír. Madrid, 20 de septiembre de 2018. Disponible en https://eacnur.org/files/reports/file/memoria_anual_de_acnur_2017.pdf

(2018b) 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/docid/5adf72014.html>

(2018c) Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2017. Ginebra: ACNUR. Disponible en <https://www.acnur.org/5b2956a04.pdf>

ACNUDH (2010a) Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas. Comentario. Nueva York y Ginebra: ACNUDH. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_sp.pdf

(2010b) 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. Disponible 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.

Bibliografía

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 septiembre 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, p. 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_sp.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

(2015a) 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

(2015b) 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>

(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 Nº 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 Nº 4 (2017), relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22. 4 de septiembre 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 Nº 15. 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 Nº 20. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 7). 20 de septiembre de 1992. Disponible en <https://>

Bibliografía

tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6621&Lang=es

(1994) 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. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.6&Lang=es

(1999) Observación General N° 27. 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 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/CCPR_C_GC_36_8785_E.pdf

Comité de los Derechos del Niño (2006) Observación General N° 6, 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. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>

Comité de los Derechos del Niño. Comité de Protección de los Derecho de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (2017) Observación General Conjunta N° 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y N° 23 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° 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° 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° 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° 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° 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° 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad. CRPD/C/GC/3. 25 de noviembre de 2006. Disponible en <https://>

Bibliografía

tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/3&Lang=en

(2018) Observación General N° 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° 18 (2005). El derecho al trabajo. Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos 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° 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° 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 (1977) Conclusión N° 6 (XXVIII). No devolución. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0517.pdf>

(1979) Conclusión N° 15 (XXX). Refugiados sin país de asilo. 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. 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. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0541.pdf>

(1985) Conclusión N° 39 (XXXVI). Las mujeres refugiadas y la protección internacional. 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. 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. Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0565.pdf>

(1989a) 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. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0569.pdf>

(1989b) Conclusión N° 60 (XL). Mujeres refugiadas. Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0571.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0571>

Bibliografía

(1990) Conclusión N° 64 (XLI). Las mujeres refugiadas y la protección internacional. Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0575.pdf>

(1995) Conclusión N° 77 (XLVI). Conclusión general sobre la protección internacional. Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0588.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0588>

(1997a) Conclusión N° 81 (XLVIII). Disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0592>

(1997b) 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). Disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0596>

(1999a) Conclusión N° 87 (L). Disponible en <https://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0598.pdf?file=biblioteca/pdf/0598>

(1999b) Conclusión N° 88 (L) sobre la protección de las familias de los refugiados. 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). 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. 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. 61º período de sesiones. Disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/telex/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/II. Doc. 48/13. Publicado el 30 de diciembre de 2013, párrafo 138. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Informe-Migrantes-Mexico-2013.pdf>

Bibliografía

(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 período 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 conflicto-afected populations. Disponible en <https://www.womensrefugeecommission.org/resources/document/609-disabilities-among-refugees-and-conflict-affected-populations>

(2017) Fact sheet: Disability Program. 28 de septiembre 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) R è g l e s internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers. Ginebra. Disponible en http://www.idi-iil.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.

Cumbre Mundial a Favor de la Infancia (1990a) Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, aprobada el 30 de septiembre de 1990, en Nueva York. Disponible en <https://www.unicef.org/wsc/declare.htm>

(1990b) 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 Cooperation 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. 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, p. 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. 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, párrafo 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>

Bibliografía

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. Disponible en <http://apps.who.int/iris/handle/10665/43060>

ANEXO

Anexo Normativa interna de los Estados latinoamericanos vinculada con el derecho a la no devolución

País	Fuente
Argentina	<p>Ley N° 26165, Ley General de Reconocimiento y protección al refugiado</p> <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>

País	Fuente	
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 implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências	<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 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>
Colombia	Decreto N° 2840 de 2013	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».

País	Fuente	
Chile	Ley N° 20430, establece disposiciones sobre protección de refugiados	<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 peligran.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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>
Ecuador	Ley de Movilidad Humana de 2017	<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>

País	Fuente	
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».
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».

País	Fuente	
El Salvador	Decreto N° 918 de 2002	<p>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».</p>
Panamá	Decreto Ejecutivo N° 5, de 2018	<p>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 peligran. El principio de no devolución también comprende la prohibición de rechazo en frontera.</p> <p>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».</p> <p>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».</p>

País	Fuente	
Paraguay	Ley N° 1938, Ley General sobre Refugiados	<p>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.</p> <p>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».</p>
Perú	Ley N° 27891, Ley del Refugiado	<p>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.</p> <p>5.2 El solicitante de refugio puede permanecer en el país hasta que se defina en última instancia su situación.</p> <p>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».</p>

Anexo

País	Fuente	
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».

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

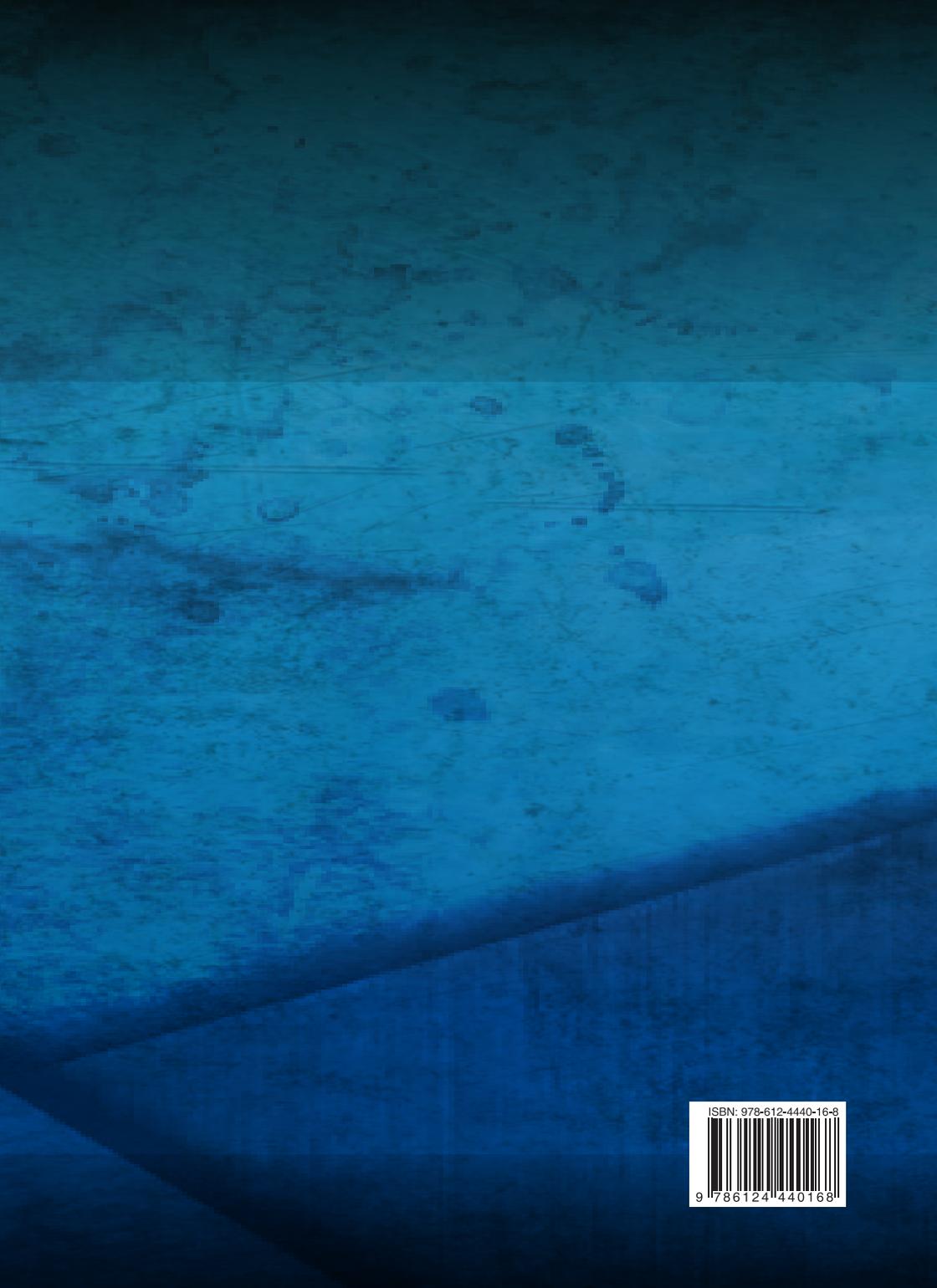
PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156 - BREÑA

CORREO E.: tareagrafica@tareagrafica.com

PÁGINA WEB: www.tareagrafica.com

TELÉFOS. 332-3229 / 424-8104 / 424-3411

DICIEMBRE 2020 LIMA - PERÚ



ISBN: 978-612-4440-16-8



9 786124 440168