



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

**El alcance material y territorial de la obligación de non-refoulement
en Europa: hacia un sistema de responsabilidad vigilada por las
cortes.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

ELIANA AMELIA BARRERA MIRANDA

**Profesor guía:
Carlos Dettleff Beros**

Santiago, Chile
2019

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, quienes con su constante apoyo y amor son mi referente valórico y con su resiliencia una inspiración, ambos factores subyacentes para el desarrollo de este trabajo. A Rowan por su apoyo diario y sin pretensiones durante el desarrollo de este trabajo y mi titulación.

Al mi profesor guía, Carlos Dettleff, por su disposición, claridad, sus comentarios y recomendaciones, las cuales fueron fundamentales para concretar este estudio.

Este trabajo se dedica en honor de Dra. Barbara Harrell-Bond, gracias a quien descubrí el derecho de los refugiados, cuyo trabajo y dedicación por los refugiados vivirá por siempre en todas las personas que ayudó e inspiró.

ÍNDICE.

AGRADECIMIENTOS.....	3
ÍNDICE.....	5
ABREVIATURAS.....	7
RESUMEN.....	9
INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO 1: LA OBLIGACIÓN DE NON-REFOULEMENT EN LOS DIVERSOS SISTEMAS JURÍDICOS: SU NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCE MATERIAL.....	17
1.1. Introducción: Hacia la protección internacional del individuo.....	17
1.2.1. El régimen del derecho de los Refugiados: Non-refoulement en la Convención de Ginebra.....	18
1.2.2. Non-refoulement y su naturaleza jurídica: derecho internacional consuetudinario.....	19
1.3.1. Non-refoulement en el régimen de la Unión Europea: orígenes e instituciones de la Unión Europea.....	22
1.3.2. El derecho europeo y el alcance legal de non-refoulement: fuentes primarias y secundarias en materia de asilo.....	27
1.4. El régimen regional europeo de derechos humanos: historia, instituciones y disposiciones legales en materia de non-refoulement.....	32
1.5. El alcance y contenido de la obligación de non refoulement: ¿Non-refoulement a quien, a qué y a dónde?.....	34
CAPÍTULO 2: NON-REFOULEMENT Y SU ALCANCE EXTRATERRITORIAL.....	41
2.1. Introducción: Extraterritorialidad: ¿Hacia dónde se mueve el mundo?.....	41
2.2. La extraterritorialidad de non-refoulement en la Convención de Ginebra.....	43
2.3.1. La extraterritorialidad del CEDH: La teoría del control efectivo.....	47
2.3.2. ¿Control Efectivo sobre qué?.....	51
2.3.3. ¿Cuál es el grado de control que se debe tener para gatillar la jurisdicción de un Estado? ¿Quiénes son los que ejercen dicho control?.....	55
2.4. La extraterritorialidad de la CDFUE.....	57

CAPÍTULO 3: NON- REFOULEMENT EN LA PRÁCTICA: MEDIDAS Y POLÍTICAS DE CARÁCTER CONTROVERTIDO DE LA UNIÓN EUROPA Y LOS ESTADOS MIEMBROS.....	61
3.1. Introducción: la razón de ser de las medidas de control de la migración.....	61
3.2. Acuerdos bilaterales de control migratorio: el caso de Turquía con la Unión Europea.....	63
3.3.Las operaciones de vigilancia coordinadas por Frontex.....	69
3.4. La determinación de vulnerabilidad extraterritorial: Sanciones a los transportistas y los funcionarios de enlace de inmigración.....	73
3.5. Nuevas formas de evitar refoulement, derivando a las personas al amparo de otros Estados: los conceptos de “País de Origen Seguro”, “Tercer País Seguro” y “Primer País de Asilo”	77
3.6. Devoluciones en masa en la frontera: la práctica más explícita de non-refoulement.....	81
CAPÍTULO 4: LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD AL ESTADO DE ACTOS QUE VULNERAN NON-REFOULEMENT: LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS.....	85
4.1.Introducción: hacia una conclusión de nuestro estudio.....	85
4.2.Responsabilidad internacional del Estado: la atribución a los órganos del Estado.....	86
4.3. Atribución de conductas de privados al Estado.....	88
4.4. Atribución al Estado por acciones u omisiones de órganos de facto.....	90
4.5. Atribución de responsabilidad en los casos donde actúa más de un Estado en la comisión de un hecho ilícito.....	92
CONCLUSIÓN.....	95
BIBLIOGRAFIA.....	99

ABREVIATURAS.

ACNUR: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados
AGNU: Asamblea General de las Naciones Unidas
AIDA: Asylum Information Database
CDFUE: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDI: Comisión de Derecho Internacional
CEDH: Convención Europea de Derechos Humanos
CEPS: Centre for European Policy Studies
CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ: Corte Internacional de Justicia
ComEDH: Comisión Europea de Derechos Humanos
CPIJ: Corte Permanente de Justicia Internacional
EASO: European Asylum Support Office
ECRE: European Council on Refugees and Exiles
ELENA: European Legal Network on Asylum
EWLU: ELENA Weekly Legal Updates
FRA: Fundamental Rights Agency
FRONTEX: Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores
HRW: Human Rights Watch
IATA/CAWG: International Air Transport Association/ Control Authorities Working Group
NU: Naciones Unidas
OUA: Organización para la Unidad Africana
OMI: Organización Marítima Internacional
SECA: Sistema Europeo Común de Asilo
TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE: Unión Europea
USCA2ndC: Court of Appeal of the Second Circuit
USSC: Corte Suprema de Estados Unidos

RESUMEN.

El presente trabajo realiza un análisis normativo y jurisprudencial de la obligación de non-refoulement, determinando su alcance material y territorial a la luz de los fenómenos de la globalización, la extraterritorialidad, la privatización y la “securitización” de las políticas migratorias. Se efectúa una descripción y delimitación del alcance material que el régimen del derecho internacional de los refugiados, el sistema europeo de derechos humanos, la Unión Europea y al SECA le dan a la obligación de non-refoulement. Asimismo, se describe y delimita el alcance territorial de la obligación de non-refoulement, estableciendo cuándo y dónde se gatilla esta obligación para los Estados, a la luz de la aplicación extraterritorial de non-refoulement y de los derechos humanos, incorporando el desarrollo reciente del concepto de jurisdicción. El desarrollo conceptual de la obligación de non-refoulement se evalúa a la luz de una serie de políticas migratorias y medidas llevadas a cabo por la Unión Europea y/o sus Estados miembros, como son las operaciones marítimas de Frontex, los rechazos en la frontera y los tratados de cooperación, entre otras. Se concluye con un análisis de los criterios de atribución de responsabilidad que existen en el caso de que estas medidas no cumplan con la obligación de non-refoulement.

INTRODUCCIÓN.

El mundo actual necesita a la Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (AGNU, 1951) (en adelante Convención de Ginebra). Las estadísticas son claras. A fines del 2015, el año más complejo de la “crisis de refugiados”, 65.3 millones de personas se vieron forzadas a desplazarse en el mundo (British Refugee Council, 2016). Los conflictos en el Medio Oriente, y en particular en Siria, han generado que 3.9 millones de personas hayan escapado de su país en busca de refugio (Tsourdi & De Bruycker, 2015, p.2) y las últimas estadísticas apuntan a que actualmente existen 18.5 millones de refugiados en el mundo (ACNUR, 2018, p.15).

Sin embargo, el mundo que sirvió de contexto para la creación de dicha Convención ya no es el mismo. El fenómeno de la globalización ha traído consigo el aumento de los flujos migratorios, ha acortado las distancias entre los Estados y por lo tanto ha establecido vínculos más cercanos entre dichos Estados que anteriormente no eran posibles (Turk & Nicholson, 2003, p.5). Es precisamente dentro de estos flujos migratorios donde se mueven los refugiados¹, quienes suelen estar a la merced de los traficantes de personas (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.14).

Junto con lo anterior- y en paralelo con la globalización- la doctrina de la seguridad nacional, reactivada como consecuencia de los ataques a las Torres Gemelas en el 2001 afectó de forma directa la severidad de las políticas migratorias de occidente (Turk & Nicholson, 2003, p.4). Así, surge el concepto de la “securitización”, el cual hace referencia la retórica en torno a la migración y las políticas públicas enfocadas a limitar la migración para proteger a la seguridad nacional (Karamanidou, 2015, p.38), fomentando además la producción de estadísticas y la creación de categorías de personas en relación con su amenaza para la seguridad nacional (Dace, 2010, p.6).

Dentro de este fenómeno, los refugiados se encuentran desprotegidos y vulnerables, asociándoseles- tanto en la práctica como en la retórica- a la migración ilegal, el terrorismo y

¹ Conforme a la Convención de Ginebra, el reconocimiento de la condición de refugiado es solamente declarativo, por lo que estrictamente se debería referir a las personas en búsqueda de protección como refugiados, aún antes de recibir el reconocimiento de su condición (Hathaway & Foster, 2014, p.25). Sin embargo, los ordenamientos nacionales, internacionales y supranacionales han desarrollado paralelamente el concepto de “solicitante de asilo” para referirse a aquel que aún no es reconocido como refugiado. A pesar de que este concepto no es el estrictamente correcto conforme a la Convención de Ginebra, se utilizará a lo largo de este trabajo para ser consistente con el desarrollo nacional y regional del derecho de los refugiados.

el crimen. Es importante mencionar que la síntesis de los dos fenómenos anteriores son las políticas de “securitización” de la migración, las que a su vez están inmersas en un mundo globalizado. Esto incluye la privatización de la gestión y administración migratoria y la extraterritorialidad del control migratorio. Frente a esto, cabe hacer la pregunta sobre si la Convención de Ginebra da abasto para la resolución de conflictos en este nuevo contexto.

Si bien África y el Medio Oriente reciben al 44% de los refugiados, el número de solicitudes de asilo en Europa culminó el 2015 con 1,3 millones, realizadas en diferentes Estados Miembros de la Unión Europea (ECRE, 2016, p.11). La principal puerta de entrada a Europa es actualmente Turquía, desde donde los refugiados continúan su marcha a Grecia, siendo la segunda ruta más utilizada la que se inicia desde los Balcanes hacia Hungría. Así, el número de personas arriesgando sus vidas cruzando el mar entre Turquía y Grecia aumentó diez veces entre 2014 y 2015 (Jones, 2016, p.23-24). Las cifras son alarmantes; entre el 2004 y el 2014, más de 23,700 personas han muerto tratando de acceder a territorio europeo (Jones, 2016, p.23-24). Asimismo, el número de solicitudes de asilo en Grecia se cuadruplicaron el 2016, (AIDA, 2017). Ya en Julio de 2016, se cuantificaron 2,5 millones de refugiados estacionados en Turquía (British Refugee Council, 2016) potencialmente intentando llegar a Europa.

La llamada “crisis de los refugiados” ha generado una serie de cuestionamientos respecto a la capacidad de las estructuras actuales de la Unión Europea para lidiar con los altos flujos de solicitantes de asilo y en particular ha puesto en duda la eficacia del Sistema Europeo Común de Asilo (en adelante SECA). La Comisión Europea reveló un retraso de 141,530 solicitudes pendientes al principio de abril del 2016 (ECRE, 2016, p.11). De la misma manera, la Unión Europea ha oscilado entre reducir y aumentar el presupuesto destinado a esta crisis. El 2017 se incrementó el presupuesto en casi seis mil millones de euros para asistir a los Estados miembros en reubicar a refugiados, crear centros de recepción y retornar a los que son rechazados (considerablemente menos que, por ejemplo, el presupuesto para apoyar a agricultores, el cual es de 42 mil millones de euros (Eszter, 2016)). No obstante, lo anterior no necesariamente implica que dichos fondos se destinen a políticas migratorias que se guían por criterios fieles a los derechos humanos.

Sin duda, la Unión Europea ha sido un proyecto que ha permitido que Europa conserve la paz y la seguridad, estando a la vanguardia de los derechos humanos, de la

promoción de la democracia y el estado de derecho, incluso recibiendo en 2012 el Premio Nobel de la Paz, por promover la paz y los derechos humanos (Leonard & Taylor, 2016). Sin embargo, hay políticas que han llevado a cuestionar si tanto los Estados miembros como la Unión Europea misma siguen apegándose a criterios de los derechos humanos. A modo de ejemplo, el 2016 Alemania resolvió de forma positiva un 68% de las solicitudes de asilo, en comparación con un 33.2% en Francia y un 39.4% en Italia (British Refugee Council, 2017, p.4). Durante el 2017, un 35.2% en Finlandia y 8.5% en Hungría (AIDA, 2017). Como se puede apreciar, existen disparidades que reflejan inconsistencias en el manejo de las solicitudes de asilo en diferentes Estados de la Unión Europea.

Las cifras anteriores se dan en el contexto de que la persona que solicita asilo haya sido aceptada en dicho Estado para realizar la solicitud. En estos casos, países como Grecia e Italia parecen ser los que por defecto terminan siendo los principales Estados responsables de la recepción de solicitantes. Se puede incluso argumentar que es la falta de cooperación entre los Estados miembros de la Unión Europea la que lleva a los Estados fronterizos de Europa a utilizar políticas cuya legalidad ha sido cuestionada, con el fin de entorpecer el acceso de personas a la Unión Europea.

Entre estas medidas se pueden mencionar las operaciones de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (en adelante Frontex), la cual coordina a las autoridades migratorias de los Estados miembros de la Unión Europea en la vigilancia de las aguas europeas. Otro ejemplo es la construcción por parte de Austria, Bulgaria, Grecia y Hungría de rejas de alambre reforzado y cortante en sus fronteras (Jones, 2016, p.23-24) o el acuerdo de la Unión Europea con Turquía, donde a cambio de apoyo financiero y otras facilidades para Turquía, dicho país debe impedir los flujos migratorios hacia Grecia (Leonard & Taylor, 2016, p.51). Finalmente, se podrían mencionar las sanciones a los transportistas, entre otras (Turk & Nicholson, 2003, p.5).

Lo que estas políticas tienen en común es que parecen limitar el acceso de los solicitantes de asilo a instancias de protección. Es importante aclarar que la Convención de Ginebra no obliga a los Estados a otorgar asilo ni a aceptar en su territorio a refugiados (El-Enany, 2013, p.14). Sin embargo, existe una obligación/principio que será el eje central de este trabajo, que ha perdurado desde los orígenes de la Convención de Ginebra hasta el día

de hoy y que constituye la piedra angular del derecho de los refugiados: la obligación de non-refoulement².

Este trabajo se enfocará en el análisis de esta obligación y su alcance en relación con los fenómenos de la globalización, la extraterritorialidad, la privatización y la “securitización” de las políticas migratorias, con el fin de responder preguntas como ¿A quiénes protege este principio?, ¿Bajo qué condiciones?, ¿Existen excepciones?, ¿Se ha gatillado dicha obligación si es que los solicitantes están afuera del territorio del Estado en cuestión?, ¿Si se considera que un solicitante de asilo está en la jurisdicción de un Estado, quien está obligado a cumplir con la obligación de non-refoulement?, ¿Se podría entender que las medidas que se mencionan anteriormente cumplen con esta obligación? y ¿Qué sucede si existe más de un Estado envuelto en el llevar a cabo estas medidas? Esta tesis intentará describir y delimitar el alcance de la obligación de non-refoulement tanto en su aspecto materia como territorial.

En un segundo orden, esta tesis pretende también investigar y destacar la extensión del rol que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) han tenido en delimitar el alcance de esta obligación frente a las medidas anteriormente mencionadas. Así, como enfoque metodológico, este trabajo utilizará el enfoque del “Dialogo Judicial Transnacional” (Hathaway & Foster, 2014, p.4) el cual toma en cuenta la jurisprudencia de tribunales relevantes y cómo dicha jurisprudencia ha interactuado con decisiones de otros tribunales, desarrollando y afinado el alcance que, en este caso, tiene la obligación de non-refoulement.

El primer capítulo se centrará en una introducción al régimen del derecho internacional de los refugiados, al sistema europeo de derechos humanos, a la Unión Europea y al SECA y al alcance material que estos regímenes le dan a la obligación de non-refoulement. En el segundo capítulo, se realizará un estudio del alcance territorial de la obligación de non-refoulement. Se determinará cuándo y dónde se gatilla esta obligación para los Estados, a la luz de la aplicación extraterritorial de non-refoulement y de los

² La obligación de non-refoulement es también conocido como la obligación de no devolución. Sin embargo, a pesar de que la traducción de refoulement es “devolución”, esta traducción sería muy restrictiva dado que, como se verá a lo largo de este trabajo, esta obligación se extiende más allá de la devolución de una persona a su país de origen. Por lo anterior, se referirá a esta obligación como “non-refoulement” a lo largo de este trabajo con el fin de evitar confusiones.

derechos humanos, incorporando el desarrollo reciente del concepto de jurisdicción. El tercer capítulo confronta el alcance de la obligación de non-refoulement con una serie de políticas migratorias que a simple vista parecen querer evitar el cumplimiento de esta obligación, como son las operaciones marítimas de Frontex, los rechazos en la frontera y los tratados de cooperación, entre otras. Finalmente, en el último capítulo, se realizará un análisis de los criterios de atribución de responsabilidad que existen en estos casos. En particular se hará un análisis de las dificultades para determinar la atribución de responsabilidad, en este caso, por el incumplimiento de la obligación de non-refoulement por parte de empresas privadas o de funcionarios de otros estados en las políticas migratorias.

CAPÍTULO 1.

LA OBLIGACIÓN DE NON-REFOULEMENT EN LOS DIVERSOS SISTEMAS JURÍDICOS: SU NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCE MATERIAL.

1.1. Introducción: Hacia la protección internacional del individuo.

El derecho internacional es tradicionalmente la rama del derecho que vela por las relaciones entre los Estados. La doctrina positivista de la soberanía estatal protege la determinación interna de los asuntos estatales (salvo excepciones como la piratería, la esclavitud y las reglas de la guerra), velando también por la igualdad entre los Estados (Shaw, 2008, p.270-271). Sin embargo, desde los juicios de Nuremberg se ha instaurado la idea de que los derechos humanos de los individuos son fundamentales para mantener relaciones pacíficas entre los Estados (Haas, 2008, p.96). De igual forma, con la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, esto comienza a cambiar. Junto con lo anterior, se extienden las facultades del Comité de Derechos Humanos con la creación del 1er Protocolo Facultativo, que faculta a los individuos para que puedan presentar comunicaciones ante este (Tourme Jouannet, 2014, p.102). Así, diferentes áreas del derecho internacional comienzan a incluir al individuo como sujeto de derecho internacional. El derecho de los refugiados es una de esas áreas.

La protección del individuo abarca tanto a sus derechos sustanciales como procesales (Albert, 2010, p.28). Específicamente en el ámbito del derecho de los refugiados, la obligación de non-refoulement es la piedra angular de la defensa del individuo ante las acciones del Estado, contenida en la Convención de Ginebra. Así, el Artículo 33.1 de dicha Convención establece:

“Artículo 33. Prohibición de expulsión y de devolución ("refoulement")

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.”(AGNU, 1951)

La obligación de non-refoulement ha sido asimilada con el habeas corpus, configurándose como un derecho/obligación de carácter tanto sustancial como procesal. Lo anterior, toda vez que- como se verá más adelante-esta obligación garantiza no solamente la

protección contra el traslado de una persona a un lugar donde dicha persona está expuesta al riesgo de persecución, sino que al riesgo de tratos inhumanos o degradantes (May, 2011,p.170). La obligación de non-refoulement garantiza, de cierta forma, la integridad física y psíquica del sujeto en cuestión.

Para poder responder la pregunta sobre el alcance de la obligación de non-refoulement para los Estados de la Unión Europea, es importante analizar los distintos sistemas jurídicos que se entrelazan al momento de determinar dicho alcance. Esto, toda vez que el alcance de esta obligación difiere en cada sistema jurídico, con su normativa particular. Primero, se analizará el régimen internacional del derecho de los refugiados, donde se consagra en primera instancia la obligación de non-refoulement y se explorará su carácter de derecho internacional consuetudinario. En segundo lugar, se analizará el régimen de asilo de la Unión Europea y como éste ha consagrado este principio en su régimen supranacional. En tercer lugar, se explorará cómo el derecho internacional de los derechos humanos también ha incorporado esta obligación, analizando específicamente el régimen europeo de derechos humanos. Finalmente, tras entender cómo los diferentes sistemas que regulan este principio se entrelazan y conjuntamente obligan a los Estados miembros de la Unión Europea, se entrará en detalle a definir el alcance de este derecho en términos materiales, con especial hincapié en el dialogo transnacional llevado a cabo por los tribunales internacionales.

1.2.1 El régimen del derecho de los Refugiados: non-refoulement en la Convención de Ginebra

El Holocausto mostró la cara más cruel del ser humano. Las víctimas de la persecución por parte de sus propios Estados se encontraron buscando refugio en otros Estados. Frente a esto, la comunidad internacional creó la Convención de Ginebra de 1951.

El derecho de los refugiados es una rama del derecho internacional que tiene un carácter paliativo más que preventivo como podrían ser los tratados tradicionales de derechos humanos (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.26). Se le considera parte del derecho internacional de los derechos humanos, el cual a su vez se rige por las normas de regulación, interpretación y fuentes del derecho internacional³. Esta consideración es

³ Por lo tanto, se rige por la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados(NU, 1969) en cuanto a sus normas de interpretación y por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia(NU, 1946) respecto a sus fuentes.

importante, toda vez que las normas no tienen un carácter aislado, sino que funcionan dentro de un orden legal que asistirá en la determinación del alcance de las obligaciones.

El proyecto de la Convención de Ginebra consistió en una recopilación de principios y del análisis de los instrumentos anteriores que el Secretario General de las Naciones Unidas entregó a un Comité ad hoc, para su revisión y aprobación por parte de una asamblea de plenipotenciarios (Lauterpacht & Bethlehem, 2003, p.99). La Convención fue aprobada el 28 julio 1951 y comenzó a regir en 1954. En 1967, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (AGNU, 1967b) eliminó las limitaciones geográficas y temporales contempladas en la Convención de Ginebra (Colin, 2015, p.5).

El preámbulo de la Convención reconoce el carácter social y humanitario del derecho de los refugiados, lo que es de gran importancia para la interpretación de sus disposiciones (Lauterpacht & Bethlehem, 2003, p.99). El Artículo 1.2 de la Convención de Ginebra (AGNU, 1951) es el precepto que establece la definición de refugiado, estableciendo los requisitos que deben cumplir los solicitantes de asilo para calificar como refugiado. Non-refoulement se ha entendido como un principio que constituye la piedra angular del derecho de los refugiados, el cual es aplicable durante todo el proceso de una solicitud de asilo, incluso posterior al rechazo de esta.

Debido a su importancia y desarrollo, esta obligación ha sido considerada por la mayoría de la doctrina como derecho internacional consuetudinario (Crawford, 2012, p.660). A continuación, se analizará esta visión mayoritaria, la cual fue cuestionada por James Hathaway en su momento, uno de los principales letrados del derecho internacional de los refugiados.

1.2.2. Non-refoulement y su naturaleza jurídica: derecho internacional consuetudinario.

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su Artículo 38.1 establece a la costumbre internacional “*como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho*” (NU, 1946). En el *Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte* (CIJ, 1969), la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) especificó los requisitos para la configuración de la costumbre internacional. De lo anterior, se desprenden dos elementos; el elemento material, el que hace referencia a que exista una práctica general por parte de los Estados de la norma, y el elemento subjetivo u *opinión juris*, el que se refiere a la convicción

de que dicha práctica es una obligación de carácter internacional (Lauterpacht & Bethlehem, 2003, p.142).

La Convención de Ginebra ha sido ratificada por 145 Estados (ACNUR, 2015), quienes en su mayoría son miembros además de otras convenciones regionales. Como se verá más adelante, el Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Consejo de Europa, 1950) (en adelante CEDH)- del cual son partes todos los Estados europeos- se ha homologado a la obligación de non-refoulement. De igual forma, el contenido del Artículo 3 se replica en el Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (AGNU, 1976) y en el Artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (OUA, 1981) (Lauterpacht & Bethlehem, 2003, p.145). Así, el carácter general del reconocimiento de esta obligación se cumple, con la clara intención de que esta obligación tiene un carácter general y obligatorio.

Además, el carácter fundamental de la obligación de non-refoulement ha sido aceptado por el Comité Ejecutivo del ACNUR en sus conclusiones No. 6 (XXVIII)(ACNUR, 1977), No. 17 (XXXI)(ACNUR, 1980), No. 19 (XXXI)(ACNUR, 1980b), No. 22 (XXXII)(ACNUR, 1981), No. 26 (XXXIII)(ACNUR, 1982), No. 29 (XXXIV)(ACNUR, 1983), No. 50 (XXXIX)(ACNUR, 1988), No. 52 (XXXIX)(ACNUR, 1988b), No. 55 (XL)(ACNUR, 1989), No. 62 (XLI)(ACNUR, 1990), No. 65 (XLII)(ACNUR, 1991), No. 68 (XLIII)(ACNUR, 1992), No. 71 (XLIV)(ACNUR, 1993), No. 74 (XLV)(ACNUR, 1994), No. 77 (XLVI)(ACNUR, 1995), No. 81 (XLVIII)(ACNUR, 1997), No. 82 (XLVIII)(ACNUR, 1997b), No. 85 (XLIX)(ACNUR, 1998), No. 89 (LI)(ACNUR, 2000), No. 91 (LII)(ACNUR, 2000b), No. 94 (LIII)(ACNUR, 2002), No. 99 (LV)(ACNUR, 2004), No. 103 (LVI) (ACNUR, 2005)y No. 108 (LIX)(ACNUR, 2008).

Asimismo, el principio de non-refoulement se encuentra establecido en una serie de acuerdos no vinculantes pero que reflejan alta aprobación estatal, como son la Declaración Sobre el Asilo Territorial (AGNU, 1997), los Principios de Bangkok Sobre el Estatuto y Trato de los Refugiados (AALCO, 1966) y la Declaración de Cartagena (CPIRACMP, 1984). En Europa, se destacó la importancia de respetar el principio de non-refoulement, incluso en aquellos casos de aquellos no formalmente reconocidos como refugiados en la Recomendación No.R (84)¹(Consejo de Ministros, 1984)(Lauterpacht & Bethlehem, 2003, p.145).

Junto con lo anterior, la práctica estatal ha sido consistente en el reconocimiento de este principio con carácter de obligación internacional. Cerca de 80 países han incorporado a

non-refoulement en su derecho interno o incluso han incorporado el texto literal de la misma Convención de Ginebra (Lauterpacht & Bethlehem, 2003, p.148). Al mismo tiempo, para respaldar esta aseveración, se debe tomar en cuenta que la Convención de Ginebra ha sido considerada como una fuente de interpretación tanto por la CIJ como el TEDH (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.152). Finalmente, este tipo de reconocimientos y consagraciones de derechos y principios han llevado a la CIJ a consagrar una norma como derecho consuetudinario en otras áreas (Lauterpacht & Bethlehem, 2001, p.69), un argumento convincente para que se piense lo mismo para este caso.

Autores como Hathaway hacen una crítica atendible en cuanto a que las declaraciones de Estados no cumplen necesariamente el requisito de la práctica estatal, elemento necesario junto a la *opinio juris* para consagrar una costumbre. Esto, en particular dado que además muchos Estados ejercen actos que constituyen refoulement como práctica estatal. Por lo tanto, el autor propone la idea de non-refoulement como principio general en vez de costumbre (Hathaway, 2005, p.18, 39). Ahora, ACNUR y Goodwin-Gill defienden la crítica enunciada por Hathaway (Simeon, 2010, p.9), refiriéndose a la opinión de la CIJ en el *Caso Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y Contra Nicaragua* (en adelante, *Caso Nicaragua*), donde se estableció que la práctica estatal evidentemente contraria a una norma y su subsecuente justificación como excepción a esta norma (como es el caso de la excepción de territorialidad al principio de non-refoulement, que se verá más adelante) debería entenderse como la confirmación de esa misma norma (CIJ, 1986, párr.186). De todas formas, el cumplimiento por parte de los Estados de esta obligación es de carácter mayoritario.

En este sentido, la práctica contraria al non-refoulement no debería tener peso en cuanto a descalificar la existencia de este principio como una regla de derecho consuetudinario internacional. Además, es importante señalar que los Estados cuando no cumplen con esta obligación, rara vez argumentan que non-refoulement no es derecho consuetudinario (Messineo, 2012, p.142-143). Para la mayoría de la doctrina, el Artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no exige que todos los Estados cumplan con una obligación de forma transversal y universal. De otra forma, muchos principios no serían derecho internacional consuetudinario hoy en día (Messineo, 2012, p.144). De más está decir que el hecho de que una norma se incluya en un tratado no implica en ningún caso que ésta no es derecho internacional consuetudinario. Lo anterior se recalcó en el *Caso*

Nicaragua (CIJ, 1986) respecto a la prohibición de uso de fuerza (Lauterpacht & Bethlehem, 2003, p.141).

La Convención de Ginebra no tiene un órgano particular para asegurar su cumplimiento al cual puedan acudir los individuos afectados (Westra, 2015, p.132). Sin embargo, la Convención y por lo tanto el Artículo 33 obliga a todos los Estados de la Unión Europea. Primero, ya que todos los Estados miembros son parte de dicha Convención y segundo por el carácter de derecho internacional consuetudinario de la obligación de non-refoulement. Por lo tanto, los tribunales nacionales de todos estos Estados deben asegurar el cumplimiento de esta obligación, como también utilizarla como fuente útil para la interpretación de las normas internas que se relacionen con el tema (Shaw, 2008, p.185). Además, veremos más adelante que la Convención de Ginebra depende en la práctica de manera indirecta del sistema regional de derechos humanos europeo para el resguardo de la obligación de non-refoulement en Europa.

1.3.1. Non-refoulement en el régimen de la Unión Europea: orígenes e instituciones de la Unión Europea.

La Unión Europea es una organización de carácter supranacional, donde existen instituciones a las cuales los Estados le delegan facultades incluyendo el de dictar normativa, a diferencia de las estructuras de carácter internacional e intergubernamental (como son el Consejo de Europa y ACNUR), donde los Estados tienen el rol primordial (Haas, 2008, p.281). La Unión Europea está facultada para crear normativa vinculante que afecte tanto a los individuos como a los Estados miembros. Compuesta actualmente por 28 Estados, sus orígenes se remontan al plan Schuman, cuyo objetivo era el prevenir futuras guerras y limitar el poder de Alemania a través de la cooperación económica (Haas, 2008, p.281).

Con dicho fin se formó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero en 1952, compuesta por una Comisión, un Consejo de Ministros, una Asamblea y un Tribunal (Leonard & Taylor, 2016, p.5-6). En 1957 se firmó el Tratado de Roma (UE, 1957), el cual creó la Comunidad Económica Europea, el cual junto con la Comunidad Europea de la Energía Atómica y la del Carbón mencionada más arriba, conformaron la Comunidad Europea (FRA, 2015, p.17). Posteriormente, se firmó el Acuerdo de Schengen entre Bélgica, Francia, Alemania Luxemburgo y Holanda (1986), con el fin de avanzar hacia la libertad de movimiento de las personas y capitales, para así unificar el mercado y el movimiento de bienes y servicios (Leonard & Taylor, 2016, p.20). El Convenio de la Aplicación del Acuerdo

de Schengen (UE, 1990), vincula directamente el asilo con el terrorismo, con la inmigración, con el crimen transnacional y con el control de fronteras, estableciendo disposiciones de aplicación común a todas estas materias (Dace, 2010, p.9). Lo anterior forjó un nexo que hoy en día parece natural, y que muchas veces limita el carácter humanitario de las disposiciones que protegen a los refugiados.

El Tratado de Maastricht (UE, 1993) (el que pasó a llamarse el Tratado de la Unión Europea) estableció los 3 “pilares” de la Unión Europea; 1. las antiguas instituciones que formaban la Comunidad Europea (de carácter supranacional); 2. gran parte de sus políticas de defensa y de relaciones exteriores (de carácter intergubernamental) y; 3. el pilar de la cooperación entre estados en materias de justicia y asuntos interiores (de carácter intergubernamental) (Leonard & Taylor, 2016, p.54, 228-229). Además, Maastricht identificó nueve áreas de interés común dentro de las cuales está el asilo y la inmigración, nuevamente vinculándolas con la lucha contra el terrorismo (Dace, 2010, p.9).

En 1997, el Sistema Schengen pasó a ser parte del ordenamiento de la Unión Europea (FRA, 2015). El Tratado de Ámsterdam (UE, 1997) revisó al Tratado de Maastricht y destacó como principios de la Unión Europea a la libertad, los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho (Haas, 2008, p.281). Asimismo, Ámsterdam posicionó al asilo bajo el primer pilar (supranacional), lo que significó que este tema se podría plasmar en directivas, regulaciones, decisiones y recomendaciones de orden supranacional (Leonard & Taylor, 2016, p.229). Junto con lo anterior, a través del Tratado de Niza (UE, 2000b) se incorporó a los tratados fundacionales a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE, 2000a) (en adelante CDFUE) (Haas, 2008, p.282). Esto es de extrema relevancia, toda vez que la CDFUE constituye la protección “supraconstitucional” de los derechos fundamentales.

Sin embargo, tras los atentados a las Torres Gemelas, la “securitización” de la migración y el asilo se acentuó. El 12 de septiembre, al calor de una reunión extraordinaria el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior Europeos manifestó la necesidad de aumentar el control de las fronteras y de tomar medidas para revisar la participación en actos terroristas de personas solicitantes de asilo (Dace, 2010, p.20-21). Junto con lo anterior, el Consejo Europeo de Sevilla del 2002 decidió aplicar medidas de control y activar el sistema de deportaciones frente a la migración ilegal. Asimismo, el Consejo de Salónica en el 2003 hizo mención de la revisión acelerada de solicitudes y se acordó la creación de Frontex y la acreditación de funcionarios de enlace de inmigración (Leonard & Taylor, 2016, p.231),

(Dace, 2010, p.24-28). Por su parte, el Consejo Europeo en la Haya en 2004 sugirió a la Comisión Europea el explorar la idea de la creación de centros de procesamiento de solicitudes extraterritoriales de asilo (Dace, 2010, p.24). En 2006, se procedió a dictar el Código de Fronteras Schengen (Parlamento Europeo y Consejo, 2006), el cual cristaliza las reglas relacionadas con el manejo de las fronteras (FRA, 2015). Así, podemos ver el desenlace de un quiebre o contradicción entre los avances en el universalismo de los derechos humanos en la Unión Europea y la soberanía interna de los Estados, plasmada en este concepto nuevo de la “securitización” de la migración.

De alta importancia para este tema es el Tratado de Lisboa (UE, 2007) el que comenzó a regir el año 2009. Éste renombró al Tratado de Roma como el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y los 3 pilares descritos más arriba se unieron, formando una entidad que modifica oficialmente a la Comunidad Europea, la que pasó a tener personalidad jurídica, bajo el Artículo 46ª (UE, 2007), (Shaw, 2008, p.41-42). Asimismo, las políticas de justicia y de política interior (de las cuales el asilo es una subcategoría) pasaron a ser de competencia de las instituciones de la Unión Europea, a tal punto que se le instruyó a la Unión Europea el diseño de la segunda fase de armonización del SECA (Leonard & Taylor, 2016, p.228). Para permitir dicha armonización del SECA con este tratado, se eliminó la limitación que existía anteriormente, la cual impedía que materias de fronteras, migración y asilo se pudiesen revisar por el TJUE (Guild, 2013, p.43). Esto es de alta relevancia dado que abre la puerta a poder fiscalizar y proteger los derechos fundamentales de las personas en materias de inmigración y asilo.

Finalmente, la CDFUE pasa a ser vinculante (ECRE, 2017, p.1) y su Artículo 52.3 (UE, 2000a) establece que los derechos de la CDFUE tendrán el mismo significado y alcance de los mismos derechos establecidos en el CEDH (Guild, 2013, p.57). Esto es muy importante, ya que, como se verá más adelante, significa que las sentencias del TEDH y sus correspondientes precedentes adquieren relevancia para el derecho de la Unión Europea.

Cabe ahora analizar las instituciones de la Unión Europea y sus normas en relación con la obligación de non-refoulement. A continuación, se analizarán brevemente las instituciones de la Unión Europea que están involucradas en el impulso, creación y fiscalización de la normativa y de las políticas públicas relacionadas con el asilo y la migración en la Unión Europea. Por lo tanto, se analizará los órganos ejecutivos, legislativos y judiciales de la Unión Europea.

El órgano más relevante para nuestro estudio es el TJUE. Su rol consiste en interpretar la legislación primaria y secundaria de la Unión Europea y asegurar su cumplimiento (Leonard & Taylor, 2016, p.59). Sus fallos son vinculantes para los Estados miembros de la Unión Europea. El tribunal está compuesto por 28 jueces, uno por cada Estado Miembro y 11 Abogados Generales. Como mencionábamos, el derecho europeo debe ser cumplido por los ordenamientos jurídicos internos (Haas, 2008, p.284). Así, una persona puede recurrir a los tribunales nacionales respecto de normativa interna contraria al derecho europeo, y en el caso de que el tribunal interno tenga dudas respecto de la interpretación de una norma, puede solicitar la interpretación del TJUE. Igualmente, se le puede solicitar al TJUE opiniones consultivas en materia de derecho.

Los Estados también pueden recurrir al TJUE, ya sea por conflictos con otros Estados miembros y alegaciones de incumplimiento de la normativa europea, por conflictos con las instituciones de la Unión Europea, o viceversa (Leonard & Taylor, 2016, p.67). Junto con lo anterior, si una norma de una institución de la Unión Europea vulnera el mismo derecho europeo, los individuos afectados, los Estados o las mismas instituciones pueden solicitar al TJUE su anulación (ECRE, 2017, p.4). Finalmente, el TJUE revisa conflictos entre personas naturales y jurídicas y las instituciones de la Unión Europea (FRA, 2015, p.19), y desde el caso *Francovich* (TJUE, 1991, párr.37-39) se otorgan indemnizaciones por daños.

Los casos presentados por Estados y por instituciones de la Unión Europea se ven en pleno. El resto de los casos se ven en salas de seis jueces, los cuales pueden referir el caso al pleno, en caso de que sea un asunto que deba sentar precedente sobre puntos de derecho (Leonard & Taylor, 2016, p.91). El primer análisis que hace el TJUE frente a un caso es realizar un análisis de jurisdicción y de admisibilidad. Posteriormente, se presentan escritos por las partes y luego el tribunal decide si hay una investigación preliminar o si se avanza derechamente hacia una audiencia (UE, 2018). El Abogado General produce un informe que no es vinculante y que puede ser seguido por el voto en mayoría de los jueces (Leonard & Taylor, 2016, p.93).

Además del órgano judicial, tenemos al órgano ejecutivo y los órganos legislativos. La Comisión Europea es el órgano ejecutivo de la Unión Europea y es la encargada de realizar propuestas de políticas y de implementar aquellas ya creadas. Si bien sus miembros son designados (uno por Estado, durando 5 años) por los Estados, su lealtad yace con la Unión Europea, dado que es el Parlamento Europeo quien aprueba la composición de toda la Comisión (Leonard & Taylor, 2016, p.61-62). La Comisión Europea debe llevar a cabo un

estudio de impacto de los proyectos de normativas, a través del proceso legislativo, asegurándose que dichos proyectos se apeguen a la CDFUE (ECRE, 2017, p.3).

Por lo tanto, es la Comisión quien implementa las directivas, las regulaciones (las cuales sólo pueden ser iniciadas por la Comisión) y las políticas relacionadas con el asilo a las que nos referiremos más tarde. Asimismo, descansa en la Comisión el realizar propuestas para mejorar el SECA. Conjuntamente- y muy relevante para nuestro estudio- la Comisión es la encargada de fiscalizar que los Estados miembros actúen conforme a derecho, a través de la redacción de informes e incluso presentando solicitudes ante el TJUE (Leonard & Taylor, 2016, p.64).

El Consejo de Ministros legisla junto al Parlamento Europeo, con la opinión consultiva del Comité Económico y Social en base a las propuestas de la Comisión. Los ministros (un representante de cada Estado miembro y con un presidente que rota cada seis meses) requieren hoy en día una mayoría calificada para aprobar proyectos de normas (Leonard & Taylor, 2016, p.72). El Consejo también tiene un rol en asegurar que la legislación europea se encuentre en cumplimiento de la CDFUE (ECRE, 2017, p.3).

Por su parte, el Parlamento europeo es el órgano democráticamente electo de la Unión Europea. Sus miembros, electos cada 5 años, legislan en conjunto con el Consejo de Ministros y aprueban el presupuesto de la Unión Europea (UE, 2018). El proceso de legislación consiste en la inicial propuesta de la Comisión, la cual recibe una lectura dos veces y- en el caso de que exista oposición- se gatilla un proceso de conciliación, el cual culmina en el rechazo de la propuesta en caso de que la conciliación no sea fructífera. El parlamento también tiene la posibilidad de exigir a la Comisión que ésta realice una propuesta de proyecto legislativo (Leonard & Taylor, 2016, p.83-85).

Finalmente, el Parlamento está facultado para interpelar tanto a la Comisión y al Consejo de Ministros (Leonard & Taylor, 2016, p.83-85). Para nuestro estudio, es de particular importancia que tanto el Consejo como el Parlamento hayan sido responsables de aprobar la legislación en materia de asilo, como también que hayan aprobado el presupuesto anual (UE, 2018) y por lo tanto la cantidad de fondos que se destinan a materias como la inmigración y el asilo.

Junto con las anteriores instituciones, el Consejo Europeo es un órgano compuesto por los líderes de cada Estado miembro de la Unión Europea. A pesar de que las decisiones

tomadas por este Consejo no son vinculantes, este consejo discute materias relevantes (como por ejemplo la crisis de refugiados) y suele establecer la pauta formal para las discusiones futuras de la Comisión Europea (Leonard & Taylor, 2016, p.75-76).

A continuación, examinaremos las referencias que se han hecho respecto de la obligación de non-refoulement tanto en los tratados fundacionales de la Unión Europea, como en la legislación secundaria europea.

1.3.2. El derecho europeo y el alcance legal de non-refoulement: fuentes primarias y secundarias en materia de asilo.

Existen fuentes primarias y secundarias en el derecho europeo. Las fuentes primarias hacen referencia a los tratados fundacionales que mencionamos anteriormente y a todas sus modificaciones y reformas, como también a la CDFUE. Estas fuentes tienen primacía por sobre el resto de la normativa europea (Eur-Lex, 2018). La legislación secundaria consiste principalmente en reglamentos y directivas. Las directivas establecen fines u objetivos que los Estados miembros deben cumplir, pero le otorgan libertad a los Estados para determinar cómo concretar dichos resultados. Por su parte, los reglamentos deben ser incorporados directamente al derecho nacional. Ambas fuentes son vinculantes y las deben aplicar todos los Estados Miembros, por sobre el derecho nacional, e incluso sobre el derecho constitucional interno, como se confirmó por el TJUE en el caso *Costa contra E.N.E.L* (TJUE, 1964, p.106) (Shaw, 2008, p.178). Además, existen decisiones particulares que emite el Consejo o la Comisión las que son vinculantes sólo para el Estado involucrado. Igualmente, las recomendaciones realizadas por la Comisión no son vinculantes (Leonard & Taylor, 2016, p.67).

En relación con la obligación de non-refoulement, La CDFUE contempla directamente la prohibición de refoulement en su Artículo 19 el que establece que “1. *Se prohíben las expulsiones colectivas. 2. Nadie 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*” (UE, 2000a).

Respecto al ámbito de aplicación de la CDFUE, su propio Artículo 51.1 establece que debe ser observada por las instituciones de la Unión Europea y los Estados miembros, al implementar el derecho europeo (UE, 2000a). El TJUE equiparó la frase “al implementar el derecho europeo” del Artículo 51.1 a todo lo que cae dentro del alcance del derecho de la

Unión Europea (ECRE, 2017, p.2). Por lo tanto, la obligación de non-refoulement debe ser observada tanto por la normativa europea secundaria, por las instituciones de la Unión Europea y por las agencias europeas que aplican derecho europeo, como son Frontex, la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (en adelante OEAA), entre otras. Asimismo, los Estados, al llevar a cabo la normativa europea o cuando legislan con relación al funcionamiento de directivas europeas, deben observar la CDFUE y el principio de non-refoulement.

En relación con el alcance territorial de la CDFUE, el Artículo 51.1 no establece un límite territorial para su uso. Por lo mismo, si las instituciones europeas desempeñan sus funciones fuera del territorio europeo, la CDFUE es aplicable en toda implementación del derecho europeo y por lo tanto debe ser observada (ECRE, 2017, p.2). Esto es de suma relevancia, y lo revisaremos más extendidamente en el Capítulo 2.

Respecto al alcance material de la obligación de non-refoulement plasmada en el Artículo 19, podemos observar que esta obligación es de un contenido más amplio que el alcance establecido en la Convención de Ginebra. Esto es importante, ya que a pesar de que los Estados están obligados a cumplir con la obligación de non-refoulement a nivel internacional, el Artículo 33.1 establece como requisito que el riesgo de persecución, para gatillar la obligación de non-refoulement, sea el riesgo de persecución por las causales limitadas contenidas en el Artículo 1.2 de la Convención de Ginebra (AGNU, 1951). Por su parte, la CDFUE es más amplia e incluye la pena de muerte, la tortura y otras penas o tratos inhumanos y degradantes como causales. Además, el Artículo 19 de la CDFUE (UE, 2000a) no contempla excepciones, como sí lo hace el Artículo 33.2 de la Convención de Ginebra (AGNU, 1951).

Por su parte, el derecho secundario de la Unión Europea en materia de asilo es extenso. Desde 1999, la Unión Europea ha ido unificando y creando una normativa uniforme y armónica para constituir un sistema común de asilo, el llamado SECA. El objetivo central de dicho sistema es uniformar criterios y responsabilidades a través de todos los Estados miembros y así repartir la “carga”. Dentro del cuerpo legislativo de SECA encontramos: a la Directiva Sobre Requisitos Revisada (Parlamento Europeo y Consejo, 2011a), a la Directiva Sobre Procedimientos de Asilo Revisada (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2013), a la Directiva Sobre Condiciones de Acogida Revisada (Parlamento Europeo y Consejo, 2013a), a la Directiva Sobre el Retorno de los Nacionales de Terceros Países en Situación Irregular (Parlamento Europeo y Consejo, 2008), al Reglamento de

Dublín Revisado (Parlamento Europeo y Consejo, 2013c) y al Reglamento Eurodac Revisado (Parlamento Europeo y Consejo, 2013b). Junto con esta normativa, se creó OEAA y Frontex, como agencias que intervienen en materias de asilo (Tsourdi & De Bruycker, 2015, p.3). La creación del SECA se explica porque el sistema de la Convención de Ginebra no fue diseñado para el contexto de libre movimiento y de supranacionalidad de la Unión Europea.

El principio de non-refoulement está contemplado reiteradamente al interior de la normativa secundaria. La Directiva sobre Procedimientos de Asilo Revisada establece en su Artículo 28 que en caso de que un solicitante retire su solicitud o desista, *“los Estados miembros velarán por qué tal persona no sea expulsada en violación del principio de no devolución”* (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2013). También, esta Directiva exige que para que ciertos países puedan ser considerados “primer país de asilo”, “tercer país seguro” y “tercer país seguro europeo” (conceptos que exploraremos con detención en el capítulo 3), el Estado que envía a personas de vuelta a dichos Estados debe cerciorarse de que estos cumplan con la obligación de non-refoulement. Así, en las situaciones en las que una persona pasa a hacer uso del procedimiento de asilo, se espera que, en cualquiera de las complejas etapas de dicho proceso, se vele por evitar el refoulement.

La Directiva Sobre el Retorno de los Nacionales de Terceros Países en Situación Irregular, en su el Artículo 5, es clara en establecer que se debe velar por el non-refoulement al aplicarla (Parlamento Europeo y Consejo, 2008). Esto es muy importante toda vez que los que se rigen por esta Directiva son inmigrantes que se encuentran en un territorio de forma irregular, por lo que la protección de non-refoulement es más amplia, abarcando a personas que no son refugiados, de acuerdo con el Artículo 19 del CDFUE. Incluso en el caso de que los Estados opten por que esta Directiva no rija a los inmigrantes que entraron a su territorio de forma irregular (lo cual es facultativo para los Estados miembros), el Artículo 4.4b) establece que de igual forma, los Estados miembros respetarán el principio de la no-devolución (Parlamento Europeo y Consejo, 2008). Esto significa que, por ejemplo, en deportaciones y devoluciones de inmigrantes, el principio de non-refoulement debe ser respetado.

El Reglamento que establece las normas para la vigilancia de las fronteras marítimas en el marco de coordinación de Frontex, contempla en su Artículo 4.1 que *“Ninguna persona será desembarcada en un país, forzada a entrar en él, conducida o entregada de algún otro modo a sus autoridades, incumpliendo el principio de no devolución cuando, entre otros*

supuestos, 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 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” (Parlamento Europeo y Consejo, 2014). Como podemos observar, en esta disposición se hace referencia directa a la prohibición de non-refoulement de forma directa como indirecta.

Debido a la fusión y la confusión entre inmigración y asilo, el Código de Fronteras Schengen adquiere gran relevancia, dado que es éste se aplica a los inmigrantes cuando cruzan las fronteras tanto de la Unión Europea como de los Estados miembros. En su Artículo 3, el Código de Fronteras Schengen establece que *“El presente Reglamento se aplicará a toda persona que cruce las fronteras interiores o exteriores de los Estados miembros, pero no afectará a: b) los derechos de los refugiados y solicitantes de protección internacional, en particular en lo relativo a la no devolución” (Parlamento Europeo y Consejo, 2006). Asimismo, su Artículo 4 establece que “En la aplicación del presente Reglamento, los Estados miembros actuarán dentro del pleno respeto del Derecho de la Unión aplicable, incluida la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), del Derecho internacional aplicable, incluida la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados hecha en Ginebra...de las obligaciones relativas al acceso a la protección internacional, en especial el principio de no devolución, y de los derechos fundamentales.” (Parlamento Europeo y Consejo, 2006). Finalmente, su Artículo 14 establece que “Se negará la entrada en el territorio de los Estados miembros a los nacionales de terceros países que no cumplan todas las condiciones de entrada, tal como se definen en el artículo 6, apartado 1, siempre que no pertenezca a ninguna de las categorías de personas indicadas en el artículo 6, apartado 5. Esto no será un obstáculo para la aplicación de las disposiciones especiales relativas al derecho de asilo y a la protección internacional o a la expedición de visados de larga duración” (Parlamento Europeo y Consejo, 2006).*

Todas las disposiciones anteriores son de suma importancia, dado establecen que la obligación de non-refoulement se debe respetar a través de todas las instancias en las que se puede encontrar un solicitante de asilo, como por ejemplo en la intercepción marítima, en el rechazo en la frontera, en el procedimiento de asilo y en la deportación de personas.

Un caso particularmente relevante de inclusión de la obligación de non-refoulement es la Directiva Sobre Requisitos Revisada. Esta define en su Artículo 2 f) al que tiene protección subsidiaria como aquel que es *“un nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15, y al que no se aplica el artículo 17, apartados 1 y 2, y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país”* (Parlamento Europeo y Consejo, 2011a). Este precepto es de suma importancia dado que no solamente contempla la obligación de non-refoulement, sino que, además, esta obligación queda establecida como una categoría especial de protección; la protección subsidiaria.

La idea de la creación de la protección subsidiaria como categoría ha sido criticada por organizaciones de derechos humanos por ser un intento de limitar el nivel de protección otorgada a personas, que de otra forma recibirían más derechos por calificar como refugiados. Messineo (2012, p.148-149), sin embargo, destaca correctamente el efecto positivo- y probablemente imprevisto- de la creación de esta nueva categoría de protección. Esto, dado que al definir la categoría del “protegido subsidiariamente” se utilizan las mismas palabras que al referirse a la obligación de non-refoulement. De esta forma, aquel que no puede ser devuelto a un lugar donde este expuesto a riesgo, pasa a gozar de los derechos otorgados a aquel que recibe protección subsidiaria.

Como hemos podido ver, el principio/obligación de non-refoulement se encuentra completamente incorporado dentro de la normativa de la Unión Europea. Como mencionamos anteriormente, la normativa secundaria debe seguir a la normativa primaria o fundacional de la Unión Europea, dentro de la cual tenemos a la CDFUE. Dado que el su Artículo 52.3 establece que los derechos de la CDFUE tienen el mismo significado y alcance que aquellos derechos establecidos en el CEDH (UE, 2000a), es de suma importancia definir los avances que el régimen regional europeo de derechos humanos ha logrado en torno al alcance de la obligación de non-refoulement. A esto nos referiremos en el siguiente apartado.

1.4. El régimen regional europeo de derechos humanos: historia, instituciones y disposiciones legales en materia de non-refoulement.

El Consejo de Europa surgió en 1949 y tiene un carácter intergubernamental. Su objetivo es promover el desarrollo económico y social como también la cooperación entre los Estados. El Consejo de Europa adoptó el CEDH (Europa, 1950) el cual comenzó a regir en 1953. Actualmente, tiene 47 miembros, de los cuales 28 son los Estados miembros de la UE (FRA, 2015,p.15) A pesar de que el CEDH no establece cómo este ha de ser incorporado en el derecho interno, todos los Estados Miembros lo han incorporado de una u otra forma a su derecho interno, entendiéndose por la doctrina como un “instrumento constitucional del orden público europeo” (Shaw, 2008, p.345-349).

El Artículo 3 de la CEDH establece la prohibición de la tortura y establece que “*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*” (Consejo de Europa, 1950). Como veremos en la próxima sección, este Artículo ha sido equiparado con la obligación de non-refoulement, pues a través de las décadas, el alcance y contenido de las obligaciones contempladas en el CEDH se ha ido desarrollando, unificando criterios a nivel europeo. Lo anterior, se puede explicar como resultado del desarrollo de la jurisprudencia del TEDH, el cual le ha dado un enfoque teleológico al CEDH y lo ha clasificado como un instrumento vivo (Haas, 2008, p.276).

En sus inicios, la Comisión Europea de Derechos Humanos coexistía con el TEDH, con el fin de velar por el cumplimiento del CEDH. La protección del CEDH se concretó más aún en 1998 al dictarse el Protocolo 11, el que eliminó a la Comisión y permitió que individuos presentaran solicitudes directamente ante el Tribunal (Shaw, 2008, p.351-354). El Tribunal consiste en un número de jueces que es igual al número de Estados partes del Convenio, elegidos por la Asamblea del Consejo por nueve años. Los casos se ven en Comités de tres jueces, Salas de siete jueces y una Gran Sala de diecisiete jueces (FRA, 2015,p.15).

El sujeto activo es el individuo afectado por la contravención de uno o más derechos estipulados en el CEDH. El Tribunal le ha dado cierta flexibilidad a esta definición, toda vez que un individuo puede alegar ser víctima por la existencia de una medida, política, acto o ley que infringe sus derechos. Además, se ha desarrollado jurisprudencia en relación con que los familiares de las víctimas pueden alegar agravio, en base al daño personal sufrido por ellos como familiares. De interés para nuestra investigación, cabe recalcar que el

solicitante no requiere ser un ciudadano o incluso un residente regular de los Estados (FRA, 2015,p.15). Esto significa que refugiados, solicitantes de asilo e incluso inmigrantes que se encuentren ilegalmente en un país pueden presentar solicitudes ante el TEDH. También es posible que un Estado lleve a otro Estado parte, ante el TEDH (FRA, 2015, p.16).

Al ingresar una solicitud, se efectúa una revisión de admisibilidad, donde se le asigna una causa a un juez que examina la solicitud y la deriva a un Comité o a una Sala. Si la causa la ve una Sala, es discrecional llamar a una audiencia. Posteriormente, se revisa si se agotaron las instancias de derecho interno o si dichos remedios no permiten la resolución del caso. Un comité puede, de forma unánime, declarar inadmisibile la solicitud o rechazarla de plano, de forma inapelable (Shaw, 2008, p.273). Si se declara admisible una solicitud, se aceptan escritos y prueba, nuevamente siendo discrecional el llamar a audiencia de juicio. En casos de interpretación de u precepto o que puedan implicar la modificación de precedentes anteriores, la Sala puede ceder la vista de la causa a la Gran Sala debido a su importancia (salvo que una de las partes se oponga). Tras una etapa de conciliación el Tribunal decide de forma vinculante para los Estados. El TEDH también puede otorgar opiniones consultivas, pero de forma muy restringida (Haas, 2008, p.275-6).

Como hemos visto a través de este capítulo, existe un sistema específico de derecho europeo que regula el asilo en la Unión Europea. De forma paralela, los Estados de la Unión Europea son todos a su vez miembros de la CEDH. A pesar de que el TEDH no puede directamente dirimir respecto al derecho europeo, sí puede determinar si sus miembros violan o no los derechos humanos. Así, se puede dar el caso de que el TEDH directamente interpele a un Estado por cómo aplicó una Directiva europea en su derecho interno, pero en relación con los derechos contemplados en la CEDH.

Asimismo, el TEDH, al sentar precedentes y uniformar criterios respecto al contenido de los derechos establecidos en el CEDH, está indirectamente sentando precedente sobre los derechos humanos en la Unión Europea, toda vez que como hemos visto, el significado y alcance de los derechos de la CEDH son equiparados a los mismos derechos contemplados en la CDFUE. Es por lo anterior que el desarrollo del principio de non-refoulement en sede regional europea (TEDH) es de alta relevancia. Por lo anterior, en la siguiente sección analizaremos el alcance material de la obligación de non-refoulement basándonos en los tres regímenes que hemos analizado hasta ahora; internacional, supranacional e intergubernamental.

1.5. El alcance y contenido de la obligación de non refoulement: ¿Non-refoulement a quien, a qué y a dónde?

En términos generales y coloquiales, la obligación de non refoulement implica el no devolver a personas a donde estén expuestas a riesgos graves. Sin embargo, es necesario afinar esta definición y explorar preguntas como qué se incluye dentro del término “devolver”, a qué “personas” protege esta obligación, a dónde no es posible enviar a dichas personas y a qué tipo de riesgo se debe estar expuesto para que se gatille esta obligación. Todas estas preguntas ayudan a definir o a puntualizar el alcance material de esta obligación. Dado que para los Estados de la Unión Europea son relevantes los tres sistemas que analizamos en las secciones anteriores, estos se sobreponen y entrelazan en el momento de responder a estas preguntas.

De acuerdo con el Artículo 33 de la Convención de Ginebra, la obligación de non refoulement se aplica aunque no se haya obtenido el reconocimiento formal de refugiado (Hathaway, 2005, p.304). Sin embargo, a pesar de obligar a todos los Estados, el Artículo 33.1 es aplicable a aquellos que se rigen por el régimen del derecho de los refugiados. En este sentido, aquel que no es o no ha manifestado su intención de recibir protección como refugiado no se ampara por este derecho (AGNU, 1951). Ahora, el alcance en cuanto a las personas que protege esta obligación ha sido extendido para los Estados europeos, pues como hemos visto en las secciones anteriores, en virtud del Artículo 19 de la CDFUE y de las disposiciones específicas de derecho secundario que contemplan la obligación de non-refoulement, como también del Artículo 3 del CEDH, el alcance de esta obligación cubre a todas las personas, sea refugiado, solicitante de asilo, inmigrante legal o ilegal, entre otras.

Además, los Artículos 19 CDFEU (UE, 2000a) y 3 CEDH (Europa, 1950) no contemplan excepciones a esta obligación. Así, la “deseabilidad” o características positivas o negativas del individuo en cuestión no entran en consideración para determinar si devolver o no a alguien (Turk & Nicholson, 2003, p.10). En este sentido, el alcance de la obligación también se amplió en relación con este punto, dado que el Artículo 33.2 de la Convención de Ginebra contempla excepciones de seguridad nacional, estableciendo que “2. *Sin embargo, no podrá invocarse 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*” (AGNU, 1951).

El TEDH ha estado a la vanguardia en esta materia. En el caso *Chahal Contra Reino Unido* (TEDH, 1996c) un ciudadano indio separatista sijista, quien había sido considerado un riesgo para la seguridad nacional por el Reino Unido, alegó la vulneración del Artículo 3 por parte de dicho Estado al emitir una orden de expulsión en su contra (Gentili, 2010, p.314). El Tribunal se pronunció a su favor y estableció que “...*las inmensas dificultades que enfrentan los Estados en estos tiempos modernos para proteger a sus comunidades de la violencia terrorista. Sin embargo, incluso en estas circunstancias, el Convenio Europeo prohíbe en términos absolutos la tortura, tratos o penas degradantes e inhumanos, sin considerar la conducta de la víctima*” (TEDH, 1996, párr 80).

Igualmente, en el caso *Saadi Contra Italia* (TEDH, 2008), un ciudadano tunecino residente en Italia, condenado, entre otras cosas, por el delito de conspiración para cometer actos terroristas en su país de origen, fue condenado en Italia por conspiración criminal y deportado a Túnez pocos días después. Ante lo anterior, el Señor Saadi solicita asilo en Italia, el cual fue denegado (Conde Pérez, 2009, p.282). Ante esto, el TEDH determinó que se vulneró la obligación de non-refoulement plasmada en el Artículo 3 del CEDH, apelando al carácter absoluto de la obligación de non-refoulement que no contempla excepciones (TEDH, 2008, Párr.127) (May, 2011, p.174-175).

En cuanto al tipo de riesgo al que se debe estar expuesto para gatillar esta obligación, esto tiene directa relación con el régimen jurídico al que nos estemos refiriendo. El Artículo 33.1 de la Convención de Ginebra hace referencia al riesgo vital o de pérdida de la libertad por las causales que el Artículo 1.2 usa para definir a un refugiado (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas) (AGNU, 1951). Esto nos lleva a preguntarnos si las causales del Artículo 1.2 limitan por lo tanto la protección del Artículo 33 a personas que están en riesgo vital, por otras causales, como, por ejemplo, la guerra.

Lauterpacht y Bethlehem (2003, p.126) consideran que la aplicación del Artículo 33 es amplia y que es posible de ser extendida a aquellos que están en riesgo vital pero que no sufren persecución según el Artículo 1. Asimismo, Guy Goodwin Gill, autor experto en el derecho internacional de los refugiados, postula que es necesario mantener cierta consistencia y consecuencia con el objeto y causa de la Convención de Ginebra, lo que en conjunto con el principio de buena fe legitiman el proteger a nuevas categorías de refugiados (Simeon, 2010, p.9). Este enfoque, centrado en el objeto de los tratados, se respalda en el

Artículo 31 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados (NU, 1969), en base a la cual se les da significado a las disposiciones de un tratado en el contexto de su objeto y causa. El origen humanitario de la Convención de Ginebra apela a que las disposiciones que limitan el acceso a protección se interpreten de forma restrictiva (Gilbert, 2010, p.35, 101). Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas amplió el mandato de La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, incluyendo a la violencia generalizada dentro de su mandato.

El régimen de la Unión Europea no solo otorga más protección en la definición de refugiado al incluir explícitamente el género, orientación sexual en el Artículo 10 de la Directiva Sobre Requisitos Revisada (FRA, 2015, p.68), sino que además, incluye a aquellos que no son refugiados, pero reciben protección subsidiaria conforme al Artículo 2f) de la Directiva Sobre Requisitos Revisada (Parlamento Europeo y Consejo, 2011a) en el ámbito de protección. Estos individuos deben ser protegidos contra el riesgo de *“daños graves que incluyen la condena a la pena de muerte o su ejecución o la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante o amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno”*, conforme al Artículo 15 de la misma Directiva (Parlamento Europeo y Consejo, 2011a). En relación específica a la obligación de non-refoulement, en el Artículo 19 de la CDFUE (UE, 2000a) se incluyó dentro de las causales para considerarse en riesgo de non-refoulement a la exposición a la pena de muerte, a la tortura y a penas o tratos inhumanos o degradantes. Así, el derecho de la Unión Europea establece un alcance más amplio al definir a qué riesgos debe estar expuesto un individuo para gatillar la protección de non-refoulement.

Por su parte, el sistema regional europeo de los derechos humanos, en el Artículo 3 del CEDH (Consejo de Europa, 1950), incluyó dentro de las causales para considerarse en riesgo el estar expuesto a la tortura y a penas o tratos inhumanos o degradantes. Lo anterior, amplía el alcance de las causales de riesgo establecidas en el Art 1 de la Convención de Ginebra (Lauterpacht & Bethlehem, 2003, p.125). Finalmente, para probar la probabilidad de exposición al riesgo, el estándar de prueba es aquel “de un grado razonable”, entendiéndose como más que una mera presunción pero menos que certeza o probabilidad (Lauterpacht & Bethlehem, 2003, p.126).

La jurisprudencia del TEDH ha ido delimitando qué califica como tratos inhumanos y degradantes, ya no solo en relación con los refugiados. En el caso *Paposhvili Contra Bélgica* (TEDH, 2016b), el TEDH determinó que la expulsión de una persona sufriendo de una enfermedad terminal a Georgia, no viola el Artículo 3 del CEDH, el cual solo se gatilla en casos excepcionales en materias de problemas de salud (Peroni & Peers, 2017). El caso de *M.S.S. contra Bélgica y Grecia* (TEDH, 2011b) es un caso emblemático, donde se delimita en detalle la obligación de los Estados de velar por las condiciones del lugar hacia donde se expulsa o se devuelve a una persona. El TEDH determinó que un Estado no puede enviar a individuos, en este caso particular a solicitantes de asilo afgano, a otro Estado (incluso si este Estado es miembro de la Unión Europea), si las condiciones de ese Estado pueden generar el riesgo de tratos inhumanos y degradantes (Hathaway & Foster, 2014, p.43). El TEDH concluyó que el SECA en Grecia no estaba funcionando, toda vez que los procedimientos y las condiciones apuntaban a una deficiencia sistemática que violaba el Artículo 3 del CEDH (TEDH, 2011, párr. 87-90), por lo que no se podía devolver a personas a Grecia.

Este caso es ejemplar en demostrar la interacción que existe entre el TEDH y el régimen de la Unión Europea. En *N.S v Secretary of State for the Home Department* (TJUE, 2011) un solicitante de asilo llegó al Reino Unido habiendo estado en Grecia anteriormente. El TJUE, en su párrafo 112, se basó en *M.S.S contra Bélgica y Grecia* (TEDH, 2011b) y resolvió que los Estados Miembros no pueden presumir que las condiciones dentro de la Unión Europea son aptas para recibir a una persona bajo el régimen de Dublín II (Costello, 2012, p.329). Gracias al desarrollo de la jurisprudencia del TEDH, hasta el día de hoy, no se devuelven a personas a Grecia bajo el mecanismo de Dublín, salvo en ciertas excepciones menores (FRA, 2013, p.40). Es más, *N.S v Secretary of State for the Home Department* (TJUE, 2011) se incorporó oficialmente al nuevo Reglamento de Dublín (Comisión Europea, 2012, p.49).

En relación con el significado de “refoulement”, a pesar de que su traducción es “devolución”, esta traducción sería muy restrictiva dado que implicaría la devolución a un lugar donde la persona ha estado previamente. Sin embargo, los regímenes jurídicos que contemplan esta obligación han señalado que “refoulement” abarca cualquier circunstancia que implique que el envío de una persona a un Estado donde exista un riesgo de persecución o de trato inhumano o degradante (como vimos, el tipo de riesgo varía, dependiendo de si hablamos de la Convención de Ginebra, de la Unión Europea o de la

CEDH). Esto incluye expulsiones, deportaciones, devoluciones e incluso extradiciones (Turk & Nicholson, 2003, p.10).

En el caso *Soering Contra el Reino Unido* (TEDH, 1989, párr. 133), la extradición de un ciudadano alemán a los Estados Unidos fue considerada un acto de refoulement por el TEDH, ya que la consecuencia más probable de dicha extradición podría haber sido la condena a la pena de muerte (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.112). Lo interesante de este fallo no es solamente que amplía el significado de devolución o refoulement, sino que también exige a los Estados un estándar de diligencia al evaluar cuáles son las condiciones individuales que vivirá una persona al ser enviada a otro Estado (Gentili, 2010, p.314). Esto fue confirmado en el caso *TI Contra el Reino Unido* (TEDH, 2000, p.15) (Hathaway & Foster, 2014, p. 36). De igual forma, en *Khlaifia y Otros Contra Italia* (TEDH, 2016^a, párr. 243) el TEDH estableció, entre otras cosas, que al termino “expulsar” se le debe dar una interpretación amplia, subsumiendo dentro de “expulsar” a cualquier acto que implique el remover a una persona del amparo del Estado (EWLU, 2016).

Es importante tomar en consideración que el refoulement está prohibido respecto a cualquier territorio, no solo respecto a la devolución al Estado de origen del individuo en cuestión. Así, la categoría legal del lugar donde se envía a un individuo no es relevante respecto a determinar si se cumple o no con la obligación de non refoulement (Lauterpacht & Bethlehem, 2003, p.122). Esto significa que esta obligación abarca envíos al país de origen, o a terceros Estados, a territorios no considerados Estados e incluso a regiones de ciertos Estados.

Al momento de evaluar el riesgo al que se puede exponer una persona al ser enviada a un lugar determinado, los Estados deben tomar en consideración las condiciones del Estado o lugar donde se enviará a una persona. El análisis previo para llegar a una decisión debe estar relacionado con las particularidades del caso individual. Las expulsiones colectivas están prohibidas de forma expresa en el Artículo 19 de la CDFUE y así también lo ha establecido la jurisprudencia regional europea de derechos humanos. En *Hirsi Jamaa y Otros Contra Italia* (TEDH, 2012, párr.185), el TEDH destacó la importancia de la evaluación individual de una solicitud. En el caso de que esto no se efectúe, esto constituye un acto de expulsión colectiva, que está prohibido en el Artículo 19 de la CDFUE y el Artículo 4 del Protocolo 4 al CEDH (FRA, 2016, p.15).

Al efectuar el análisis individual, se deben tener en consideración ciertas condiciones de vulnerabilidad o riesgo particulares de la persona en cuestión (por ejemplo, género, sexualidad, edad) (ACNUR, 2006, p.62). Asimismo, en los tres regímenes analizados, esta obligación requiere que se evite el refoulement de carácter indirecto (Lauterpacht & Bethlehem, 2003, p.123). Con esto nos referimos a que el Estado que devuelve o expulsa a una persona es responsable de evaluar las posibilidades de refoulement de la persona por parte del Estado receptor.

Junto con lo anterior, el que no existan violaciones manifiestas a los derechos humanos en el Estado receptor no implica que una persona no esté expuesta al riesgo de persecución (ACNUR, 2006, p.62). En el caso *Hirsi Jamaa y Otros Contra Italia* (TEDH, 2012, párr.131,156), quedó establecido que la decisión de devolver o retornar a un individuo requiere de un análisis que debe tomar en cuenta la información disponible en su momento. Esto incluye toda la información conocida acerca de los hechos, como también aquella que se debía haber sabido (Papanicolopulu, 2013, p.418). Esto parece introducir un criterio de diligencia en cuanto al evaluar el riesgo de refoulement (ACNUR, 2006).

Como hemos visto en esta sección, el alcance material de la obligación de non-refoulement ha ido ampliándose a la luz del avance regional en la materia, en particular gracias al desarrollo jurisprudencial que se le ha dado en el TEDH. Ante esto, parece haber un acuerdo por parte de los Estados de la Unión Europea de que estos avances se deben acatar. Este avance es positivo, pero se ha visto amenazado por intenciones de restringir el alcance desde otro ángulo: la limitación del alcance territorial de esta obligación y de otras obligaciones de derechos fundamentales. Para que una persona esté amparada por la obligación de non-refoulement de los Estados, es necesario que dicha persona esté dentro de la jurisdicción de dicho Estado. Así, es necesario determinar cuándo un estado se encuentra obligado a velar por los derechos de una persona. A esto se dedicará el próximo capítulo.

CAPÍTULO 2.

NON-REFOULEMENT Y SU ALCANCE EXTRATERRITORIAL.

2.1. Introducción: Extraterritorialidad: ¿Hacia dónde se mueve el mundo?

Como mencionábamos en el capítulo anterior, el alcance material del principio de non-refoulement ha sido y continúa siendo desarrollado por los tribunales en el contexto europeo supranacional y regional. Lo anterior ha tensionado la relación entre el universalismo de los derechos humanos y el marco legal positivo, el que no siempre es de carácter universal (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.25). Así, en contra de dicho exitoso desarrollo, la emergente discusión en relación con el alcance territorial de non-refoulement ha surgido, toda vez que los Estados toman medidas que buscan evitar que se gatille la obligación de non-refoulement, al realizar actos que pueden constituir refoulement fuera de las fronteras del Estado.

En el derecho internacional público la territorialidad es la norma, como producto de que la no intervención es un principio determinante del derecho internacional público. De forma excepcional encontramos ejemplos como el Artículo 111 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (NU, 1982), el cual establece las reglas del “*hot pursuit*” permitiendo a un Estado la persecución de un barco en aguas internacionales. En relación con infracciones de aduanas, fiscales, migratorias o sanitarias, “*hot pursuit*” permite la persecución de un barco hasta 12 millas fuera del territorio marítimo nacional (llamada zona contigua) y hasta 200 millas (llamada zona económica exclusiva) por las infracciones estipuladas para dicha zona (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.106). En este caso, la jurisdicción extraterritorial esta otorgada por un Tratado Internacional, donde se delimita con claridad cuándo un Estado tiene jurisdicción para perseguir y cuando no.

De forma no regulada, Estados Unidos ha intentado otorgarles efecto extraterritorial a sus normas en materias de derecho económico. Esta posibilidad se respalda en la teoría de los efectos, respaldada en el caso *US v. Aluminum Co* (USCA2ndC,1945), la que establece que si una conducta se lleva a cabo en otro Estado, pero sus efectos se manifiestan en el territorio del Estado, existe jurisdicción ejecutiva (Shaw, 2008, p.689-690). Asimismo, en el caso *Wood Pulp* (TJUE, 1988) se multó a empresas no europeas que se

coludieron, bajo la premisa de que los efectos de dicha colusión tuvieron repercusión dentro de la Comunidad Europea (Shaw, 2008, p.695).

Estos casos, si bien no son parte de nuestro estudio, revelan que hay ciertas materias que en su desarrollo y ejecución no puede estar contenidas dentro de un territorio. Esto lleva a preguntar si acaso en el mundo globalizado e interconectado es en la práctica posible que los efectos de ciertos actos se contengan dentro del territorio nacional. Esto no es solo aplicable a materias económicas, sino que también a materias consulares, militares y por supuesto migratorias, donde los Estados activamente actúan fuera de sus fronteras.

Ya en su Anuario de 1975, la Comisión de Derecho Internacional señalaba que existen actos u omisiones del Estado que son atribuibles a dicho Estado en relación con la responsabilidad del Estado, independiente de si los actos u omisiones se llevaron a cabo extraterritorialmente el territorio del Estado (Heijer, 2012). Así, la CIJ, en la *Opinión Consultiva Sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado* (CIJ, 2004, párr.109,111) consideró que los agentes de Israel, aún en territorio ocupado, debían seguir los tratados de derechos humanos firmados por Israel (Shaw, 2008, p.322). De igual forma, en la *Opinión consultiva Sobre Namibia* (CIJ, 1971, Párr.118), la CIJ estableció que es el control de un territorio y no la soberanía o legitimidad de título lo que es la base para hacer a un Estado responsable por actos que afectan a otro Estado (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.107-108). A pesar de que esto se relaciona con la atribución de responsabilidad (que veremos en el capítulo 4), sí apunta a que un Estado se deba regir por ciertas obligaciones en base a otros criterios jurisdiccionales más allá que territorio, aunque es importante mencionar que, a pesar de esto, no todas las acciones que realice un Estado fuera de su territorio van a conllevar jurisdicción (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.100).

El presente capítulo tiene como fin determinar cuál es el alcance territorial de non-refoulement, cuándo se gatilla la obligación de non-refoulement en los tres sistemas jurídicos que se analizaron en el capítulo anterior; y, por lo tanto, cuándo un Estado se encuentra compelido a observar dicha obligación. Para hacer esto, es necesario analizar en primero si la obligación de non-refoulement, de acuerdo con cómo está descrita en el Artículo 33 de la Convención de Ginebra, establece alguna limitación a su aplicación extraterritorial. En segundo lugar, analizaremos la aplicación extraterritorial del CEDH (en particular del Artículo 3), para finalmente concluir con la aplicación del concepto de extraterritorialidad en la Unión Europea.

2.2. La extraterritorialidad de non-refoulement en la Convención de Ginebra.

¿Qué sucede con las obligaciones que en su redacción parecen establecer una limitación territorial? En materia de non-refoulement, el Artículo 33.1 (AGNU, 1951) hace referencia a “expulsión o devolución”, lo que ha hecho a algunos argumentar que esta obligación solo se hace válida cuando dicha expulsión o devolución ocurre desde el territorio de un Estado (Heijer, 2012, p.122) .

El argumento del límite territorial al non-refoulement fue primeramente desarrollado por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Sale* (USSC, 1993), lo que fue posteriormente argumentado por Estados Unidos en el caso *Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. v. Estados Unidos* (CIDH, 1997) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En este caso, la Guardia Costera de Estados Unidos interceptó a aproximadamente 34.000 haitianos en un período de tiempo. Inicialmente, estas personas fueron trasladadas a la base de Estados Unidos en Guantánamo para luego devolverlos a Haití, tras considerarse insostenible su estadía en la base (Gibney, 2010, p.54). Estados Unidos se centró en el Artículo 33 de la Convención de Ginebra, refiriéndose al significado de expulsar o devolver: “*refouler*” .El concepto “expulsar” no se discutió en profundidad, pues hace referencia a ya estar dentro del territorio. Respecto a “retornar”, Estado Unidos se refirió a la aproximación no exacta entre retornar y la palabra en francés “*refouler*”, concluyendo así que retornar tenía un significado legal más restringido que “*refouler*” y que retornar sólo tiene sentido si se habla del retorno en la frontera y no a transportar a alguien que está fuera del territorio hacia otro lugar (Heijer, 2012, p.125).

Para Estados Unidos, el párrafo segundo del Artículo 33 hacía referencia al estar dentro del territorio del país. Esto implicaría que el párrafo primero, referente al non-refoulement debía también aplicarse solo dentro del territorio (USSC, 1993, p.23-27). Cualquier otra interpretación llevaría a la conclusión de que sólo los refugiados dentro del territorio estarían sujetos a las excepciones al principio de non-refoulement quedando así en desventaja en relación con los que se encuentren fuera del territorio (Gibney, 2010, p.56).

Frente a estos argumentos, se han levantado una serie de críticas. En relación con la interpretación de las palabras utilizadas en el Artículo 33, las reglas de la interpretación de

los tratados establecidos en la Convención de Viena del Derecho de los Tratados son aplicables. Así, conforme al Artículo 31 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados (NU, 1969), la regla general es interpretar un tratado de buena fe, conforme al sentido corriente de las palabras en el contexto del objeto y fin del tratado. Usando esta regla, es importante mencionar que, en primer lugar, “*refouler*” tiene un significado común más amplio que las palabras expulsar y devolver. Además, el hecho de que en las versiones en inglés y en español se haya mantenido en el título del Artículo 33 la palabra “*refoulement*” en francés, apela a que la intención fue otorgarle al Artículo el sentido de “*refouler*”.

Conforme con el Artículo 31.4 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados (NU, 1969), la historia de la ley puede servir para clarificar la intención de las partes. Sin embargo, en nuestro caso, la historia de la ley tiene un carácter contradictorio, por lo que no ayuda particularmente a dilucidar el contenido del Artículo 33 con claridad. El Artículo original (24.1), inspirado en el Artículo 3 de la Convención de 1933, hacía referencia a las expulsiones y al no dejar entrar a personas en la frontera, por lo tanto, fuera del territorio nacional. Dentro del Comité Ad Hoc, Luis Henkin, representante de USA, argumentó en defensa de que dicha expulsión podía presentarse tanto dentro como fuera de la frontera (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.48).

Por su parte, en la conferencia de plenipotenciarios, el representante de Suiza expresó que la palabra expulsión hacía referencia a las personas que se encontraban dentro del territorio y que, por lo tanto, non-refoulement solo se aplicaba a aquellos que estaban dentro del territorio (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.50). Holanda estuvo en acuerdo y propuso que esta interpretación se incluyera como acuerdo oficial, frente a lo cual nadie objeto (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.51). Como vemos, el comité ad hoc realizó una interpretación más universal del alcance territorial de non-refoulement y la conferencia de plenipotenciarios una interpretación más limitada. Además, los trabajos preparatorios, a pesar de servir para asistir (lo que en este caso no sucede), no tiene carácter de fuente (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.52).

De todas formas, la inclusión de la palabra “devolución” es diferente a la palabra “expulsión”, la que alude a la necesidad de estar dentro de un territorio para poder ser expulsado de este. Para devolver a alguien, no es necesario que la persona devuelta se encuentre dentro de los límites territoriales. Hathaway (2005, p.337) argumenta que el sentido común de estas expresiones- particularmente el concepto de “devolver”- hace referencia a llevar de vuelta a alguien a su país de origen, más al lugar desde donde se

devuelve a una persona. Además, el Artículo 33 (AGNU, 1951) habla de “expulsión o devolución”, por lo que ambos conceptos deben leerse como separados, debido al uso de “o” y no de “y”, siendo el primero una referencia al expulsar del territorio nacional y el segundo a devolver a una persona en su ruta de entrada a un Estado (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.58).

Para algunos, la frase “en modo alguno” contenida en el Artículo 33.1 (AGNU, 1951) apunta a la aplicación extraterritorial del Artículo 33, por lo menos respecto a devoluciones en la frontera de un Estado. Sin embargo, revisando la historia de la ley- la que en esta instancia es más clara- esta frase no hacía referencia a su aplicación geográfica, sino que más bien al tipo de procedimiento que implique una devolución o expulsión (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.54). Así, las palabras “en modo alguno” han permitido incluir una serie de procedimientos judiciales, administrativos, de extradición, entre otros dentro del alcance material de non-refoulement, más que hacer referencia a la territorialidad de la norma.

Al llevar a cabo una interpretación sistemática del Artículo 33, se puede observar que otras disposiciones de la Convención de Ginebra sí incluyen una limitación territorial, la cual está establecida de forma expresa. A diferencia de estas disposiciones, el Artículo 33, que es la piedra angular del derecho de los refugiados, no la contiene (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.54). Para Hathaway, la finalidad humanitaria expresada en el preámbulo de la Convención de Ginebra es proteger al ser humano del riesgo de ser perseguido, independiente del lugar físico donde se encuentre (Hathaway, 2005, p.189). Limitar la aplicación geográfica de non-refoulement, en perjuicio del objetivo de la Convención de Ginebra, iría en contra del espíritu de esta. Si se acepta la interpretación territorial, se genera un mal incentivo, donde el refugiado en búsqueda de protección obtendría más protección en base al Artículo 33, entrando de forma ilegal al territorio nacional (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.61).

En el “*soft law*” internacional, ya existe el consenso sobre la aplicación en la frontera del principio de non-refoulement, estipulado en las Conclusiones de ACNUR N.º15 de 1979 (Comité Ejecutivo ACNUR, 1979) y N.º6 de 1977 (Comité Ejecutivo ACNUR, 1977b), como en el Artículo 3 de la Declaración Sobre el Asilo Territorial de 1967 (AGNU, 1967a). Consistente con esta visión, ACNUR sostiene el punto de vista de que, debido a la condición de derecho consuetudinario del concepto de non-refoulement, este principio obliga a los Estados donde sea que estos actúen (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.46-47). En Europa, la Resolución N.º14 (Consejo de Europa, 1967) y la Recomendación N.º1645 (Consejo de Europa, 2004) estipulan la protección contra el refoulement de personas que aún no entran en el territorio nacional de los Estados (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.70-72) y de igual forma

lo ha hecho el Comité de Derechos Humanos respecto al Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.84).

La CIJ en su *Opinión Consultiva Sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado* (CIJ, 2004) fue clara en la aplicación extraterritorial de los derechos humanos, estableciendo que:

“109. La Corte señala que, si bien la jurisdicción de los Estados es primordialmente territorial, en ocasiones puede ejercerse fuera del territorio nacional. Teniendo en cuenta el objeto y el fin del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parece lógico pensar que, aunque así sea, los Estados que son parte en el Pacto están obligados a cumplir sus disposiciones. La práctica habitual del Comité de Derechos Humanos concuerda con esta interpretación. Así, el Comité ha determinado que el Pacto es aplicable cuando el Estado ejerce su jurisdicción en territorio extranjero. Por ejemplo, se ha pronunciado sobre la licitud de los actos realizados por el Uruguay en el caso de varias detenciones llevadas a cabo por agentes uruguayos en el Brasil o la Argentina (caso No. 52/79, López Burgos contra el Uruguay; caso No. 56/79, Lilian Celiberti de Casariego contra el Uruguay). También se pronunció en el mismo sentido en el caso de la confiscación de un pasaporte por un consulado del Uruguay en Alemania (caso No. 106/81, Montero contra el Uruguay).” (Hathaway, 2005, p.314).

Asimismo, el Artículo 3 de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos Penales Crueles, Inhumanos o Degradantes (AGNU, 1984) no contiene limitaciones geográficas, y así lo ha determinado el Comité Contra la Tortura (Costello, 2012, p.293). El Artículo 33 no puede dejar de ser influenciado por todo este desarrollo paralelo.

Finalmente, una interpretación evolutiva de la convención de Ginebra nos permite entender que la Convención de Ginebra emerge de un contexto donde prácticas como la intercepción y devolución de refugiados fuera de las fronteras territoriales no eran plausibles. Ante esto, Hathaway defiende el avance evolutivo de los Tratados. Dado que no existe una restricción territorial explícita en el Artículo 33, el principio de non-refoulement se debe respetar donde sea que se presente (Heijer, 2012, p.127). Lo anterior, a la luz de la doctrina desarrollada por Hersch Lauterpacht de la “efectividad”, la que postula que a un instrumento se le debe dar la máxima efectividad que sea consistente con la intención común de las partes (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.46-47).

Como conclusión de lo anterior, se puede observar que el criterio utilizado en el caso *Sale* (USSC, 1993) ha quedado obsoleto. Tanto la interpretación literal del significado común de las palabras contenidas en el Artículo 33, como la interpretación sistemática de las mismas en consideración con el objeto y fin de la Convención de Ginebra, permiten entender y llegar a la conclusión de que no existe una limitación territorial al principio de non-refoulement. Es interesante notar que como se observará en el próximo capítulo- incluso la práctica estatal de devolución de personas no es clara en su rechazo de la aplicación extraterritorial del principio de non-refoulement. Mas bien, la práctica estatal que pasa a llevar la obligación de non-refoulement intenta delegar dicha obligación a otros Estados u actores (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.95).

Como se expuso brevemente más arriba en esta sección, el derecho internacional de los derechos humanos ha avanzado en explorar la extraterritorialidad de los mismos, entre ellos la obligación de non-refoulement. Sin embargo, esta aplicación no es simple y tampoco es la regla general. Por lo tanto, es necesario explorar los criterios específicos que permiten entender cuándo un Estado se encuentra obligado. A continuación se expondrá y analizará la aplicación extraterritorial de non-refoulement en el contexto del sistema regional de derechos humanos europeo.

2.3.1. La extraterritorialidad del CEDH: La teoría del control efectivo.

Como vimos en el capítulo 1, el Artículo 3 del CEDH (Consejo de Europa, 1950) ha sido equiparado a non-refoulement. El Artículo 3 no contiene ninguna referencia a su aplicación territorial. Tampoco menciona las palabras expulsión o devolución y no hace referencia al lugar donde se ha de transportar a una persona, por lo que no genera las dudas específicas generadas por el Artículo 33 de la Convención de Ginebra (Heijer, 2012, p.138). De esta manera, la aplicación territorial del Artículo 3 es la dada por Artículo 1 del CEDH.

El CEDH en su Artículo 1 hace referencia al alcance geográfico de sus obligaciones, estableciendo que *“Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”* (Énfasis añadido) (Consejo de Europa, 1950). En los trabajos preparatorios, el primer borrador mencionaba la palabra territorio, lo que finalmente se cambió a “bajo su jurisdicción”, tomando inspiración de la nomenclatura contenida en los otros tratados de derechos humanos de la época (Heijer, 2012, p.24).

Pero ¿A qué nos referimos cuando hablamos de la jurisdicción de un Estado y cuál es su relación con el territorio y con la soberanía de un estado? Para poder responder esta pregunta, es necesario realizar algunas clarificaciones conceptuales. La soberanía es el derecho absoluto del Estado para autodeterminarse. La jurisdicción hace referencia al ejercicio de ese poder; es la competencia para ejercitar dicho poder. El concepto de jurisdicción esta generalmente relacionado con el territorio de un Estado, dado que la soberanía de un Estado se organiza dentro de sus fronteras (Moreno-Lax & Costello, 2014, p.1659). Por lo mismo, como regla general, los Estados no pueden intervenir en los territorios de otros Estados, siendo la soberanía y la igualdad entre los Estados un principio básico del derecho internacional, plasmado en el Artículo 2(7) de la Carta de Naciones Unidas (UN, 1945) y reafirmado en el *Caso Lotus* (CPIJ, 1926) (Heijer, 2012, p.19).

Existen dos tipos de jurisdicción, la jurisdicción prescriptiva y la ejecutiva. La jurisdicción prescriptiva hace referencia a la facultad de los órganos del Estado para crear normas y tomar decisiones dentro de su territorio, de forma independiente de la nacionalidad de los actores afectados por dichas normas o decisiones (Shaw, 2008, p.649). El derecho internacional, supranacional y los derechos humanos pueden desafiar la legalidad de dichas decisiones y, en cierta forma, regular las reglas internas de un Estado, basándose en el consentimiento inicial del Estado, de formar parte de Convenciones y Tratados que los regulen en base a esta misma jurisdicción prescriptiva. Así, entidades como la Unión Europea no ejercen jurisdicción propiamente tal, sino que tienen la competencia para actuar por la delegación de los Tratados Fundacionales (Moreno-Lax & Costello, 2014, p.1659).

Por su parte, la jurisdicción ejecutiva hace referencia a la facultad de tomar medidas en relación con dichas normas y asegurar el cumplimiento su cumplimiento. Para tener esta facultad fuera del territorio, es necesario que exista un tratado o acuerdo internacional que lo permita (Heijer, 2012, p.21). Un ejemplo de esto- que analizaremos en más detalle el próximo capítulo- son los acuerdos, en materias migratorias, donde un Estado patrulla las aguas de otro estado.

Para hacer el estudio de estos temas más pedagógico es importante hacer la clarificación de que existe todo un ámbito del derecho internacional que observa el concepto de jurisdicción, respecto al derecho penal internacional y sus aspectos judiciales. Así, la jurisdicción judicial hace referencia a la facultad de los tribunales de un Estado a conocer de casos donde hay un factor foráneo. Asimismo, en materias de jurisdicción criminal, el principio de territorialidad cubre todo crimen cometido dentro del territorio de un Estado, pero

también, respecto de crímenes iniciados o concluidos en el territorio del Estado (Shaw, 2008, p.649-651). Además, el principio de personalidad pasiva permite que un Estado alegue tener jurisdicción para juzgar a un individuo por un acto cometido en el extranjero que ha afectado a nacionales de ese estado (Shaw, 2008, p.664-665). Por su parte, el principio de la universalidad, cuyo uso y reconocimiento es limitado, permite que todos los Estados tengan jurisdicción para juzgar actos específicos en materias de piratería y crímenes de guerra (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.105). Estas materias no formaran parte de nuestro estudio.

Moreno-Lax y Costello destacan que existe una diferencia entre el concepto de jurisdicción en el derecho internacional público, como la competencia para actuar, y el concepto de jurisdicción en el derecho de los derechos humanos, utilizado para definir el alcance de dichos derechos. De esta manera, las obligaciones de derechos humanos se gatillan para los Estados aún en casos donde no tengan formalmente jurisdicción en el sentido de la jurisdicción entendida en el derecho internacional público (Heijer, 2012, p.26), (Moreno-Lax & Costello, 2014, p.1659).

En relación con la jurisdicción de los derechos humanos, El TEDH ha afirmado que, por regla general, esta se establece en base al criterio de la territorialidad, respetando de esta forma el precedente del caso *Lotus* (CPIJ, 1926, párr 45). Esto tiene sentido, ya que es importante que existan criterios- como la territorialidad- para la de determinación de la jurisdicción, pues si se otorga mucha flexibilidad, esto puede devenir en conflictos de jurisdicción, en los que sea prácticamente imposible dirimir cual es el Estado que efectivamente está ejerciendo jurisdicción. Sin embargo, el TEDH ha ido desarrollando a través del tiempo el concepto, afinando otros criterios más allá del criterio de la territorialidad para establecer jurisdicción.

En primer lugar, existen casos de excepción a la jurisdicción en base a la territorialidad establecidos en tratados de cesión de jurisdicción, como es el caso de *X y Y contra Suiza* (ComEDH, 1977, párr.2), donde Liechtenstein firmó un tratado para utilizar normativa suiza en los controles migratorios en territorio de Liechtenstein (Spijkerboer, 2013, p.65). La Comisión Europea de Derechos Humanos determinó que Suiza ejerció jurisdicción de carácter extraterritorial en Liechtenstein, en base a la clara cesión de jurisdicción en el acuerdo entre los dos Estados y dictó que Suiza debía cumplir con las obligaciones establecidas en el CEDH (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.108). Este tipo de casos son de interés para nuestro estudio, en aquellas situaciones en que se pueden presentar violaciones a la obligación de non-refoulement, en relación con los acuerdos de control migratorio entre

Estados de la Unión Europea y Estados que colindan con la Unión Europea, donde sin duda el CEDH es aplicable.

El segundo tipo de excepción son aquellos casos donde un acto se lleva a cabo dentro del territorio de un Estado, pero sus efectos se manifiestan fuera de dicho territorio. En el caso *Soering contra el Reino Unido* (TEDH, 1989, párr.86,90-91), el TEDH obligó al Reino Unido a respetar el principio de non-refoulement al intentar extraditar a un ciudadano alemán a Estados Unidos, toda vez que era altamente probable que la extradición desembocase en que el ciudadano alemán fuese condenado a la pena de muerte (Consejo de Europa, 2016, p.11). Este caso es muy útil para extender el alcance material de non-refoulement. Sin embargo, en este caso el acto de extradición realizado por el Estado se llevó a cabo en el territorio nacional del Reino Unido, por lo que no es una verdadera excepción a la territorialidad. De todas formas, esta decisión cumple con el objetivo de explicitar que un Estado no se puede excusar de cumplir con obligaciones de derechos humanos dado que los efectos se manifiestan extraterritorialmente.

El tercer tipo de excepción hace referencia a casos donde un Estado actúa fuera de su territorio con cierto control efectivo o autoridad, lo que implica que los actos realizados se consideran bajo su jurisdicción. Gammeltoft-Hansen destaca el enfoque de la Comisión junto con el del TEDH de utilizar un criterio “funcional” del concepto de jurisdicción, similar a la práctica del derecho marítimo, basado en la autoridad asumida por el Estado sobre ciertas acciones, independiente de si dichas acciones se llevan a cabo dentro del territorio o no (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.124).

En el caso *Loizidou y otros contra Turquía* (TEDH, 1996^a, párr.62-63) (Lauterpacht & Bethlehem, 2003, p.111), se determinó que Turquía tenía jurisdicción de carácter extraterritorial en aquellos casos en que el Estado tiene “control efectivo” sobre un área fuera de su territorio, y que por lo tanto, bajo el Artículo 1, Turquía estaba obligada a asegurar los derechos del CEDH (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.87). Para llegar a esta interpretación del Artículo 1, se le dio importancia a la interpretación teleológica del objeto y causa del CEDH (Heijer, 2012, p.136).

Por otro lado, en el caso *Banković y Otros Contra Bélgica y 16 Otros Estados Parte* (TEDH, 2001, párr.71), el TEDH concluyó que el Artículo 1 del ECHR debe reflejar la noción territorial de jurisdicción (siendo la extraterritorialidad la excepción), y que, por lo tanto, para poder establecer un vínculo jurisdiccional de carácter extraterritorial, se debe tener un

estándar alto. El caso tenía relación con el bombardeo por parte de la OTAN de una estación radial en Belgrado que derivó en la muerte de civiles (Haas, 2008, p.291). El tribunal declaró inadmisibile el caso, toda vez que los fallecidos no estaban en la jurisdicción de los estados miembros de OTAN durante el ataque; entendiéndose que la autoridad ejercida por la OTAN no implicaba el ejercicio de jurisdicción (TEDH, 2001, párr.82),(Consejo de Europa, 2016, p.6). A pesar de que este caso ha sido considerado como superado, es importante tomar en cuenta la advertencia llevada a cabo por el TEDH, en referencia a que una mera relación de causalidad no puede ser suficiente para gatillar la jurisdicción de un Estado, dado que esto significaría que cualquier acto realizado por un Estado implicaría que el Estado está ejerciendo su jurisdicción.

El razonamiento del TEDH se alejó posteriormente del criterio de *Bankovic* (TEDH, 2001a), en casos en que se establecieron reglas más claras sobre el control efectivo. Pero ¿a qué nos referimos cuando hablamos de control efectivo? Para Heijer, el criterio del control efectivo no está plenamente equipado para responder a la gran variedad de formas en que un estado puede vulnerar los derechos fundamentales de personas fuera de su territorio. La primera dificultad o duda es que no siempre está claro si es que dicho control es ejercido sobre personas, territorio, espacios físicos, actos o una combinación de todos los anteriores. La segunda dificultad o duda está en cómo se determina cual es el nivel de control adecuado para considerarse efectivo (Heijer, 2012, p.54). Es justo mencionar ante la crítica de Heijer que se ha hecho un esfuerzo por parte del TEDH para dilucidar estas dudas. A continuación, se examinará el desarrollo jurisprudencial del TEDH de estas dudas.

2.3.2. ¿Control Efectivo sobre qué?

Un buen punto de partida para entender sobre qué se tiene el control efectivo es el territorio. Un ejemplo importante es aquel de los casos de ocupación militar, donde el control sobre el territorio es tal que los actos llevados a cabo por el Estado ocupante caen dentro de su jurisdicción. En el caso *Al-Skeini y Otros contra el Reino Unido* (TEDH, 2011a), seis ciudadanos iraquíes murieron como causa de diferentes actos llevados a cabo por soldados británicos en Iraq (Consejo de Europa, 2016, p.8-9). El TEDH concluyó que las facultades que asumió el Reino Unido en Iraq eran de carácter subsidiario frente a un Estado fallido, por lo que existía un vínculo jurisdiccional, el cual obligó al Reino Unido a investigar la muerte de estas personas (TEDH, 2011^a, párr.149).

Cabe hacer mención de que este control se puede dar sobre diferentes espacios. El control efectivo se puede tener incluso sobre una parte del territorio de un Estado. Por ejemplo, en el caso de *Chipre contra Turquía* del año 2001 (TEDH, 2001b, párr.1), se determinó que Turquía era responsable por las acciones de agentes turcos llevadas a cabo en territorio de Chipre, durante la ocupación de dicho territorio por Turquía. En este caso particular, cabe destacar que el control de Turquía sobre el territorio de Chipre era solo parcial. De esto se desprende o se puede inferir que no se requiere que el control sobre el territorio de un Estado sea completo. Esto se confirmó en la sentencia del caso *Al-Saadoon y Mufdhi Contra el Reino Unido* (TEDH, 2010, párr.140), donde se consideró que el Reino Unido tenía control exclusivo y total sobre los centros de detención británicos en Iraq, y, por lo tanto, de los detenidos en dicho centro, por lo que sus acciones debían observar el CEDH (Heijer, 2012, p.40). Lo que podemos extraer de estos casos, es que el control puede darse tanto sobre todo el territorio de otro Estado, como también sobre diferentes espacios. Lo que es determinante, es la presencia de agentes que cometen actos en dicho territorio.

Frente a lo anterior, surge la pregunta de si para que un Estado tenga jurisdicción es necesario que el Estado receptor pierda dicha jurisdicción. En *Ilascu contra La Republica de Moldova y Rusia* (TEDH, 2004, párr.331,384) el TEDH estableció que era posible que un Estado pierda territorio y que dicha pérdida le otorgue jurisdicción a otro Estado, pero que aun así el Estado que perdió control sobre el territorio conserve jurisdicción sobre el resto del territorio (Shaw, 2008, p.345-350), por lo que se presenta la posibilidad de que exista una concurrencia de jurisdicciones. Esta última situación pareciera tener más resonancia con la realidad, permitiendo así el uso práctico de esta regla. Esto es particularmente relevante respecto a nuestro estudio de la obligación de non-refoulement, donde es probable que dos estados tengan jurisdicción respecto a personas que aún no han entrado a ningún territorio de un Estado en particular (Heijer, 2012, p.26).

Asimismo, surge la duda sobre si dicha presencia se manifiesta, aún si no existe control físico de un territorio. Pareciera que, para estos casos, se utilizarían las reglas mencionadas más arriba, sobre los casos de actos realizados en territorio nacional, con efectos fuera del territorio nacional.

Los casos anteriores siguen el principio de que, si un Estado ocupa el territorio de otro Estado, este tiene jurisdicción, y, por lo tanto, debe regirse por las normas de derechos humanos pertinentes. Este principio emana de la *Opinión Consultiva Sobre las*

Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado (CIJ, 2004, párr.109), (Heijer, 2012, p.31).

El caso de *Ilascu contra La Republica de Moldova y Rusia* (TEDH, 2004a) sirve como un puente entre el control territorial y otra clase de control efectivo: el control económico y el control político. En este caso, soldados rusos participaron en la detención de ciudadanos de Moldova acusados de actividades subversivas, para posteriormente entregarlos a las autoridades de Transnistria, las que los condenaron a penas aflictivas y a uno de ellos a la pena de muerte (Consejo de Europa, 2016, p.4). El TEDH (2004^a, párr.384) consideró que existía un vínculo continuo e ininterrumpido entre Rusia y el régimen de Transnistria como consecuencia del apoyo militar, como también económico y político de Rusia. Este vínculo constituía un control efectivo, gatillando así la jurisdicción rusa y obligando a Rusia a respetar el CEDH no solo por sus acciones en territorio ajeno, sino que por las acciones llevadas a cabo por las autoridades de Transnistria (Heijer, 2012, p.46).

Como podemos ver, el control efectivo se puede manifestar no solo a través del control de un espacio o territorio, sino que también a través de la influencia y el control en las decisiones políticas que se dan en otro territorio, como también del apoyo económico que se da a los actos de otro Estado. Es igualmente interesante destacar que ese control se puede dar aun cuando las autoridades del Estado receptor no han perdido el control absoluto sobre sus actos, permitiéndose así la elaboración de la hipótesis de que cuando dos Estados actúan en conjunto, el Estado que posee mayor control sobre los asuntos políticos y económicos del otro estado pasa a tener jurisdicción principal y a regirse por las obligaciones del CEDH.

Como tercera posibilidad, el control efectivo se puede ejercer sobre una persona o individuo, en los casos en que dicha persona se encuentre en otro territorio y que agentes del Estado actúen sobre dichos individuos, ya sea con o sin autorización del Estado receptor (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.108-109). Así, el control sobre las personas deriva y depende en cierta forma del control sobre un espacio o territorio.

Ahora, para hablar de control efectivo sobre personas es un requisito necesario que los individuos involucrados se encuentren bajo el control del Estado al momento de llevarse a cabo la vulneración a sus derechos humanos (Heijer, 2012, p.35). Como mencionamos más arriba, el control se puede dar sobre todo tipo de espacios y territorios. Ejemplos de esto son el estar en un centro de custodia y autoridad de un agente del Estado, o en las

instalaciones de un órgano o institución del Estado (centro de detención, campamento, barco, etc.). Lo anterior, debido a que, de otra forma, cada una de las violaciones a los derechos humanos efectuadas fuera del territorio nacional por un estado acarrearían la jurisdicción del Estado. De esta forma, el estándar para casos de control efectivo de las personas es alto.

En este sentido, es razonable incluir el control efectivo sobre la propiedad como una fusión del control sobre el territorio y el control sobre personas (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.127-128). Esto dado que hay casos donde se tiene control del territorio o espacio en donde se encuentra la propiedad de una persona, la cual puede sufrir daños o expropiación. Asimismo, también se pueden presentar otros casos donde se puede tener control sobre una persona, vulnerando su voluntad y afectando sus derechos de propiedad, por ejemplo, en el caso del consentimiento forzado en la transferencia de títulos de propiedad.

En casos de intercepción de barcos en el mar, surge la pregunta sobre qué tipo de control efectivo se puede llevar a cabo por un Estado. En el caso *Xhavara y Otros Contra Italia y Albania* (TEDH, 2001), un barco italiano interceptó a un barco albanés, debido a sospechas de que éste transportaba a inmigrantes ilegales a bordo. Al interceptarlo, ambos barcos colisionaron y 83 personas murieron. El choque ocurrió en aguas internacionales, a 35 millas de la costa italiana (FRA, 2015b, p. 38). A pesar de declarar la demanda inadmisibile por no haber agotado los recursos internos, El TEDH consideró que no era Albania el Estado que ejercía jurisdicción en el momento en cuestión, sino que Italia ejerció jurisdicción utilizando el criterio del control efectivo (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.123). Así, se debe considerar que, si un Estado está a cargo de patrullar una zona marítima, entonces este se encuentra en control efectivo de ese territorio en particular, por lo que los actos llevados a cabo dentro de esa zona de control caerían bajo la jurisdicción de dicho Estado.

En el caso de que un Estado no esté a cargo de patrullar una zona marítima, Gammeltoft-Hansen está en lo correcto al destacar que en situaciones donde hay abordaje de un barco, es simple determinar que existe un control efectivo sobre el territorio (la nave) y las personas dentro de dicho territorio (a bordo de una nave). Este es el caso de *Medvedyev Contra Francia* (TEDH, 2010b) , donde un barco que navegaba en aguas internacionales, bajo la bandera de Camboya, fue abordado por agentes franceses armados, debido a sospechas de tráfico de drogas (Heijer, 2012, p.43). El TEDH aceptó que, una vez abordado,

el barco se encontraba bajo el control de Francia y por lo tanto bajo su jurisdicción, siendo aplicable el CEDH de acuerdo con su Artículo 1 (TEDH, 2010b, párr.66-67).

De igual forma, en el caso *Hirsi Jamaa y otros contra Italia* (TEDH, 2012, párr.180), el TEDH se pronunció respecto del movimiento de extranjeros a un tercer Estado desde altamar. Se estableció que el principio de non-refoulement es absoluto y se aplica a las acciones de los Estados fuera del territorio nacional (Papanicolopulu, 2013, p.420). Se aceptó la concepción extraterritorial de jurisdicción, toda vez que se consideró que, en el momento en que los extranjeros abordaron el barco italiano que los llevó a Libia, se configuró el control efectivo necesario para que dichas personas se encontraran bajo la jurisdicción de Italia (Scovazzi, 2015, p.218-219).

Ahora, en casos donde no hay abordaje, la situación se vuelve más compleja. Es de gran relevancia comprobar que existe un ejercicio de poder o autoridad de un barco por sobre el otro, lo que depende estrictamente de los hechos particulares del caso (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.124-125).

2.3.3. ¿Cuál es el grado de control que se debe tener para gatillar la jurisdicción de un Estado? ¿Quiénes son los que ejercen dicho control?

Es importante establecer que el control sobre un territorio o personas debe ser de tal grado, que gatille la jurisdicción de un Estado. Como mencionábamos más arriba, en el caso *Banković y Otros Contra Bélgica y otros 16 Estados Parte* (TEDH, 2001, párr.71), el TEDH determinó que el grado del vínculo jurisdiccional entre las víctimas de los bombardeos y los países de la OTAN no era suficientemente fuerte. El TEDH estableció que no es suficiente que se tenga autoridad en un momento determinado por sobre una persona, como tampoco es suficiente que esta persona sea víctima de derechos protegidos por la convención, para que el Estado tenga jurisdicción sobre ese acto. De esta forma el TEDH exigió que el control, por lo menos, conlleve una relación de autoridad duradera en el tiempo y que tenga repercusiones duraderas en la persona afectada (Heijer, 2012, p.38).

Por su parte, en el caso *Öcalan Contra Turquía* (TEDH, 2005) se consideró que el arrestar y detener a personas, cumple con el grado de ejercicio de control y autoridad necesario (Heijer, 2012, p.40). En este caso, agentes de seguridad turcos detuvieron a un individuo acusado de incitar actos terroristas (entre otras cosas) en Kenia. Los agentes turcos, forzaron al individuo en cuestión a abordar un avión (registrada en Turquía) y lo

enviaron de vuelta a Turquía, donde se vulneraron una serie de sus derechos (Consejo de Europa, 2016, p.6). El TEDH (2005, párr.91) consideró que desde el momento en que las autoridades kenianas entregaron al sujeto en cuestión a los agentes turcos, Turquía paso a tener jurisdicción. Efectivamente, tras la detención de un sujeto determinado, la movilidad, ubicación y acceso a los derechos, quedan a merced de la autoridad o agente en cuestión, por lo que el grado de control se cumple. Como se puede apreciar, los hechos particulares de cada caso son esenciales para dilucidar si se cumple o no con el grado de autoridad y control que se tiene sobre una persona o un territorio.

Respecto a quienes son los que deben ejercen dicho control, la regla general es que sean órganos del Estado (sus militares, agentes, funcionarios, agentes ministeriales, etc.). Sin embargo, se puede dar el caso de que el control sea ejercido por otras personas. Así, en el caso anteriormente mencionado de *Loizidou Contra Turquía* de 1995 (TEDH, 1996^a, párr.62-63), se estableció que un Estado puede ser responsable por actos fuera de su territorio en casos de control efectivo, incluso si dicho control no es legal e incluso en casos donde los que realizan el acto no son agentes u oficiales del Estado los que ejercen control, sino que son agentes del Estado subordinado (Shaw, 2008, p.345-350).

También se puede dar el caso de que agentes del Estado no tengan la autorización para actuar, en cuyo caso de todas formas se considera que, si existe un control efectivo por parte del Estado, entonces existe una responsabilidad del Estado de velar por que sus agentes cumplan con las obligaciones de derechos humanos establecidas en el CEDH. Así se determinó en el caso *Öcalan Contra Turquía* (TEDH, 2005), mencionado anteriormente (Heijer, 2012, p.40).

Hemos visto como el criterio del control efectivo sirve para clarificar que las obligaciones de derechos humanos obligan a los Estados en sus actos, aún si dichos actos tienen manifestación extraterritorial. Existen preocupaciones legítimas en relación con el sobreuso de este concepto y de la potencial degradación de la certeza jurídica respecto a la claridad sobre qué Estado es el que tiene jurisdicción. Ante lo anterior, se han levantado propuestas que ofrecen soluciones a través de la introducción de regulaciones; entre ellas, acuerdos tanto bilaterales como multilaterales sobre delimitación de la jurisdicción en situaciones comunes. Además, organismos como ACNUR proponen la idea de "jurisdicción subsidiaria" donde más de un Estado tendría jurisdicción (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.156), como una forma de reducir dichos riesgos.

Ante todo, el argumento principal del criterio del control efectivo del TEDH está por sobre las calificaciones prácticas. Este argumento fue expresado en *Issa v. Turquía* (TEDH, 2004b, párr.71), donde a pesar de que se consideró que en los hechos el control que tenían las tropas turcas sobre civiles iraquíes en Iraq no era del grado suficiente como para acarrear jurisdicción (Consejo de Europa, 2016, p.6), se estableció que el Artículo 1 del CEDH no se puede interpretar de una forma que permita que se cometan violaciones a los derechos humanos en otros Estados (TEDH, 2004b).

2.4. La extraterritorialidad de la CDFUE

Como exploramos anteriormente, Moreno-Lax y Costello recalcan la diferencia entre el concepto de jurisdicción utilizado en el contexto del derecho internacional público y de aquel utilizado en el contexto de los derechos humanos. En esta sección, volveremos a la concepción de jurisdicción como aquella entendida en el derecho internacional público, para así poder entender cuándo el derecho europeo tiene aplicación extraterritorial, y, en particular, para analizar cuál es el alcance de la CDFUE y las disposiciones de non-refoulement presentes en la normativa secundaria europea.

Los Estados en base a su soberanía y jurisdicción prescriptiva decidieron ser parte de la Unión Europea. Así, es importante entender que las entidades como la Unión Europea no ejercen jurisdicción propiamente tal, sino que tienen la competencia, más que la jurisdicción, para actuar en base a la delegación de facultades que los Estados hacen a ella. Esta delegación se efectuó a través de los Tratados Fundacionales (Moreno-Lax & Costello, 2014, p.1659).

Como exploramos en el capítulo 1, los derechos fundamentales constituyen derecho primario europeo. Así, la CDFUE establece el ámbito de aplicación de la CDFUE en su Artículo 51:

“1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias.” (UE, 2000a)

Como se puede apreciar (y como también se expuso con más detalle en el capítulo 1 al analizar la normativa primaria y secundaria en relación con el asilo y el SECA), los

derechos fundamentales, y en particular la CDFUE, son parte de la normativa europea. Por lo tanto, los derechos fundamentales deben aplicarse en todos los actos que el derecho europeo permita llevar a cabo, incluso si estos actos tienen aplicación extraterritorial. Lo anterior significa que tanto las instituciones de la Unión Europea como también los Estados que aplican dicha normativa europea en sus acciones (tanto territoriales como extraterritoriales) deben respetar los derechos fundamentales establecidos en la CDFUE (Moreno-Lax & Costello, 2014, p.1658). En otras palabras, si en materias particulares del derecho europeo existe la competencia para actuar extraterritorialmente, entonces los derechos fundamentales plasmados en la CDFUE se deben observar en dichas situaciones.

Nos parece de alta relevancia frente a estas conclusiones, el recordar lo revisado en el capítulo anterior con relación al vínculo entre la CDFUE y el CEDH. Si la CDFUE en su Artículo 52.3 (UE, 2000a) establece que el alcance y contenido de los derechos establecidos en la CDFUE será el mismo que el dado en el CEDH, entonces la conclusión a la que Costello y Moreno-Lax han llegado, es fundamental. Si la CDFUE es aplicable en todos los casos en que el derecho europeo tiene competencia, incluyendo su aplicación extraterritorial, y el contenido de la CDFUE es aquel del CEDH, entonces para aquellos defensores de los derechos humanos que se oponen a prácticas llevadas a cabo en el contexto del derecho europeo, parece más directo y útil argumentar la vulneración de non-refoulement por esta vía. Esto, dado que esta vía es más directa que el tener que probar la aplicación extraterritorial del CEDH a través del estándar del control efectivo para hacer valer derechos contemplados en el CEDH.

Lo anterior, por supuesto, conlleva la limitación de que el CDFUE sólo se aplica en relación con las acciones llevadas a cabo por las instituciones de la Unión Europea y respecto de los actos llevados a cabo por parte de los Estados miembros de la Unión Europea en la aplicación de dicha normativa europea. Así, esta vía argumentativa no sería aplicable a otros actos que puedan llevar a cabo los Estados miembros de la Unión Europea como parte de su normativa interna.

Entonces, para poder entender cuál es el carácter extraterritorial de la CDFUE, es necesario analizar cuáles son los casos de extraterritorialidad del derecho europeo. Dado que este estudio se centra en la obligación de non-refoulement, es importante revisar la normativa migratoria y de asilo europea, en particular. Como se analizó en el capítulo anterior, las directivas y reglamentos que forman la mayor parte del SECA tienen aplicación

dentro del territorio de la Unión Europea, y de forma excepcional se extienden hasta afuera de las fronteras de la Unión Europea (FRA, 2015, p.36). De más está decir que el principio de non-refoulement debe ser respetado en la aplicación de toda la normativa que compone el SECA.

Es de relevancia para nuestro estudio de la extraterritorialidad, el Código de Fronteras Schengen, el que en su Artículo 2.2 utiliza un criterio territorial, definiendo las fronteras exteriores como *“las fronteras terrestres de los Estados miembros, incluidas las fronteras fluviales, lacustres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos, fluviales y lacustres, siempre que no sean fronteras interiores”* (Parlamento Europeo y Consejo, 2006). Sin embargo, Moreno-Lax & Costello (2014, p.1676-1677) destacan que en el Anexo VI del Código de Fronteras Schengen, se produce un cambio desde el enfoque territorial para delimitar fronteras, a uno más funcional. Así, la sección 1.2.2 del Anexo VI establece que en el tráfico ferroviario se podrán realizar inspecciones de pasajeros, incluso en las *“estaciones situadas en el tercer país en las que suban los pasajeros al tren”*; como también *“a bordo del tren en el trayecto entre las estaciones situadas en el territorio de un tercer país y las estaciones situadas en el territorio de los Estados miembros, siempre y cuando los pasajeros permanezcan en el tren.”* (Parlamento Europeo y Consejo, 2006).

De igual forma, la sección 3.1.1 del Anexo VI al Código de Fronteras Schengen establece que al realizar inspección en el tráfico marítimo *“3.1.1. Las inspecciones de los buques tendrán lugar en el puerto de llegada o de salida, o en una zona destinada a tal fin situada en las inmediaciones del buque, o a bordo del propio buque en las aguas territoriales según las define la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Los Estados miembros podrán celebrar acuerdos con arreglo a los cuales las inspecciones podrán efectuarse asimismo durante el trayecto que realice el buque, o bien a la llegada de éste al territorio de un país tercero o a la salida de este de dicho territorio, respetando los principios establecidos en el punto 1.1.4.”* (Parlamento Europeo y Consejo, 2006). En ambos casos podemos observar la aplicación extraterritorial del derecho europeo, y, por lo tanto, podemos decir con seguridad que en estas situaciones la CDFUE es aplicable.

Asimismo, a través de los tratados de control migratorio, donde se delimita qué Estado estará a cargo del control migratorio en mar territorial, como también extraterritorial, se entiende que la Unión Europea tiene competencia para actuar extraterritorialmente (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.106). En todos estos casos, los Estados miembros de la Unión

Europea y las instituciones de la Unión Europea están obligados a observar los derechos fundamentales (y, en particular para nuestro caso, la obligación de non-refoulement).

A lo largo de este capítulo, se ha podido observar cómo el alcance territorial de la obligación de non-refoulement ha sido determinado en el derecho internacional de los refugiados en el Artículo 33, para entender que esta obligación si tiene aplicación extraterritorial. En segundo lugar, se ha podido analizar cómo la obligación de non-refoulement, en cuanto a su aplicación más amplia a través del Artículo 3 del CEDH, puede tener aplicación extraterritorial en aquellos casos en que se establezca la existencia de un control efectivo por parte del Estado acusado de vulnerar dicha obligación. Finalmente, se ha expuesto cómo la CDFUE es aplicable en conjunto con la normativa europea que tiene carácter extraterritorial. Así, particularmente en materia migratoria y de asilo, la obligación de non-refoulement como parte de la CDFUE, debe ser respetada por las instituciones y Estados miembros de la Unión Europea al aplicar derecho europeo.

A continuación, se revisarán las principales políticas migratorias y de asilo utilizadas en la Unión Europea para determinar si dichas políticas, tanto en la teoría como en la práctica, se apegan al alcance de la obligación de non-refoulement, conforme a lo explorado tanto en este capítulo como en el capítulo anterior.

CAPÍTULO 3.

NON-REFOULEMENT EN LA PRÁCTICA: MEDIDAS Y POLÍTICAS DE CARÁCTER CONTROVERTIDO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS MIEMBROS.

3.1. Introducción: la razón de ser de las medidas de control de la migración.

En los capítulos anteriores, hemos explorado cuál es el alcance de la obligación de non-refoulement, tanto material como su aplicación territorial. En este capítulo, lo explorado en los capítulos anteriores será puesto en práctica al analizar si las políticas actuales llevadas a cabo por los Estados miembros de la Unión Europea, como por la Unión Europea misma, cumplen con la obligación de non-refoulement.

De forma específica, se analizará el caso del acuerdo de la Unión Europea con Turquía, las gestiones y operaciones coordinadas por Frontex, las sanciones a los transportistas y los funcionarios de enlace de inmigración, los conceptos de “País de Origen Seguro”, “Tercer País Seguro” y “Primer País de Asilo” y las devoluciones en masa en la frontera; medidas llevadas a cabo por la Unión Europea y por sus Estados miembros. Lo que tienen en común estas medidas, son el carácter extraterritorial de su aplicación, toda vez que se ejercen ya sea fuera de las fronteras territoriales de los Estados miembros o en la frontera misma. Como consecuencia de lo anterior, estas medidas y políticas tienen en común que afectan al solicitante de asilo antes o incluso al mismo tiempo en que tiene la oportunidad de expresar su deseo de solicitar asilo, y, por lo tanto, son temporalmente anteriores a que se inicie el procedimiento de solicitud de asilo.

Dentro de las razones enunciadas para justificar estas medidas, se incluyen la necesidad de llevar a cabo un manejo más eficiente de los flujos migratorios, la necesidad de fortalecer las regiones de donde se originan los refugiados y de proteger a ciudadanos europeos de potenciales riesgos asociados con el ingreso de refugiados a la Unión Europea. Este no es un fenómeno nuevo. Como se expuso en el capítulo 1, la “securitización” de la migración se manifiesta en el Tratado de Ámsterdam (UE, 1997), el que vinculó el control de las fronteras externas con el asilo, la inmigración y la prevención del crimen, acentuándose aún más después de los ataques a las Torres Gemelas en el año 2001 (Fathimath Afeef, 2006, p.17).

Sin embargo, detrás del discurso oficial, pareciera que estas medidas desean derechamente reducir la cantidad de solicitantes de asilo que están bajo el amparo del derecho europeo, como del derecho interno de los Estados miembros de la Unión Europea. Lo anterior, dado que al encontrarse bajo el amparo de un Estado (dentro de su jurisdicción), hay una serie de obligaciones que se gatillan para dicho Estado. Autores como Gibney destacan la paradoja, al develar que se recurrió a estas políticas como reacción al incremento en el nivel de protección y desarrollo del contenido material de los derechos humanos de los solicitantes de asilo (Fathimath Afeef, 2006, p.4). Lo anterior es útil para entender la razón de ser de estas medidas.

Sin embargo, es importante recordar que las políticas de corte extraterritorial se remontan a la década de los 80, (como expusimos respecto al caso *Salé* (USSC, 1993) en el capítulo 2) y que no son políticas que surgieron únicamente en reacción directa a las olas migratorias recientes. También es justo recalcar, que, frente a este tipo de medidas, también existen diferencias entre los Estados miembros de la Unión Europea. Así, y a modo de ejemplo, tanto la Comisión Europea como el Estado de Suecia estuvieron en contra de la propuesta del Reino Unido en el año 2003, de instaurar centros de procesamiento de solicitudes de asilo de carácter extraterritorial, mientras que Estados como Dinamarca y Holanda apoyaron la propuesta (Fathimath Afeef, 2006, p.4).

Autores como Noll consideran que el carácter extraterritorial de estas medidas genera la percepción de un Estado de Excepción, donde los derechos de los refugiados aún no son válidos, y, por lo tanto, se encuentran suspendidos (Fathimath Afeef, 2006). Como vimos extensamente en el capítulo anterior, el carácter extraterritorial de actos y medidas no exime a los Estados de sus obligaciones de derechos humanos, y en particular, de la obligación de non-refoulement. De otra forma, los Estados no gastarían recursos en utilizar estas medidas, toda vez que sería legítimo y legal el rechazar a solicitantes de asilo a través de actos de expulsión de facto.

A pesar de lo anterior, el efecto de la percepción por parte de las autoridades, de la sociedad civil, de los medios de comunicación, de la ciudadanía y de los refugiados mismos de las políticas extraterritoriales propagan la idea de que fuera del territorio nacional no existe derecho aplicable. Esto, asistido además por las dificultades en otorgar asistencia legal a los solicitantes y en impugnar actos ilegales en el momento mismo en que suceden, debido a la distancia física entre los lugares dificultan la protección de los derechos de las

personas. Además, en particular las practicas existentes al momento de determinar cuál Estado es el que tiene jurisdicción, contribuyen a oscurecer las vías de fiscalización efectiva de los actos que resultan en refoulement.

En las próximas secciones realizaremos un análisis de cada medida o política desde un punto de vista tanto teórico, como desde su aplicación práctica. Con esto, nos referimos a que se evaluará la adscripción de las normas que regulan cada medida para determinar si estas velan o no por la obligación de non-refoulement, para luego analizar si, a pesar de que dichas normas velan por la protección de la obligación de non-refoulement, en su aplicación práctica estas políticas y medidas implican el incumplimiento de esta obligación.

3.2. Acuerdos bilaterales de control migratorio: el caso de Turquía con la Unión Europea.

Existen una serie de acuerdos sobre control migratorio entre diferentes Estados de la Unión Europea con otros Estados. Por ejemplo, existen acuerdos entre Italia y Libia, entre España y Senegal y entre Turquía y Grecia (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.37). De igual forma, la Unión Europea como organismo supranacional también ha firmado acuerdos, por ejemplo, con Marruecos en el año 2013, el cual que establecía el intercambio de apoyo económico con Marruecos a cambio de fiscalización y control migratorio de inmigrantes, antes de que estos accedieran al territorio marítimo europeo (Jones, 2016, p.15). El contenido de cada acuerdo difiere, pero en general requieren que un Estado fronterizo de la Unión Europea lleve a cabo control migratorio, evitando la entrada ilegal de personas al territorio europeo. También, estos acuerdos generalmente permiten que funcionarios del Estado europeo puedan ingresar al territorio marítimo del otro Estado con el fin de asistir en el control migratorio.

El acuerdo más significativo y reciente, es el Acuerdo Entre Turquía y la Unión Europea, el 18 de marzo de 2016 (Consejo Europeo, 2016). A pesar de que el acuerdo se firmó entre Turquía y la Unión Europea, el contenido del acuerdo hace referencia a la relación específica entre Turquía y Grecia. El Acuerdo Entre Turquía y la Unión Europea contempla el devolver a personas que han llegado de forma ilegal, y en particular, desde Turquía a las islas griegas, a cambio de flexibilizar el régimen de visas para ciudadanos turcos que viajan a Europa, y de asistencia financiera de la Unión Europea a Turquía. Parte esencial de este acuerdo es el envío, desde Turquía, hacia un Estado de la Unión Europea de una persona de nacionalidad siria cuya calidad de refugiado ya se ha determinado, a

cambio del retorno a Turquía de una persona que no cumple con los requisitos necesarios para ser admitido en Grecia. Ya en enero de 2017, 777 personas habían sido devueltas a Turquía desde Lesbos, Chíos, Kos y Samos (Tunaboylu & Alpes, 2017, p. 84). Por su parte, la Unión Europea ha recibido a 2,761 refugiados de Turquía, lo cual no cumple con los 72,000 espacios contemplados en el punto 2 del acuerdo (Rankin, 2016).

Hay una serie de casos en los que una persona califica para ser devuelta a Turquía bajo este acuerdo. A saber: no solicitar asilo, el retirar una solicitud de asilo en Grecia y que una persona haya sido rechazada en la fase de admisibilidad. Para este estudio, son relevantes las reglas de la Directiva Sobre Procedimientos de Asilo Revisada (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2013), la cual en su Artículo 33, regula la fase de admisibilidad de una solicitud de asilo. Hay dos causales que son más bien claras y directas, el que ya exista una decisión negativa de la solicitud de asilo y segundo, que otro Estado haya ya otorgado protección al solicitante.

Sin embargo, dos de las causales del Artículo 33 para declarar inadmisibile una solicitud de asilo son controvertidas. La primera, requiere que se considere que la persona viene de un país que no sea un Estado miembro, y que dicho país, se considere el primer país de asilo del solicitante. La segunda, requiere que se considere que la persona que solicita asilo estuvo anteriormente en un Estado (no miembro de la Unión Europea) que se considere que es un tercer país, seguro para el solicitante (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2013). Entonces, para un solicitante en particular, y a la luz de este acuerdo, Turquía podría ser considerada como el primer país de asilo o como tercer país seguro del solicitante.

En cuanto al acuerdo mismo y su respeto por la obligación de non-refoulement, es importante mencionar que el acuerdo simple y acotado. Debido a esto, la Comisión Europea, en una comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo Europeo, reconoce que el contenido de este tratado debe respetar el derecho internacional, y el derecho europeo (Comisión Europea, 2016, p.2). Como sabemos, la obligación de non-refoulement es parte tanto del derecho internacional como del derecho europeo y se debe, por lo tanto, tener en consideración, incluyendo su alcance material y territorial.

Respecto a las causales de primer país de asilo o tercer país seguro, la misma Comisión recordó que se debe asegurar que los Estados considerados como primer país de asilo o tercer país seguro, cumplan con los estándares mínimos de respeto a los derechos humanos. Finalmente, la Comisión menciona la necesidad de adaptar los procedimientos,

tanto en Turquía como en Grecia, en particular a los procedimientos de apelación (Comisión Europea, 2016, p.3-4). Lo anterior es alarmante, dado que estas reformas deberían haberse implementado antes de la implementación del acuerdo.

Frente a lo anterior, hay una serie de comentarios que se deben realizar con relación al respeto de la obligación de non-refoulement. En primer lugar, para poder llevar a cabo el acuerdo en la práctica, existe un sistema de administración de las personas en las islas griegas. Este sistema, consiste, inicialmente, en la detención y limitación del movimiento de estas personas en las islas griegas. Grecia en el 2017 contaba con seis centros de “pre-expulsión”, con espacio para un total de 5215 personas (ECRE, 2017b), las cuales esperan en estos centros para pasar por una fase de admisibilidad. Para poder llevar a cabo un análisis inicial de su admisibilidad se formuló la creación de un procedimiento acelerado (Comisión Europea, 2016, p.4). Este procedimiento acelerado analiza si dichas personas cumplen con alguna de las causales para ser devueltas a Turquía, y al ser acelerado puede llevar a un análisis apresurado de las solicitudes de asilo, y, por lo tanto, aumenta el riesgo de refoulement. Esto, dado que un procedimiento apresurado no permite el análisis detenido de las condiciones particulares de potenciales vulnerabilidades que impedirían que se considerara a Turquía como un tercer país seguro o primer país de asilo.

Este procedimiento descrito anteriormente, se traduce en que los solicitantes de asilo deben iniciar su solicitud, primero y, ante todo, comprobando que Turquía no es ni un primer país de asilo ni tercer país seguro, para solo posteriormente alegar las razones de por qué deberían recibir protección como refugiados. Además, debido a la falta de asesoría legal a las personas en esta etapa de su solicitud en Grecia (dado que además la circulación de las personas en esta etapa está restringida dentro de los campamentos o de cada isla), las personas no están informadas sobre la necesidad de comprobar que Turquía no es un primer país de asilo o tercer país seguro.

Conviene en segundo lugar hacer un comentario respecto a la causal de devolución por no haber solicitado asilo o por haber retirado la solicitud de asilo. A pesar de parecer un requisito razonable, es importante mencionar que, en la práctica, existen muchos casos donde personas que efectivamente son refugiados se encuentran separados de sus hijos o cónyuges, quienes están en otros Estados europeos. En estos casos, el procedimiento regular para dichas personas es el registrarse y solicitar asilo en Grecia, y en ese mismo momento, solicitar reunificación familiar a través del régimen del Reglamento de Dublín (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2013), explorado en el capítulo 1.

El problema con la vía regular es que dicha reunificación es muy lenta y ante la urgencia de acudir a familiares en otros Estados europeos, es común que individuos no soliciten asilo o retiren dicha solicitud para avanzar hacia el Estado donde se encuentran sus familiares (Tsiakka, 2017, p.2). En estos casos en particular, estaríamos en una situación donde alguien con una legítima necesidad de protección, se encuentra en la potencial posibilidad de ser enviado a Turquía. Hubiese sido deseable que la Unión Europea hubiese tomado en consideración las grandes falencias del régimen de Dublín al regular este acuerdo.

En tercer lugar, aunque el caso sea bien evaluado, existe el riesgo de refoulement indirecto por parte de las autoridades turcas, desde Turquía a otros países. Se ha documentado que, al llegar a Turquía, la policía y oficiales de Frontex llevan a aquellos que no tienen nacionalidad siria a centros de expulsión, en particular al centro llamado Pehlivankoy. Asimismo, una delegación de tres parlamentarios europeos llegó a la conclusión de que ninguno de los refugiados entrevistados en su visita habría podido solicitar asilo ni en Grecia ni en Turquía (Tunaboylu & Alpes, 2017, p.87).

Se registra que sirios que han sido enviados a Turquía han sido transferidos a Adana, en el campamento de Duzici, a 200 kilómetros de Alepo (Tunaboylu & Alpes, 2017, p.86). Amnistía Internacional y Human Rights Watch han documentado el incumplimiento del principio de non-refoulement, registrando deportaciones de sirios por parte de Turquía y el rechazo de personas en la frontera con Siria, incluso, con personal haciendo uso de armas de fuego. Se ha documentado también que en las operaciones de devolución a Turquía desde Grecia, tanto funcionarios griegos como de Frontex han confiscado teléfonos celulares (Tunaboylu & Alpes, 2017, p.84).

Todo lo anterior apunta a que actualmente en Turquía existen posibilidades de que no se realicen los necesarios análisis individuales de las solicitudes de cada solicitante y de que, de facto, se generen retornos grupales de refugiados. Como ya estudiamos en el capítulo 1, las autoridades de la Unión Europea o de los Estados miembros no pueden excusarse argumentando que el acto de refoulement propiamente tal lo hizo otro país, ya que el TEDH ha determinado que el Estado debe asegurarse en cada caso individual, de que no se proceda a refoulement indirecto.

Aún en el caso de que se excluyan los riesgos anteriores, y, en cuarto lugar, el envío mismo a Turquía puede constituir refoulement. Organizaciones de derechos humanos como

Human Rights Watch han considerado que Turquía no debe ser considerado como un tercer país seguro o un primer país de asilo. Esto dado que Turquía tiene una limitación geográfica en su adscripción a la Convención de Ginebra y sólo otorga protección temporal a sirios, afganos y paquistaníes. Aquellos de origen africano, iraquíes, bangladesís y otras nacionalidades quedan excluidos de esta protección (HRW, 2016).

Adicional a lo anterior, el punto 2 del Acuerdo entre Turquía y la Unión Europea (Consejo Europeo, 2016) poder ser sujeto de relevantes críticas. Dicho punto hace referencia al intercambio entre deportados hacia Turquía, a cambio de un sirio “legítimo” a la Unión Europea. Al decidir cuáles son los sirios que se enviarán a la Unión Europea, el punto 2 del Acuerdo entre Turquía y la Unión Europea (Consejo Europeo, 2016) menciona que se le dará prioridad a aquellos que no hayan entrado o no hayan intentado previamente entrar a la Unión Europea irregularmente (Consejo Europeo, 2016). Esto es altamente preocupante, toda vez que existen casos legítimos de personas que entraron a la Unión Europea irregularmente y como sabemos, la Convención de Ginebra establece en su Artículo 31(AGNU, 1951), que no se sancionará la entrada ilegal de refugiados.

Igualmente, el acuerdo es problemático dado que incentiva a discriminar tanto a otros refugiados sirios con historial de entrada irregular a la Unión Europea, como a otros solicitantes que no son sirios. Se puede incluso argumentar que la esencia del acuerdo es de carácter discriminatorio y que no existen garantías procesales para asegurar que aquellos que se encuentran en Turquía en peligro tengan la posibilidad de solicitar asilo en Estados de la Unión Europea u otro Estado donde estén seguros.

Conforme al contenido del alcance material de non-refoulement establecido en el capítulo 1, el Acuerdo entre la Unión Europea y Turquía vulnera el principio de non-refoulement en su propio contenido, al incluir cláusulas discriminatorias donde se otorga preferencia a otras razones, como la nacionalidad o el historial previo, por sobre la determinación individual del riesgo al que se encuentra expuesta una persona. Además, en la práctica el acuerdo vulnera la obligación de non-refoulement al no exigir la instauración de procedimientos y garantías procesales para asegurar el análisis de solicitudes individuales y otorgar asistencia jurídica, para que los solicitantes puedan preparar sus solicitudes. Asimismo, no existen garantías de que en Turquía no se produzcan devoluciones indirectas, como tampoco que el trato otorgado a las personas devueltas cumpla con los estándares que revisamos en el capítulo 1 para evitar el refoulement.

Para determinar qué Estado tiene jurisdicción, y, por lo tanto, debe observar que se cumpla con la obligación de non-refoulement en los actos llevados a cabo bajo el amparo de este tratado, debemos mirar a lo explorado en el capítulo 2. Así, tanto Grecia como Turquía deben velar por el cumplimiento de la obligación de non-refoulement. Grecia tiene jurisdicción al realizar el procedimiento de admisibilidad, al recibir y al devolver a personas a Turquía, incluso de forma extraterritorial (por ejemplo, al trasladar personas dentro del territorio marítimo turco). Lo anterior, en base tanto al criterio del control efectivo como también debido a que, hasta ese punto, se ejerce la competencia en base al derecho europeo. En el momento en que dichas personas se encuentran bajo control efectivo de las autoridades turcas, Turquía pasa a tener control efectivo, y como miembro del Consejo de Europa, debe regirse por el CEDH.

En cuanto a poder llevar ante la justicia las vulneraciones de los derechos fundamentales que emanan de este acuerdo, es importante mencionar que, en febrero de 2017, se presentó una acción de nulidad en contra de este acuerdo, en los casos *T-192/16*, *T-193/16* y *T-257/16 NF, NG y NM Contra el Consejo Europeo*. El TJUE estableció que no tenía jurisdicción para decidir sobre dicha acción de nulidad, dado que el acuerdo no es considerado un acto de una institución de la Unión Europea, sino que un acuerdo de los Estados Miembros de la Unión Europea (Danisi, 2017).

Esto no sorprende, si entendemos que Turquía ve en la asistencia migratoria que facilita una herramienta para progresar en el proceso de su incorporación a la Unión Europea, idea controvertida entre los Estados miembros. Formalizar este intercambio de beneficios (asistencia migratoria por el ingreso a la Unión Europea) en un acuerdo con naturaleza jurídica vinculante a las instituciones europeas, no era algo esperable. El carácter informal de este tipo de acuerdos facilita su término en caso de que sea necesario, y además estos acuerdos suelen caracterizarse por su escasa transparencia (Braswell, 2006, p.14-15).

A pesar de que la naturaleza jurídica de este tipo de acuerdos es debatible y materia a discutir en otro trabajo más detenidamente, es importante mencionar que, en cualquier caso, los actos unilaterales llevados a cabo, ya sea por instituciones de la Unión Europea bajo este acuerdo o, por Estados en concordancia con operaciones coordinadas por la Unión Europea bajo este acuerdo, sí pueden ser llevados ante el TJUE (Danisi, 2017). Además,

aquellos cuyos derechos han sido vulnerados, pueden recurrir ante el TEDH, por vulneraciones llevadas a cabo en este caso por Grecia y Turquía.

Una consecuencia negativa impensada de este acuerdo es que, desde el inicio del Acuerdo entre Turquía y la Unión Europea, aquellos que transportan a refugiados a Europa han optado por otras rutas más largas y más peligrosas y por el uso de transporte más precarios para evitar detección, según lo recalcó ACNUR (Dearden, 2016). Esta alarmante revelación nos lleva a analizar las operaciones de intercepción llevadas a cabo por Frontex de naves y balsas que intentan llegar a Europa, en la próxima sección.

3.3. Las operaciones de vigilancia coordinadas por Frontex.

Frontex nace en el año 2005 como una agencia de la Unión Europea, con el fin de velar por el control fronterizo de la misma (Heijer, 2012, p.180). Sus operaciones iniciales fueron “Gate of Africa”, “Indalo” y “Hera”, fiscalizando la entrada de inmigrantes ilegales, desde Marruecos, a España. Frontex fue reformado en el año 2011 tras críticas al funcionamiento de la agencia. Así, se incluyeron en la normativa que regula a la agencia de forma más explícita obligaciones de derechos fundamentales que la agencia debe observar al realizar sus operaciones (FRA, 2015, p.27).

Después de la Guerra civil en Libia, el control migratorio ejercido anteriormente por las autoridades de Libia cesó. Como producto de esto, los flujos migratorios hacia Europa se movieron hacia Lampedusa, Malta e Italia, momento en el cual las operaciones “Heres”, “Nautilus” y “Triton” comenzaron a vigilar esas zonas. Esto cambió en el año 2015, debido a la guerra civil en Siria. Las rutas más comunes de entrada a Europa cambiaron, por lo que las rutas más comunes pasaron a ser desde Turquía a Grecia y de los Balcanes a Hungría. El número de personas cruzando el mar Egeo se multiplicó por diez entre el 2014 y 2015. Frente a esto, Frontex comenzó a vigilar el este del mediterráneo en las operaciones llamadas “Poseidón” y “Aeneas” (Jones, 2016, p.23-24).

En el año 2015, frente a la “crisis de refugiados”, la Comisión Europea propuso darle más atribuciones a Frontex, que además pasó a llamarse Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas, la que ahora trabaja en conjunto con todos las Guardias de Fronteras y Costas de los Estados de la zona Schengen. Así, Frontex lleva a cabo operaciones propias, coordina operaciones con funcionarios de los Estados Europeos y también los asiste en sus propias operaciones. Funcionarios de Frontex asisten a los Estados en la identificación de

migrantes, en la adquisición de documentos de identidad, en las determinaciones de nacionalidad y de país de origen, en identificar a personas en necesidad de protección y en referirlos a las autoridades nacionales (Maniar, 2016).

Es de vital importancia mencionar que la agencia también tiene facultades para realizar operaciones de vigilancia, en los casos donde los Estados miembros no tienen los recursos para hacerlo, e incluso, pueden llevar a cabo operaciones más allá de las fronteras marítimas europeas (Fotiadis, 2016). Así, Frontex ha coordinado 232 operaciones, estando involucrado en la devolución de 10,700 personas (Frontex, 2017). Como vemos, la importancia del trabajo de Frontex no es menor.

En el año 2016, Amnistía Internacional denunció un incidente de retorno aéreo por parte de funcionarios de Frontex de adultos y niños sirios desde la isla griega Kos hacia Adana en Turquía, señalando que los sirios deportados estaban expuestos a un riesgo de persecución en Turquía (Amnistía Internacional, 2016). Hasta antes del 2016, no existía un mecanismo directo para reclamar contra las medidas particulares de Frontex. Además, Frontex ha consistentemente argumentado que son los Estados miembros los responsables en sus operaciones, dado que como agencia ellos solo tienen un rol de coordinación y asistencia (Fotiadis, 2016). La Comisión Europea incorporó un mecanismo de reclamo. Sin embargo, los reclamos son revisados por el Director Ejecutivo de la agencia, lo que hace que este mecanismo tenga serios problemas de imparcialidad y transparencia (Fotiadis, 2016).

En relación con la obligación de non-refoulement, la OEAA, órgano cuyo fin es asistir en el manejo de solicitudes de asilo en toda la Unión Europea, ha recalcado que los funcionarios de Frontex deben otorgar información sobre los derechos fundamentales a sus usuarios y respetar los derechos de aquellos en necesidad de protección, guiándolos respecto a los procedimientos adecuados para solicitar asilo (OEAA, 2016, p.2). La OEAA también fue clara en establecer que la obligación de non-refoulement, obliga a todos los organismos estatales, como también a cualquier persona o entidad que actúa en su nombre, y que esta obligación se debe observar en toda forma de expulsión, ya sea en la deportación o en la devolución de personas en la frontera, como también en casos de refoulement indirecto (OEAA, 2016, p.3). Como podemos ver, las instrucciones de la OEAA son un resumen del desarrollo del principio de non-refoulement que se desglosó en el primer capítulo. Esto además se encuentra contemplado en los Artículos 3a y 6 del Código de Fronteras Schengen (Parlamento Europeo y Consejo, 2006).

Los casos más relevantes para nuestro estudio, en relación con potenciales violaciones al principio de non-refoulement, son la intercepción y rescate de personas en el mar y la intercepción y la posterior devolución de barcos y balsas. El primer tipo de intercepción es el caso de rescate de balsas o barcos que se encuentran en estado de emergencia, ya sea a punto de zozobrar, o en presencia de una crisis a bordo. El segundo caso, es la intercepción de barcos y balsas que se encuentran cruzando el mar con el fin de llegar a Europa, usualmente de forma ilegal.

Respecto a ambos casos, es importante mencionar que el Artículo 25 de la Convención de las Naciones Unidas Sobre el Derecho del Mar (NU, 1982) establece que los Estados están facultados para adoptar normas y reglamentos en su mar territorial que impidan el paso “no inocente” de barcos. Asimismo, en la zona contigua, los Estados pueden tomar medidas para prevenir, entre otras cosas, la violación de sus normas migratorias conforme al Artículo 33 de la Convención de las Naciones Unidas Sobre el Derecho del Mar (NU, 1982) (Scovazzi, 2015, p.179, 184). Finalmente, conforme al Artículo 8.7 del Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes (AGNU, 2000), los barcos sin nacionalidad se pueden abordar y revisar, conforme al derecho internacional. Esto es importante por dos razones. En primer lugar, al ejercer cualquiera de estas facultades, el Estado en cuestión estaría ejerciendo jurisdicción. En segundo lugar, la normativa misma es clara en establecer que estas facultades se ejercen sin perjuicio del derecho internacional, por lo que se va a exigir que el Estado en cuestión vele por resguardar el principio de non-refoulement al actuar.

También es de interés el hecho de que, conforme al Artículo 8.2-6 del Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, estarán permitidas la intercepción, el abordaje y otras medidas si se sospecha el tráfico ilegal de personas a cargo de un barco de otro Estado, pero con la autorización y dirección de la bandera del barco interceptado. Esto es relevante porque significa que el Estado que dirige y autoriza sería el responsable de velar por que las medidas tomadas cumplan con la obligación de non-refoulement. Por otra parte, si el Estado que intercepta no fue autorizado para llevar a cabo un acto o medida, entonces éste será responsable en caso de que dichas medidas resulten en refoulement.

Respecto al caso de intercepción y rescate, cabe mencionar, que, si bien las obligaciones de rescate no son parte de nuestro estudio, bajo el derecho del mar existe la obligación de rescatar a aquellos que se encuentran en el mar y necesitan auxilio. Los miembros del Convenio Internacional Sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos (OMI, 1979)

tienen la obligación de desembarcar a las personas rescatadas. Así, el Estado que rescata tiene la obligación principal de coordinar el desembarque (Heijer, 2012, p.141-143). Lo anterior es importante, porque el Estado que tiene dicha obligación primaria estaría ejerciendo jurisdicción de acuerdo a tratado, y, en el caso de que no exista tratado, el país que tiene dicha obligación primaria tiene jurisdicción al tener el control efectivo (Thomson Reuters Foundation, 2016, p.34), lo que significa, en otras palabras, que dicho estado tiene la obligación principal de velar por los derechos fundamentales del CEDH y la CDFUE, incluyendo non-refoulement.

Así, al rescatar a personas se les debe informar sobre las posibilidades de obtener protección, y, en el caso de solicitar asilo, de ser puesto a disposición de las autoridades que le darán acceso al procedimiento de asilo. Para esto, muchas veces es necesario hacer un análisis de nacionalidad y país de origen. Existe consenso por parte de organizaciones no gubernamentales que han investigado esta materia, que el rol que los funcionarios de Frontex cumplen va más allá de la asesoría y que muchas veces las autoridades nacionales simplemente aprueban decisiones sobre la nacionalidad de una persona basadas en las conclusiones a las que llegó el funcionario de Frontex (Maniar, 2016). Además, si las personas no necesitan solicitar asilo o a prima facie no califican para aquello, se debe hacer una evaluación del riesgo de non-refoulement al momento de devolverlos o desembarcarlos en otro Estado (Thomson Reuters Foundation, 2016, p.25).

Respecto al uso de intercepción y retorno de balsas o barcos sin abordaje, es importante mencionar que estos casos no son poco comunes. A modo de ejemplo, la policía fronteriza de Turquía ha cooperado con Frontex e interceptó, hasta el 2015, cerca de 60.000 refugiados intentando cruzar el mar, sin registro de análisis de vulnerabilidad o necesidades de solicitar asilo (Parkes, 2015, p.2). Asimismo, en las misiones de intercepción y retorno cerca de las Islas Canarias coordinadas por Frontex en el marco del acuerdo entre España con Cabo Verde, Senegal y Mauritania para poder vigilar en sus zonas contiguas, 3.665 personas fueron retornadas el 2006 sin posibilidad de solicitar asilo (Heijer, 2012, p.126-127).

En el caso de que la intercepción se de en aguas internacionales, como examinamos en el capítulo 2, cuando las agencias de la Unión Europea tienen competencia extraterritorial, como es el caso de Frontex acá, las obligaciones de derechos humanos también tienen ese carácter extraterritorial y deben ser observadas. Si la intercepción y

rescate (o devolución) es efectuado por personal que no es de Frontex, entonces es aplicable el criterio del control efectivo.

En el caso *Hirsi Jamaa y Otros Contra Italia* (TEDH, 2012), un grupo de personas abandonaron Libia en un barco para llegar a Italia. Durante la travesía, fueron interceptados por la policía de aduanas y guardacostas italiana. Al ser interceptados, se les devolvió a Libia, dado que existía un acuerdo bilateral entre ambos Estados países. El TEDH (2012, párr.81) estableció claramente que el acto de intercepción implicaba el control efectivo del barco, y, por lo tanto, Italia acarrea la jurisdicción del Estado desde la intercepción hasta la devolución de las personas. También, se estableció que la devolución en el mar sin otorgar asistencia para poder solicitar asilo se equipara a una expulsión colectiva (Papanicolopulu, 2013, p.40.41). Finalmente, el TEDH (2012, párr.157) estableció incluso que, bajo la premisa de que los afectados no hayan deseado solicitar asilo, esto no significa que el Estado que devuelve no tenga la obligación de analizar las condiciones del país a donde se envían a los interceptados (Thomson Reuters Foundation, 2016, p.24).

Finalmente, es importante mencionar que Frontex argumenta que, en sus operaciones de coordinación, los Estados son los responsables de cualquier vulneración a los derechos humanos. Ante esto, los hechos de cada caso se vuelven indispensables, toda vez que si en los hechos los guardias o funcionarios de Frontex se incorporaron a la estructura de comando y jerarquía del Estado miembro, estos funcionarios deben seguir las órdenes de ese Estado (Heijer, 2012, p.181). En este sentido, los Estados Miembros tienen la obligación final de velar por el cumplimiento de la obligación de non-refoulement en los actos llevados a cabo por funcionarios de Frontex.

3.4. La determinación de vulnerabilidad extraterritorial: Sanciones a los transportistas y los funcionarios de enlace de inmigración.

Actualmente, existen dos casos donde se efectúa un análisis previo de vulnerabilidad o de la necesidad de protección de forma extraterritorial. El primer caso, es el de las sanciones a los transportistas. El segundo, es el caso de los funcionarios de enlace de inmigración.

Las sanciones a los transportistas implican que funcionarios privados de empresas transportistas como, por ejemplo, líneas aéreas, deben realizar un análisis de la documentación de las personas para asegurarse que estas tengan la documentación

correcta para entrar al Estado de destino, siendo sancionados en caso de que permitan el abordaje de personas sin los documentos requeridos (Collinson, 1996, p.80). Así, el Artículo 26 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen establece que:

“1. Sin perjuicio de los compromisos resultantes de su adhesión a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 relativa al Estatuto de los refugiados, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, las Partes contratantes se comprometen a introducir en su legislación nacional las siguientes normas:

a) Si se negara la entrada en el territorio de una Parte contratante a un extranjero, el transportista que lo hubiere llevado a la frontera exterior por vía aérea, marítima o terrestre estará obligado a hacerse cargo de él inmediatamente. A petición de las autoridades de vigilancia de fronteras, deberá llevar al extranjero al tercer Estado que hubiere expedido el documento de viaje con que hubiere viajado o a cualquier otro tercer Estado donde se garantice su admisión.

b) El transportista estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para cerciorarse de que el extranjero transportado por vía aérea o marítima tenga en su poder los documentos de viaje exigidos para entrar en el territorio de las Partes contratantes.

2. Sin perjuicio de los compromisos resultantes de su adhesión a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 relativa al Estatuto de los refugiados, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, y respetando su derecho constitucional, las Partes contratantes se comprometen a establecer sanciones contra los transportistas que, por vía aérea o marítima, transporten, desde un tercer Estado hasta el territorio de las Partes contratantes, a extranjeros que no estén en posesión de los documentos de viaje exigidos.

3. Lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 y en del apartado 2 se aplicará a los transportistas de grupos que realicen enlaces internacionales por carretera en autocar, con excepción del tráfico fronterizo.” (UE, 1990) (Énfasis de la autora).

Como podemos observar, el riesgo más importante de este tipo de medidas es que, al delegar una tarea administrativa propia del Estado a funcionarios privados, cuyo incentivo es esencialmente económico y quienes además no han tenido entrenamiento en materias de

asilo, se impidan legítimas solicitudes de asilo, y que, por lo tanto, dicho rechazo constituya *refoulement*. El *refoulement* se gatillaría en el momento en que se le reúsa el abordaje a una persona. Mas allá de esto, existe un conflicto de esta medida con el Artículo 31 de la Convención de Ginebra (AGNU, 1951), que precluye las sanciones a las personas que entran de forma ilegal, con el fin de solicitar asilo.

El Artículo 26 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (UE, 1990) es claro en que dicha normativa es aplicable sin perjuicio de la Convención de Ginebra, por lo que se debe velar por el *non-refoulement*. Por lo anterior, para Heijer, la referencia a “los documentos de viaje exigidos”, y no a visas autorizadas explícitamente por el Estado, hace referencia a las exigencias del Código de Fronteras Schengen, el cual incorpora la normativa del derecho de los refugiados respecto de que no siempre es exigible tener una visa (Heijer, 2012, p.174). Además, la Directiva Sobre Sanciones a los Transportistas (Consejo Europeo, 2001) en su Artículo 4.2. establece que no se aplican penas cuando el indocumentado está solicitando protección internacional (European Union Agency for Fundamental Rights, 2016, p.26). Se puede concluir entonces que en la misma normativa que regula esta materia se incorporan las garantías para que no se infrinja el principio de *non-refoulement*.

De igual forma, se puede concluir que estas garantías rigen tanto en aeropuertos ubicados dentro de la zona Schengen como también en aeropuertos externos, en el caso de viajes con destino en la zona Schengen, por lo que se pueden dar casos de aplicación extraterritorial de esta medida. De más está decir que las zonas de tránsito de los Estados europeos son territorio nacional. Esto se resolvió en el caso *Amuur Contra Francia* (TEDH, 1996a), respecto a la detención y devolución de cuatro solicitantes de asilo desde la zona internacional del aeropuerto Paris Orly (Hathaway & Foster, 2014, p.27). El TEDH (1996^a, párr.52) se pronunció y sentenció que las zonas de tránsito no tienen carácter extraterritorial y que, por lo tanto, la autoridad soberana de Francia era clara (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.117). Como se exploró en el capítulo 2, la obligación de *non-refoulement* se debe respetar en ambas instancias, dado que las obligaciones de derechos humanos plasmadas en la CDFUE se deben observar donde sea que se extienda la competencia del derecho europeo de forma extraterritorial, como lo hace el Código de Fronteras Schengen y el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.

Un primer problema es que, en la práctica, no hay evidencia de que se esté efectuando un análisis previo con relación a la necesidad de solicitar asilo (Heijer, 2012, p.175). Tampoco parece razonable dejar esta labor a personal privado, que no haya tenido

entrenamiento en identificar a personas vulnerables, pues se guían por criterios de otro tipo. Por ejemplo, se ha registrado el uso de procedimientos apresurados con el fin de no tener que pagar por el alojamiento de una persona rechazada (Basaran, 2008, p.159). Además, este tipo de medidas incentivan a personas con legítima necesidad de solicitar asilo a tomar rutas más peligrosas de entrada a la Unión Europea.

Un segundo problema es el de atribución de responsabilidad, toda vez que en este caso los funcionarios que efectúan el *refoulement* serían funcionarios de una empresa privada. Surge la pregunta, entonces, sobre la atribución de responsabilidad de acciones de privados al Estado, lo cual se revisará en el capítulo 4.

Otra instancia donde se efectúa un análisis previo de vulnerabilidad o de necesidad de protección de forma extraterritorial es el caso de los llamados funcionarios de enlace de inmigración. Estos son funcionarios enviados por Estados miembros de la Unión Europea a aeropuertos de países ya sea de la misma Unión Europea, como a aeropuertos de Estados que son vía de entrada a la Unión Europea, a barcos que realizan labores de intercepción y también a interactuar con las autoridades consulares de otros Estados (Heijer, 2012, p.177). Estos funcionarios tienen la facultad para recomendar que se impida que ciertas personas aborden un vuelo en base a la falta de documentos, sin que necesariamente se diferencie entre solicitantes de asilo e inmigrantes indocumentados (Heijer, 2012, p.178).

Estos funcionarios se encuentran regulados por el Reglamento No. 493/2011 (Parlamento Europeo y Consejo, 2011b). También existe un Código de Conducta (IATA/CAWG, 2002) para estos funcionarios el cual establece en su punto 2.1. que el rol de estos funcionarios es asistencial más que decisorio. Se establece igualmente en el punto 2.3. del Código de Conducta (IATA/CAWG, 2002), que aquellos que necesitan solicitar asilo se deben derivar a ACNUR, a misiones diplomáticas o a organizaciones no gubernamentales (European Union Agency for Fundamental Rights, 2016, p.24). Sin embargo, este Código de Conducta no es vinculante y el Reglamento, que sí es vinculante, no establece con claridad o de forma exhaustiva las facultades de estos funcionarios, como tampoco establece limitaciones a sus funciones (Heijer, 2012, p.178).

No existe duda de que estos funcionarios deben velar por la obligación de *non-refoulement*, toda vez que conforme al Capítulo 2 hemos establecido que, si las competencias de la normativa europea son extraterritoriales, entonces en dichos actos se debe observar la CDFUE. También se puede argumentar que estamos en un caso de control

efectivo sobre personas, siendo aplicable el CEDH conforme a lo desarrollado en el capítulo 2. El problema en este caso es que existe una persona que interviene en la identificación de necesidades de protección, sin establecerse cuáles son sus facultades o establecer un mecanismo de reclamo frente a irregularidades. Sumado a lo anterior, existe una normativa explícita que crea la figura de estos funcionarios y los autoriza para actuar extraterritorialmente. Adicionalmente, existen acuerdos entre la Unión Europea y otros Estados que permiten que estos funcionarios actúen en su territorio (European Union Agency for Fundamental Rights, 2016, p.26). Todos estos antecedentes apuntan a un control efectivo por parte del Estado que envía al funcionario de enlace.

En el caso de que estos funcionarios solo lleven a cabo recomendaciones, ¿Existe control efectivo por parte de los funcionarios? Pareciere que la respuesta está en los hechos, toda vez que hay situaciones en que las aerolíneas prácticamente dependen de la decisión de un funcionario de enlace, en cuyo caso ellos sí tendrían el control efectivo. Además, cuando estos funcionarios realizan labores en la frontera, se argumenta que estos deben considerarse como guardias fronterizos, que se deben regir por el Código de Fronteras Schengen, con todas las garantías que este establece en materia de non refoulement (Heijer, 2012, p.179).

Surge la duda de, en el caso de que los empleados de una línea aérea no sigan el consejo de un funcionario de enlace de inmigración respecto al rechazo o no de una persona, si se incurre en algún tipo de responsabilidad en caso de que el resultado sea refoulement (European Union Agency for Fundamental Rights, 2016, p.26). En esta situación, habrá que analizar los hechos del caso particular, pero en el caso de que se considere que el funcionario de enlace es el que llevo a cabo el acto de refoulement, es más fácil atribuirle responsabilidad al Estado que lo envió dado que este es un funcionario del Estado.

3.5. Nuevas formas de evitar refoulement, derivando a las personas al amparo de otros Estados: los conceptos de “País de Origen Seguro”, “Tercer País Seguro” y “Primer País de Asilo”.

Como sabemos, un Estado no tiene la obligación de otorgar asilo a una persona. Sin embargo, debe velar por que no se produzca el refoulement de esa persona. Lo anterior, tampoco significa que haya que recibir a dicha persona bajo el amparo del Estado. Esta persona, puede ser enviada a otro país, donde no esté en riesgo de persecución (siguiendo

al Artículo 33 de la Convención de Ginebra) o de ser sujeto a tortura o tratos inhumanos y degradantes (conforme al Artículo 3 del CEDH). Basado en este razonamiento, se han desarrollado conceptos que permiten determinar que otros Estados son los que pueden revisar una solicitud de asilo: los conceptos de “País de Origen Seguro”, “Tercer País Seguro” y “Primer País de Asilo”.

Bajo el concepto de “País de origen seguro”, los Estados configuran listas con los países que se consideran seguros y, por lo tanto, una solicitud de asilo de una persona proveniente de dicho Estado solo será examinada en casos excepcionales, lo que significa que se puede devolver a una persona a dicho Estado, para que solicite asilo ahí, sin que dicho acto constituya refoulement. La Directiva Sobre Procedimientos de Asilo Revisada, en su Artículo 36, establece que se requiere primero, un examen individual de la solicitud, el cual sólo procede si *“no ha aducido motivo grave alguno para que el país no se considere país de origen seguro en sus circunstancias particulares a los efectos de su derecho a ser beneficiario de protección internacional de conformidad con la Directiva 2011/95/UE”* (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2013).

Los Estados de la Unión Europea tienen listas de los Estados que se consideran seguros, las cuales se revisan de forma periódica. De acuerdo con el Artículo 37 de la Directiva Sobre Procedimientos de Asilo Revisada (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2013), estas listas se crean en base al uso de fuentes e información procedente de otros Estados miembros, la OEAA, ACNUR, el Consejo de Europa y otras organizaciones internacionales. Dicha lista se debe notificar a la Comisión Europea.

La idea de tener listas de países de origen seguro es útil, pues facilita un sistema de procesamiento de solicitudes más eficiente. Además, las garantías establecidas más arriba tienen el fin de asegurar que no exista arbitrariedad en la creación de estas listas. Sin embargo, el uso de estas listas es controvertido, dado que la carga de la prueba se vuelve más onerosa para el solicitante de asilo cuyo Estado aparece nombrado en una de estas listas, encontrándose en una condición menos privilegiada producto de su nacionalidad. Junto con lo anterior, las listas de cada país difieren, por lo que los solicitantes de asilo no reciben un trato uniforme a través de la Unión Europea, lo que además es un incentivo para que los solicitantes incurran en “forum shopping” optando por el país donde es más viable que su solicitud sea procesada (Asylum Information Database, 2015, p.2).

Junto con lo anterior, se ha criticado el hecho de que un Estado puede ser seguro para un grupo de personas, pero no para todas. Por ejemplo, el riesgo de persecución para las mujeres o la población LGBTI puede ser alto en un Estado donde el resto de la población no se encuentra en riesgo. Estas sutilezas no siempre están reflejadas en las listas, como tampoco existe uniformidad de criterio en toda la Unión Europea. Por ejemplo, en el Reino Unido, Nigeria, Ghana y Kenia son considerados seguros sólo para los hombres, sin embargo, en Francia, no se hace este tipo de diferencias (Asylum Information Database, 2015, p.4).

El concepto de “primer país de asilo”, es una causal de inadmisibilidad de una solicitud de asilo, y hace referencia a que es posible que un solicitante de asilo en su viaje hacia la Unión Europea haya transitado por otro Estado donde ya solicitó asilo o donde disfrutó de otro tipo de protección y, por lo tanto, es posible devolverle a dicho Estado para que solicite asilo allí, sin que dicho acto constituya refoulement. El Artículo 35 de la Directiva Sobre Procedimientos de Asilo Revisada establece que: *“Un país podrá ser considerado primer país de asilo de un solicitante: a) si este ha sido reconocido como refugiado en dicho país y puede aún acogerse a dicha protección, o bien b) si este goza de protección suficiente en dicho país, e incluso se acoge al principio de no devolución; siempre que el solicitante sea readmitido en dicho país...Se permitirá al solicitante impugnar la aplicación del concepto de primer país de asilo en sus circunstancias particulares”* (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2013).

Podemos observar que existen ciertas garantías, como el gozar de un nivel de protección suficiente en el país considerado primer país de asilo, como también que dicho país se acoja al principio de non-refoulement. Se rescata también que se permita impugnar la aplicación del concepto de primer país de asilo. Sin embargo, el hecho que el Artículo 35 requiera “protección suficiente” apunta a que el nivel de protección pueda ser más bajo que el de tener calidad de refugiado (por ejemplo, protección temporal de carácter humanitario, etc.) (ECRE, 2016^a, p.17-18). Además, existe falta de uniformidad en la Unión Europea respecto a los criterios que se utilizan para devolver a un solicitante de asilo. Por ejemplo, Francia, España, Croacia y Hungría requieren que se haya reconocido expresamente a la persona como refugiado, otorgándole más protección a los solicitantes de asilo en estos Estados europeos que en otros (ECRE, 2016^a, p.16).

Por su parte, el concepto de “tercer país seguro” hace referencia a casos en que un solicitante de asilo haya previamente transitado por otro Estado, antes de llegar a solicitar

asilo a Europa. En estos casos, si se considera que el tercer país es seguro, se devuelve a la persona para que solicite asilo en dicho país. Para que esto proceda, el Artículo 38 de la Directiva Sobre Procedimientos de Asilo Revisada contempla que las autoridades deben tener certeza de que el trato a las personas en el tercer país asegurará que *“a) su vida o su libertad no están amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opinión política; b) no hay riesgo de daños graves tal como se definen en la Directiva 2011/95/UE; c) se respeta el principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra; d) se respeta la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho de no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, establecido en el Derecho internacional; e) existe la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y, en caso de ser refugiado, recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra.”* (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2013). Además de esto, se exige que exista una relación entre el solicitante y el tercer país en base al caso individual. También se permite la impugnación por parte del solicitante involucrado que considera errada la decisión de considerar a un Estado como “tercer país seguro” en su caso.

Respecto a los “terceros países seguros” que son parte de Europa, el Artículo 39.1 de la Directiva Sobre Procedimientos de Asilo Revisada (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2013) deja a la discreción de los Estados miembros el análisis de las garantías requeridas para otros terceros países seguros. Las garantías mínimas requeridas incluyen que el Estado europeo haya ratificado la Convención de Ginebra sin restricciones geográficas, observando sus disposiciones, que cuente con un procedimiento de asilo establecido por ley, que haya ratificado el CEDH y que actúe conforme al principio de non-refoulement. En este caso, la lista de terceros países seguros es conformada por el Consejo y el Parlamento Europeo (El-Enany, 2013, p.17).

El uso de estos conceptos como causales de inadmisibilidad por los diversos Estados miembros varía. La mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea no utilizan de forma sistemática estas normas para declarar solicitudes de asilo inadmisibles (Thomson Reuters Foundation, 2016, p.14-15). En el caso de que se utilicen estos conceptos, es esencial que se cumpla con la obligación de non-refoulement conforme a los estándares desarrollados en el capítulo 1, teniendo seguridad de que el Estado al que se envía una persona no solo cumple con estándares de derechos humanos sino que también que cuenta con un procedimiento de solicitud de asilo adecuado (Hathaway & Foster, 2014, p.40).

Asimismo, es importante que exista uniformidad en los criterios utilizados en diferentes Estados de la Unión Europea, al momento de aplicar estos conceptos. Por ejemplo, la lista de países seguros de Hungría incluye a Serbia, Macedonia, Kosovo y después del 2015 incluyó a Turquía. Estos son países respecto de los cuales hay serias dudas sobre su respeto por los derechos humanos (ECRE, 2016^a, p.18). Como mencionamos más arriba, Grecia también considera a Turquía como un país seguro, a pesar de que, en la fase de apelación, la mayoría de los comités de apelación griegos determinaron que Turquía no calificaba como un tercer estado seguro para los apelantes (ECRE, 2016^a, p.19). Así, la diferencia de criterio puede exponer a personas a refoulement en un Estado miembro, pero no en otro.

Para cumplir con el estándar de la obligación de non-refoulement desarrollada en el capítulo 1 y evaluar detenida e individualmente cada solicitud, es importante que los procedimientos de admisibilidad sean apropiados, dado que estos son breves. A modo de ejemplo, en Holanda el procedimiento dura menos de 8 días, tiempo que no es suficiente para proceder, por ejemplo, con exámenes médicos (comunes en casos de tortura), necesarios para la preparación de la solicitud (ECRE, 2016^a, p.8). También, la mayoría de los Estados miembros tienen normas más restrictivas para apelar estas decisiones de admisibilidad. La Directiva Sobre Procedimientos de Asilo Revisada (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2013) permite a los Estados derogar el efecto suspensivo de la apelación, salvo en el caso de tercer país seguro. Austria, Alemania, Reino Unido y España excluyeron el efecto suspensivo, lo que significa que la apelación la realiza la persona afectada que ya se encuentra deportada (ECRE, 2016^a, p.23-24).

En conclusión, el velar por las garantías del procedimiento de admisibilidad, y la armonía en los criterios ayudarían a reducir la incidencia de los casos donde se puede de forma errónea vulnerar la obligación de non-refoulement.

3.6. Devoluciones en masa en la frontera: la práctica más explícita de non-refoulement,

El caso final y más explícito de vulneración del principio de non-refoulement en la Unión Europea, es el caso de las devoluciones en masa, que ocurrieron (y aún ocurren) en ciertos Estados miembros durante la “crisis de refugiados”. A continuación, se expondrán los casos más emblemáticos de devoluciones y rechazos de entrada en la frontera, para luego

analizar la legalidad de dichas medidas, conforme a la normativa europea y de derechos humanos.

Los países del este de Europa tienen las prácticas que generan mayor preocupación. Hungría, conocida por la instalación de una cerca de alambre para prevenir la entrada de personas por sus fronteras, criminalizó el acceso por la frontera. Además, cambios a la ley de asilo y a la ley de fronteras de Hungría establecen que la policía fronteriza debe expulsar fuera de la frontera a inmigrantes que se encuentren dentro de 8 kilómetros de la frontera. Junto con esto, Hungría definió dos puntos de acceso oficiales en la frontera, los que solo atienden entre 20 y 30 personas al día, por lo que se ha documentado que a más de 19,219 personas le ha sido negado el acceso, sin la respectiva evaluación de sus necesidades de protección (Voynov, Franková, Bakonyi, Górczynska, & Nabergoj, 2017, p.15). Se ha documentado que hay 1,600 casos de personas que han sido forzadas a retornar a Serbia, violentamente, desde Hungría y desde Croacia. En adición a lo anterior, las autoridades tienen la prohibición de entregar comida, ropa y otros elementos básicos de sobrevivencia (Save the Children, 2017).

En la República Checa, se ha registrado que, a pesar de estar permitido por la ley 325/1999, la policía fronteriza ha impedido que se presenten solicitudes de asilo. Se ha documentado incluso que se ha expulsado a solicitantes de asilo directamente desde la zona de tránsito del aeropuerto de Praga, quienes incluso tenían en su poder visas válidas para entrar al país, sin efectuar un análisis de las posibilidades de refoulement al llevar a cabo la expulsión (Voynov et al., 2017, p.8-9). Por su parte, en Polonia hay registros de devoluciones, especialmente en la frontera con Bielorrusia, en Brest-Terespol. Esta medida ha sido aplicada en particular a personas de origen checheno, que mencionaron su intención de solicitar asilo (Voynov et al., 2017, p.16). En Bulgaria, también se construyó una cerca de alambre, para limitar la entrada de gente a su territorio, registrándose casos de violentos rechazos por la policía en la frontera, como también desde el territorio interno (FRA, 2016, p.16). Esto, acompañado de la confiscación de comida, dinero y el uso de perros y armas de fuego, como formas de intimidación al expulsar personas (Voynov et al., 2017, p.6-7).

La situación en Grecia y los Balcanes no difiere mucho de lo descrito anteriormente. En Grecia, a pesar de que para algunos investigadores no se registran devoluciones y expulsiones en las fronteras terrestres (Thomson Reuters Foundation, 2016, p.30), Amnistía Internacional informó de incidentes de retorno de personas en las fronteras terrestres, sin

llevar a cabo el análisis de sus necesidades relativas a la protección internacional a la que podrían estar sujetas (FRA, 2016, p.16). Lo anterior, sin perjuicio de las devoluciones a Turquía en las fronteras marítimas a las que nos hemos referido en las secciones anteriores. Macedonia, por su parte, está actualmente en una contienda ante el TEDH debido a la promulgación de legislación que permite la devolución o rechazo de personas en la frontera (Ahmetasevic, 2017). La normativa anterior exigía un plazo de 72 horas para que las personas pudieran presentar una solicitud de asilo antes de ser devueltas (Thomson Reuters Foundation, 2016, p. 29).

Estas instancias de rechazos en la frontera vulneran abiertamente la obligación de non-refoulement. Como exploramos en el capítulo 1, la obligación de non-refoulement debe ser respetada incluso en actos que suceden en la frontera, lo que además queda reforzado por la Directiva Sobre Procedimientos de Asilo Revisada (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2013), la que permite que se haga un análisis de la solicitud en la frontera misma. Asimismo, el Código de Fronteras Schengen también es claro en establecer en su Artículo 3b) (Parlamento Europeo y Consejo, 2006) que se debe velar por el principio de non-refoulement en la vigilancia de las fronteras, y su Artículo 5.4c) (Parlamento Europeo y Consejo, 2006) permite (aunque no obliga) la derogación de los requisitos de entrada en casos humanitarios, como fue el caso de la crisis de refugiados en el año 2015. Finalmente, el Artículo 13.1 del Código de Fronteras Schengen (Parlamento Europeo y Consejo, 2006) establece que no se puede denegar la entrada a una persona, si esto implica entrar en conflicto con el derecho de asilo y el derecho a protección internacional.

Como sabemos, el alcance material de la obligación de non-refoulement también incluye a las expulsiones colectivas, lo que igualmente está ratificado en la Directiva Sobre Procedimientos de Asilo Revisada (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2013), al establecer que las solicitudes deben ser revisadas de modo individual (FRA, 2015). Así, una devolución o rechazo puede proceder en casos individuales únicamente, tras llevar a cabo un procedimiento de admisibilidad que cumple con las garantías que mencionamos respecto a un tercer país seguro o primer país de asilo (Lauterpacht & Bethlehem, 2003, p.113). Este no parece ser el caso de acuerdo con la evidencia que hemos expuesto más arriba, donde no se analizaron las necesidades humanitarias y de protección como tampoco parece haberse efectuado un análisis del caso específico de cada individuo. Tampoco se utilizaron las garantías para enviar a dichos individuos a un “tercer país seguro”.

A lo largo del presente trabajo, se ha explorado el alcance de la obligación de non-refoulement. Así, en el primer capítulo se investigó cuál era su alcance material para poder así entender a qué se encuentra obligado el Estado. En el segundo capítulo, se realizó un análisis de la aplicación territorial de esta obligación, con el fin de esclarecer hasta qué punto es obligatorio para Estado observar non-refoulement. Este capítulo utilizó las conclusiones de los dos capítulos anteriores para explorar los casos en que se puede hablar de vulneraciones a non-refoulement en la práctica. El próximo capítulo pretende, a modo de conclusión, establecer cuáles son las consecuencias de los últimos tres capítulos y así hacer una introducción al área de la atribución de responsabilidad y la responsabilidad internacional de los Estados.

CAPÍTULO 4.

LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD AL ESTADO DE ACTOS QUE VULNERAN NON-REFOULEMENT: LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS.

4.1 Introducción: hacia una conclusión de nuestro estudio.

Como hemos explorado a lo largo de este estudio, la obligación de non-refoulement ha ido evolucionando para estar a la altura de un nuevo contexto caracterizado por el manejo de los flujos de la migración. Así, se examinó cuál es el alcance material de la obligación de non-refoulement, con el fin de poder entender qué es lo que se puede exigir de los Estados al momento de realizar actos que constituyan refoulement. Posteriormente, se investigó la aplicación territorial de la obligación de non-refoulement para poder entender en qué instancias es posible exigir que un Estado observe esta obligación. Finalmente, en el capítulo 3, se evaluó si aquellos casos emblemáticos de medidas tomadas por la Unión Europea y sus Estados miembros cumplen con dicha obligación.

Pero, una vez establecido que una medida o acto vulneró el principio de non-refoulement, ¿A quién se le atribuye esta responsabilidad? En la gran mayoría de los casos que hemos estudiado, la conducta es claramente atribuible o imputable al Estado, dado que agentes del Estado son los que llevan a cabo, por ejemplo, devoluciones o expulsiones en la frontera, así como actos de intercepción, rescate y acuerdos bilaterales. Sin embargo, ¿Qué sucede si los que realizan este acto o medida son agentes u organizaciones privadas? ¿Y si el acto es realizado por dos Estados al mismo tiempo? Este capítulo, tiene el fin de establecer cuáles son las consecuencias de los últimos tres capítulos, para realizar una introducción al área de la atribución de responsabilidad y la responsabilidad internacional de los Estados. Esto se hará a través del estudio de diferentes criterios de atribución.

Es importante mencionar que la atribución de responsabilidad y la responsabilidad internacional del Estado son áreas de estudio y exploración extensas, lo que no se encuentra dentro de la competencia de nuestro estudio. Por lo anterior, este capítulo pretende tener el objetivo de cierre respecto de las lecciones de los últimos tres capítulos, por lo que se realizará un análisis introductorio a estas materias, delimitado en particular en lo que compete a nuestro tema.

4.2. Responsabilidad internacional del Estado: la atribución a los órganos del Estado.

La responsabilidad internacional del Estado es un principio fundamental del derecho internacional público, el cual emana de los principios de soberanía y de la igualdad de los Estados. Cuando sea que un Estado comete un hecho internacionalmente ilícito, se gatilla la responsabilidad internacional, dado que el incumplimiento de una obligación genera un desbalance, el cual requiere que se corrija a través de una reparación (Shaw, 2008, p.778-781). En base al trabajo extenso de la Comisión de Derecho Internacional, el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, fue incorporado como la Resolución N° 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU, 2002). A pesar de que las resoluciones de la Asamblea General no tienen carácter vinculante, estas han sido consideradas como derecho internacional consuetudinario y han sido utilizadas para resolver una serie de disputas internacionales, incluyendo su uso por parte del TEDH (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.178).

Para que se gatille la responsabilidad internacional del Estado, se requiere que exista una obligación internacional vigente entre dos estados, un acto u omisión que vulnere el cumplimiento de dicha obligación y que dicho acto sea imputable al Estado. Finalmente, dicho acto u omisión debe generar pérdida o daño al otro Estado (Shaw, 2008, p.778-781).

Al hablar de responsabilidad internacional de los Estados pareciera que es aplicable a las disputas entre dos Estados, por lo que las demandas de individuos como sujetos activos no parecerían caer dentro de este esquema. Sin embargo, las reglas de responsabilidad del Estado son aplicables tanto al derecho internacional de los derechos humanos como al derecho de los refugiados (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.177-178). De hecho, la misma Comisión de Derecho Internacional confirma que estas reglas se aplican las violaciones de tratados de derechos humanos. Incluso, el desarrollo jurisprudencial del TEDH fue utilizado por la Comisión de Derecho Internacional como una fuente para los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (Heijer, 2012, p.59) .

Aplicando los requisitos para establecer la responsabilidad de un Estado a nuestro estudio, ya determinamos que los Estados miembros de la Unión Europea consideran que el non-refoulement es una obligación y establecimos que dicha obligación se debe observar en una serie de casos, incluyendo extraterritorialmente. Establecimos también que hay casos de medidas que vulneran el cumplimiento de dicha obligación y que dicho incumplimiento

genera pérdida y daño a los afectados. Ahora debemos analizar los diferentes criterios para determinar cuándo un acto (como los analizados en el capítulo 3) es atribuible o imputable al Estado.

Es importante clarificar entonces, que la atribución de responsabilidad determina que un acto u omisión es imputable al Estado. A pesar de estar muy ligada con el hecho que los actos u omisiones se hayan realizado bajo la jurisdicción de un Estado (como exploramos en el capítulo 2), la atribución de responsabilidad es diferente al concepto de que un Estado tenga jurisdicción, constituyendo etapas separadas de análisis. Así, la discusión sobre extraterritorialidad y el atribuir a los Estados miembros de la Unión Europea la existencia de la obligación de non-refoulement y su obligación de observarla, descansa más bien en los argumentos que se desarrollaron con relación a la jurisdicción de los Estados, como también en el contenido específico de la obligación de non-refoulement (Heijer, 2012, p.59). En consecuencia, no es necesario referirse a la extraterritorialidad como elemento de la responsabilidad.

El criterio de atribución principal es el caso de los actos u omisiones llevados a cabo por órganos del Estado (Heijer, 2012, p.62). El Artículo 4 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (AGNU, 2002), establece que constituyen hechos del Estado aquellos llevados a cabo por sus órganos, independiente del orden jerárquico que estos tengan en la estructura del Estado. En relación con los ejemplos mencionados en el capítulo 3, dentro de esta categoría podemos incluir a la policía fronteriza, a los funcionarios de inmigración, a los guardacostas, a los funcionarios de enlace de inmigración, a los funcionarios de la autoridad de inmigración y asilo, y a los funcionarios de la administración pública, entre otros. Este caso es el más común y es generalmente asumido por parte de los tribunales sin mucho desarrollo, por ser evidente a la luz los hechos.

En el caso de que los órganos o agentes del Estado lleven a cabo actos u omisiones que constituyen una extralimitación de sus funciones, el Artículo 7 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (AGNU, 2002) establece que existe responsabilidad atribuible al Estado (Heijer, 2012, p.63). Para nuestro estudio, esto es particularmente relevante, en el caso de que la ley estipule que se debe proteger el principio de non-refoulement y seguir ciertos procedimientos que otorguen garantías, pero que a pesar de ello los funcionarios del Estado no sigan los requisitos de la ley, actuando fuera de sus facultades. Un ejemplo de esto es el caso de los funcionarios del Estado, como

la policía fronteriza o funcionarios de enlace de inmigración que devuelven a personas o presionen a otros a realizar la expulsión de personas.

4.3. Atribución de conductas de privados al Estado.

Uno de los casos más complejos en relación con la atribución de responsabilidad al Estado expuestos en el capítulo 3 es el de las sanciones a los transportistas, donde actores privados llevan a cabo funciones propias de la organización pública del Estado. La regla general, es que los Estados no pueden ser responsables por los actos u omisiones de los privados, lo que constituye una presunción (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.23). El Artículo 5 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos establece que: *“Se considerará hecho del Estado el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado...pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad”* (AGNU, 2002).

Como podemos ver, el Artículo 5 se refiere a los casos en que actores (por ejemplo, privados) están ejercitando autoridad gubernamental, la cual ha sido facultada por el derecho interno de dicho Estado. Los requisitos para que esta causal se configure son bastante específicos. La referencia al derecho interno no es específica en establecer si se requiere que la atribución de facultades sea por ley, por lo que sería posible que esta atribución se haga a través de actos administrativos. Junto con lo anterior, el acto u omisión que acarrea responsabilidad debe realizarse dentro del ámbito en el que se le han dado facultades públicas a un privado, no en otros ámbitos de su actividad privada (Heijer, 2012, p.66), lo que tiene sentido, dado que estos casos son de carácter excepcional.

Este es el caso, por ejemplo, de funcionarios de gendarmería que son empleados de empresas privadas, o guardias de centros de detención de inmigrantes, también empleados privados. En estos ejemplos existe claridad respecto del reemplazo por parte de privados de funciones que tradicionalmente serían desempeñadas por funcionarios del Estado. También existe claridad de que dichos funcionarios privados no solo son regulados por el derecho interno, sino que existe también una relación duradera entre estos funcionarios privados y el Estado, concretamente, a través de contratos de trabajo.

Sin embargo, en el caso de *Stocke Contra Alemania* (ComEDH, 1989), la policía alemana solicitó la asistencia de un privado para dar con el paradero de un individuo de

Francia, acusado de infracciones tributarias. La Comisión Europea de Derechos Humanos (1989, párr.168,174), a pesar de rechazar el caso en el fondo, determinando que no se cumplía el vínculo necesario entre el privado y Alemania respecto de los derechos que se alegaron como vulnerados, estableció que el Estado sí era responsable por las acciones del privado que actuó en su nombre. En este caso, existía un contrato de servicios y un acuerdo entre las partes de asistencia puntual. No se establecía una relación privado-Estado duradera en el tiempo, por lo que la duración de la relación privado-Estado no impide la atribución de responsabilidad al Estado (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.186-187).

Respecto al caso específico de las sanciones a los trasportistas, se puede argumentar que los funcionarios de líneas áreas están ejercitando autoridad gubernamental, al determinar quiénes tienen la documentación adecuada para abordar y quienes no, teniendo también que realizar un análisis de la necesidad de solicitar asilo de una persona en caso de que una persona no tenga la documentación adecuada. Además, dicha autoridad ha sido facultada por el derecho interno de los Estados miembros, dado que el Artículo 26 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (UE, 1990) establece que las partes contratantes se deben comprometer a introducir en su legislación nacional las normas sobre sanciones a los trasportistas. Es importante mencionar que el Artículo 5 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (AGNU, 2002) requiere que exista la delegación de facultades por parte del Estado al privado, no que el Estado esté en control de las instrucciones que lleva a cabo el empleado privado (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.183-184), por lo que esto se cumple en el caso de las sanciones a los trasportistas.

Finalmente, el comentario de la Comisión de Derecho Internacional a los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos al hacer referencia al Artículo 5 (CDI, 2001, p.43), menciona explícitamente el control migratorio de las aerolíneas como un ejemplo. Asimismo, reconoce que el concepto de autoridad gubernamental varía en diferentes contextos, rescatando que, para determinar si esta existe, hay que tomar en consideración si dichos actores privados son fiscalizados en su ejercicio por el Estado (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.181-182). Dado que la fiscalización a través de las sanciones es la razón de ser de la medida de las sanciones a los trasportistas, nos encontramos frente a un poderoso argumento para considerar estos actos son atribuibles al Estado.

4.4. Atribución al Estado por acciones u omisiones de órganos de facto.

Otro caso excepcional es aquel donde agentes que no son del Estado, llevan a cabo una acción u omisión de carácter ilegal, con la dirección del Estado. Lo relevante en este caso es la relación que existe entre el Estado y el actor. El Artículo 8 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (AGNU, 2002) establece que se considerará como hecho imputable al Estado el comportamiento de un actor que actúe por instrucciones o bajo la dirección el Estado. En relación con nuestro estudio, este criterio sería aplicable a casos donde, por ejemplo, oficiales de Frontex llevan a cabo actos de refoulement bajo la dirección de un Estado miembro.

Se discute si en este caso nos referimos al control por parte del Estado sobre la conducta específica que constituye el acto u omisión ilegal, o si el Estado debe dar instrucciones o dirección general, dentro de las cuales se lleva a cabo la conducta que contraviene alguna obligación internacional. En el *Caso Relativo a las Actividades militares y paramilitares contra el Gobierno de Nicaragua (Nicaragua contra Estados Unidos)* (CIJ, 1986), los Contras- financiados y equipados por Estados Unidos- no eran agentes del Estado, por lo que se efectuó un análisis para determinar si el control y dirección de Estados Unidos era suficiente para que sus actos se entendieran como actos del Estado (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.188,190-191). La CIJ determinó que el control y dirección debe ser directo, en particular por sobre las acciones específicas de carácter militar y paramilitar que acarrearón serias violaciones de derechos humanos (Shaw, 2008, p.598).

Por otra parte, en el caso *Tadić* (1997), el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia fue más flexible, optando por defender un análisis de cada caso particular para determinar si hubo dirección por parte del Estado o no (Shaw, 2008, p.598). En este caso, Serbia se encontraba en claro control del territorio cuando el oficial serbiobosnio Tadić estuvo en control del campo de detención Omarska donde se llevaron a cabo violaciones a los derechos humanos de 7,000 personas (Haas, 2008, p.222). Para el tribunal, no siempre puede ser tan alto el estándar de atribución, dado que existen circunstancias fácticas donde el Estado no puede ejercer un control específico sobre las acciones de un agente no estatal (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.188,190-191).

De igual forma, en el caso *Loizidou Contra Turquía* (TEDH, 1996^a), el debate se dio con relación a si los actos realizados por agentes del Estado fuera de su territorio gatillaban responsabilidad (Lauterpacht & Bethlehem, 2003, p.110-111). Tras la ocupación de Chipre

por parte de Turquía y la subsiguiente creación de la República Turca del Norte de Chipre, las fuerzas militares de ésta República llevaron a cabo actos que contravenían el CEDH. El TEDH (1996^a, párr.62-63) determinó que no era necesario acreditar el control detallado por parte de Turquía sobre las acciones específicas de las autoridades de la República Turca del Norte de Chipre, sino que era suficiente acreditar un control efectivo general, sobre solo algunas partes de la isla (Shaw, 2008, p.598). A pesar de que es problemático que en este caso el TEDH pareciera confundir la idea de atribución de responsabilidad con la etapa previa de determinación de si Turquía estaba ejerciendo jurisdicción o no (Heijer, 2012, p.70), lo importante de estos dos casos es que el estandar para determinar la existencia de control y dirección por sobre agentes que no son del Estado se flexibilizó (Heijer, 2012, p.67).

En el caso de *Ilascu y otros Contra Moldova y Rusia* (TEDH, 2004a), como se vio en el capítulo 2, el TEDH determinó que Rusia era responsable por las acciones de los separatistas en Moldova. Se consideró de poca importancia la participación directa de Rusia, pero se tomó en cuenta el apoyo militar, económico y político de esta, entendiéndose que los separatistas estaban bajo la autoridad efectiva de Rusia, o, por lo menos, bajo una influencia determinante (Gammeltoft-Hansen, 2011, p. 188, 190-91). Sin embargo, en este caso, el tribunal no atribuyó responsabilidad de manera explícita, sino que como en el caso anterior, mezcló el concepto de atribución con el de jurisdicción (Heijer, 2012, p.71).

El caso sobre la *Aplicación de la Convención Para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina Contra Serbia y Montenegro)* (CIJ, 2007, párr.377-415) volvió a los estándares establecidos por el caso *Nicaragua Contra Estados Unidos*. En este caso, la CIJ (2007, párr.407) estableció que cuando la dirección y control no son específicos (como el caso de *Tadic*) el Artículo 8 no es el aplicable, sino que la normativa aplicable es más bien el Artículo 4 y el Artículo 5 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Así, el caso del Artículo 8 requiere que el agente u órgano no estatal actúe con completa dependencia y dirección por parte del Estado (Shaw, 2008, p.599). Autores como Heijer (Heijer, 2012, p.72) establecen que por este mismo argumento, el caso *Tadic* nunca tuvo la intención de flexibilizar o rebajar el estándar del Artículo 8, sino que expandir las posibilidades de los Artículos 4 y 5 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

De cualquier forma, el caso de los oficiales de Frontex que llevan a cabo actos de refoulement bajo la dirección de un Estado miembro de la Unión Europea se subsume de mejor forma dentro de la hipótesis y requisitos del Artículo 8. Esto, toda vez que en estos

casos la dirección y dependencia por parte del Estado miembro es generalmente *de facto* y en situaciones extremas, como son las operaciones de rescate e interceptación, en vez de existir una derivación de facultad a través del derecho interno del Estado, como es requerido por el Artículo 5. Ahora, el análisis se vuelve más complejo cuando en un acto de *refoulement* participan dos estados. A esto nos referiremos en la próxima sección.

4.5. Atribución de responsabilidad en los casos donde actúa más de un Estado en la comisión de un hecho ilícito.

Es común que diferentes actores interactúen para facilitar el desarrollo de las operaciones de vigilancia migratoria. En algunos casos, las operaciones son coordinadas por Frontex, en otros casos Frontex asiste a un Estado, y, en otros casos, un Estado o más se encuentran involucrados en la vigilancia de las fronteras. En esta sección, analizaremos dos casos donde más de un estado actúan en conjunto. El primero es el caso donde órganos o agentes de un Estado asisten a otro Estado dentro de sus operaciones de vigilancia. El segundo caso es aquel donde los dos Estados actúan como iguales, cooperando mutuamente en operaciones llevadas a cabo por ambos.

En el primer caso, consideramos aplicable el Artículo 6 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos el cual estipula que “*Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, siempre que ese órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra*” (AGNU, 2002). La Comisión de Derecho Internacional, en su Comentario a los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (CDI, 2001, p.44), comentó que la regla estipulada en el Artículo 6 es de carácter excepcional y que la conducta ilícita se debe atribuir al Estado que dispone del órgano o agente de otro Estado, no al revés (Heijer, 2012, p.82).

Asimismo, para que se cumpla la hipótesis del Artículo 6, es necesario que el órgano o agente del Estado ejerza un rol que califique dentro de la autoridad gubernamental del otro Estado (como por ejemplo labores de interceptación y devolución de personas en el mar territorial). La frase “puesto a su disposición” contenida en el Artículo 6 es determinante según el comentario de la Comisión de Derecho Internacional (CDI, 2001, p.44), por lo que el requisito para que un órgano se encuentre “a disposición” de un Estado es que el órgano que asiste actúe con el consentimiento, bajo la autoridad y en entendimiento de los fines del

Estado que recibe la asistencia. Además, el órgano o agente debe actuar bajo la dirección y control del Estado que recibe asistencia y no del Estado que provee la asistencia.

A modo de ejemplo, en el caso *X y Y contra Suiza* (ComEDH, 1977, párr.2), Liechtenstein firmó un tratado para que se siguiera el derecho suizo en los controles migratorios llevados a cabo en el territorio de Liechtenstein. En este caso, los agentes de Liechtenstein se encontraban bajo el control y dirección de Suiza (Gammeltoft-Hansen, 2011, p.108). Así la atribución de las acciones que vulneraban el CEDH se atribuyeron a Suiza (Heijer, 2012, p.83-4).

En el caso *Xhavara Contra Italia* (TEDH, 2001c), se consideró que la conducta de intercepción de un bote albanés por parte de la marina italiana en altamar y en aguas territoriales de Albania no hacía responsable a Albania, toda vez que en estricto rigor, el órgano italiano no estaba a disposición de Albania, a pesar de que dado existía un acuerdo bilateral entre Albania e Italia, el que permitía el acceso e intercepción de barcos por parte de funcionarios italianos en aguas territoriales de Albania, (Heijer, 2012, p.84). Lo que se desprende de este caso, es que no solo el organismo estatal debe actuar en nombre de otro Estado, sino que, como mencionábamos anteriormente, este debe pasar a formar parte de la estructura de ese Estado y debe estar sujeto a las instrucciones de ese Estado. Como podemos apreciar, el estándar es alto y es particularmente relevante, respecto a los casos donde, a través de acuerdos bilaterales, ciertos Estados miembros intentan derivar la responsabilidad a Estados que no son de la Unión Europea.

Respecto al segundo caso, se puede dar el caso de que un Estado asista a otro en la comisión u omisión de un acto ilícito, lo que se encuentra de mejor forma regulado en el Artículo 16 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, el cual establece que será responsable por prestar asistencia en el caso de que dicho Estado “a) *Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia.*” (AGNU, 2002). Cuando hablamos de asistencia, autores como Heijer incluyen dentro de este concepto la asistencia financiera, logística y de agentes, entre otras (Heijer, 2012, p.92-93). El Comentario a los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI, 2001, p.66-67), establece que la contribución o asistencia no debe ser esencial, pero sí debe haber contribuido significativamente a la comisión del acto ilícito (Heijer, 2012, p.95). Esto se da en la práctica en casos donde Estados miembros de la

Unión Europea otorgan asistencia a otros Estados, en particular logística, para realizar operaciones de vigilancia marítima.

El requisito más complejo del Artículo 16, es que la asistencia se debe haber efectuado con conocimiento de las circunstancias del hecho ilícito. El conocimiento debe ser real, toda vez que el estándar es alto (Heijer, 2012, p.99). De más esta decir que las dificultades probatorias para demostrar conocimiento de las circunstancias, el cual apunta a un elemento subjetivo de prueba dificultan el uso práctico de esta norma.

CONCLUSIÓN.

A lo largo del presente trabajo se ha intentado establecer cuál es el alcance de la obligación de non-refoulement que tienen los Estados, en particular, los Estados miembros de la Unión Europea. Hemos determinado que el contenido de non-refoulement ha ido evolucionando través del tiempo, para poder incorporar un contexto de altos movimientos migratorios, contrastados por la “securitización”, la privatización y la extraterritorialidad de las políticas migratorias.

Tras el análisis llevado a cabo en el capítulo 1, se puede concluir que non-refoulement tiene la naturaleza jurídica de ser costumbre internacional. Asimismo, la obligación de non-refoulement ya escapa el contexto del derecho de los refugiados y se ha plasmado como un derecho humano particular, el cual ha sido recogido en una serie de normas, tanto del derecho europeo como en el CEDH. El desarrollo que se le ha dado a la obligación de non-refoulement ha sido amplio. Así, se ha afinado su alcance, en cuanto al tipo de persona que protege, el tipo de riesgo y de persecución que cubre, a los lugares a los que se debe enviar a una persona para que dicho envío califique como refoulement, a los tipos de actos que implican refoulement y al tipo de garantías que se deben cumplir para que el análisis de una solicitud no constituya refoulement. Los tribunales, en particular el TEDH, han estado a la altura de los desafíos y cambios en el contexto en el que este principio se ha debido aplicar. Aun así, está por verse el desarrollo que este principio tendrá en relación con el riesgo a la exposición a violaciones de los derechos humanos económicos y sociales.

También se ha explorado el alcance territorial de non-refoulement, a la luz de la aplicación extraterritorial de ciertas medidas llevadas a cabo tanto por la Unión Europea como por los Estados miembros. En relación con el alcance territorial podemos concluir que el Artículo 33 permite en su enunciación la aplicación extraterritorial, como también la permite el CEDH a través del criterio del control efectivo. Finalmente, el derecho europeo también permite la aplicación extraterritorial de este principio, toda vez que la CDFUE se aplica donde sea que se le haya atribuido competencia al derecho europeo. De más está decir que la recurrencia de situaciones de extraterritorialidad, tanto en el tema específico de nuestro estudio, como en otras áreas del derecho son cada vez más comunes. En este contexto, son bienvenidas nuevas propuestas sobre como regular conflictos de jurisdicción,

con el fin de evitar problemas de certeza jurídica para los Estados y así permitir que se cumpla con la obligación primaria de observar las obligaciones de derechos humanos.

Como se desprende de los capítulos 1 y 2, el rol de los tribunales en asistir con la delimitación y clarificación del alcance de esta obligación es altamente rescatable. Así, los tribunales, en particular el TEDH y el TJUE, se encuentran a la vanguardia del derecho, no solo en el desarrollo del contenido de derechos y obligaciones como el de non-refoulement, sino que como garantes de los derechos humanos regionalmente. A la luz del Artículo 52.3 de la CDFUE (UE, 2000a), donde se estipula que los derechos contemplados en la CDFUE tienen el mismo significado y alcance que aquellos derechos establecidos en el CEDH, los avances del TEDH se vuelven altamente relevantes. Así, a través de este estudio, se ha podido ver en concreto cómo se lleva a cabo el dialogo entre diferentes tribunales. Se mira con particular interés el potencial futuro acceso de la Union Europea al CEDH como entidad propia, lo que actualmente se encuentra detenido. En caso de que esto suceda, se abriría la puerta a un control judicial por parte del TEDH de las instituciones europeas.

A la luz de la determinación del alcance material y territorial de non-refoulement, se analizaron una serie de medidas impartidas por la Unión Europea y los Estados miembros; el acuerdo de la Unión Europea con Turquía; las operaciones de Frontex de intercepción y rescate y devolución de personas; las sanciones a los trasportistas y la creación de los funcionarios de enlace de inmigración; los conceptos de “País de Origen Seguro”, “Tercer País Seguro” y “Primer País de Asilo” y la devolución y rechazo de personas en las fronteras de una serie de Estados miembros. A pesar de que cada caso permite sacar conclusiones particulares, es interesante destacar, como conclusión general, que todos estos casos estipulan en la normativa que los regula el respeto al principio de non-refoulement. Así, no existe por parte de las instituciones europeas ni de los Estados miembros una negación o desafío abierto a la aplicación de non-refoulement en contextos de extraterritorialidad. Sin embargo, surge la pregunta de si esto es así, dado que, en la práctica, la facilidad con la que se puede pasar a llevar esta obligación apunta a que la inclusión del respeto a non-refoulement en la normativa no va de la mano con las garantías que aseguren que no se vulnere este principio.

En el último capítulo de este trabajo se efectuó un análisis de los criterios de atribución de responsabilidad que existen para los casos vistos en el capítulo 3. En particular, el análisis se concentró en la violación de la obligación de non-refoulement por parte de empresas privadas o de funcionarios de otros estados y su potencial atribución a los

Estados miembros. Frente a esto, cabe mencionar que el desarrollo jurisprudencial de la atribución de responsabilidad muchas veces no está presente, dado que la atribución de responsabilidad al Estado se considera obvia al considerar los hechos de un caso. Además, aún en casos donde no es tan evidente, es común que exista una confusión entre el concepto de atribución con el de jurisdicción (en particular respecto al concepto de jurisdicción en materia de derechos humanos). En este sentido, sería interesante ver el desarrollo del concepto de atribución, en particular a la luz de la privatización de las funciones públicas.

Para poder dilucidar el alcance de non-refoulement, se han explorado diferentes áreas del derecho, las que se comunican y entrelazan: el derecho internacional público, el derecho de la Unión Europea, el derecho europeo de los derechos humanos y el derecho de los refugiados. Es este mismo entrelace de áreas del derecho lo que permite concluir que vivimos en un mundo donde los Estados ya no se encuentran aislados. De una u otra forma, el diálogo con otros Estados y con otros organismos es inevitable. Este diálogo se desarrolla en el contexto de la tensión entre la universalidad de los derechos humanos y la *realpolitik* de los Estados. Lo anterior dado que, a pesar del avance de la globalización, los Estados siguen siendo los principales ejecutores y garantes del derecho (Hathaway & Foster, 2014, p.51). Si se observa la realidad, se pueden observar comportamientos diversos por parte de los Estados, siendo el ejemplo de Alemania el más alentador y, en su extremo opuesto, Hungría con su implementación de medidas extremas y preocupantes.

En dicho diálogo, se negocian dinámicamente avances y reformas, con el fin de preservar la paz, los derechos humanos y la seguridad- en concordancia con el fin del proyecto europeo- y contra la precarización de los derechos humanos. A pesar de que esta disputa se resolverá últimamente en la esfera política y no legal, el rol de los tribunales en asegurar la protección de los derechos humanos es de alta importancia, como se ha podido evidenciar en este trabajo.

A modo de comentario final, se puede concluir que todos los derechos de los refugiados, incluyendo el principio de non refoulement, se encuentran actualmente tensionados por el funcionamiento deficiente del SECA y las prácticas que están bajo los estándares mínimos de ciertos Estados miembros. El SECA, a pesar de tener el fin de unificar criterios, no ha logrado distribuir la carga o "*burden share*" de otorgar protección a los refugiados, lo cual es esencial para remediar la acumulación de personas y solicitudes concentradas en sólo algunos países. Esta tensión, que afecta primordialmente a Estados

como Grecia e Italia, ha tratado de ser remediada con la asistencia por parte de la Unión Europea a estos Estados, la cual es necesaria, pero no suficiente. Así, las medidas que arriesgan calificar como actos de refoulement se reducirían, si el manejo de solicitudes y recepción de refugiados fuese más equitativo entre los Estados miembros. Éste es el desafío.

BIBLIOGRAFÍA

Libros, publicaciones, informes y noticias.

ACNUR. (2006). *Self-Study Module 5: Human Rights and Refugee Protection. Vol. 2.*

Ginebra. Disponible en <http://www.refworld.org/docid/4669434c2.html>

ACNUR. (2015). *States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol.* Ginebra. Disponible en

<http://www.unhcr.org/protection/basic/3b73b0d63/states-parties-1951-convention-its-1967-protocol.html>

ACNUR. (2018). *Mid-year trends 2017.* Ginebra. Disponible en

<http://www.unhcr.org/uk/statistics/unhcrstats/5aaa4fd27/mid-year-trends-june-2017.html>

Ahmetasevic, N. (2017). Refugees fall victim to people “ping pong” in the Balkans. Disponible en, from <https://www.irinnews.org/news/2016/12/20/refugees-fall-victim-people-“ping-pong”-balkans>

AIDA. (2017, January 17). Asylum Statistics 2016: Sharper Inequalities and Persisting Asylum Lottery. *AIDA*. Disponible en <http://www.asylumineurope.org/news/23-05-2017/asylum-statistics-2016-sharper-inequalities-and-persisting-asylum-lottery>

Albert, M. (2010). *Prima facie determination of refugee legal status: an overview of its legal foundation* (No. 55). Oxford. Disponible en <https://www.rsc.ox.ac.uk/publications/prima-facie-determination-of-refugee-legal-status-an-overview-of-its-legal-foundation>

Amnistía Internacional. (28 de octubre, 2016). Greece: Syrian refugees deceived and returned to Turkey. Disponible en <https://www.amnesty.org.uk/press-releases/greece-syrian-refugees-deceived-and-returned-turkey>

Basaran, E. (2008). Evaluation of the “Carriers’ Liability Regime” as Part of the EU Asylum Policy Under Public International Law. *Uluslararası Hukuk ve Politika Cilt*, 4, 149–163.

Braswell, R. (2006). *Protection Against Torture in Western Security Frameworks: The Erosion of Non-Refoulement in the UK-Libya MOU* (No. 35). Oxford Disponible en <https://www.rsc.ox.ac.uk/publications/protection-against-torture-in-western-security->

frameworks-the-erosion-of-non-refoulement-in-the-uk-libya-mou

British Refugee Council. (2016). *The UK's role in the international refugee protection system*. Stratford. Disponible en

https://www.refugeecouncil.org.uk/assets/0003/8056/The_UK_s_Role_in_the_international_refugee_protection_system_Jun_2016.pdf

British Refugee Council. (2017). *Asylum Seekers in Europe*. Stratford. Disponible en

https://www.refugeecouncil.org.uk/assets/0004/0083/Asylum_in_Europe_March_2017.pdf

CDI. (2001). *DOCUMENT A/56/10* Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session (23 April–1 June and 2 July–10 August 2001). YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION 2001 Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session Volume II Part Two*. Nueva York y Ginebra. Disponible en

http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2001_v2_p2.pdf

Colin, Y. (2015). *Refugee law in the UK: Obtaining and losing refugee status in the UK*. (Primera). Londres: Free Movement.

Collinson, S. (1996). Visa Requirements, Carrier Sanctions, “Safe Third Countries” and “Readmission”: The Development of an Asylum “Buffer Zone” in Europe. *Transactions of the Institute of British Geographers*, 21(1), 79–90 Disponible en

https://www.jstor.org/stable/622926?newaccount=true&readnow=1&seq=5#references_tab_contents

Comisión Europea. (2012). *Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights*. Luxemburgo. Disponible en http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/charter_report_2012_en.pdf

Conde Pérez, E. (2009). TEDH- SENTENCIA DE 28.02.2008, SAADI C. ITALIA, 37201/06-ARTÍCULO 3 CEDH- PROHIBICIÓN DE TORTURAS Y PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES- TERRORISMO V. TORTURA. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 32, 275–290.

Consejo de Europa. (2016). *Extra-territorial jurisdiction of States Parties to the European Convention on Human Rights*. Estrasburgo. Disponible en

https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Extra-territorial_jurisdiction_ENG.pdf

Costello, C. (2012). Courting Access to Asylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored. *Human Rights Law Review*, 12(2), 287–339. Disponible en <http://hrhr.oxfordjournals.org/content/12/2/287.full>

Crawford, J. (Ed.). (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law*. Croydon: Oxford University Press.

Dace, S. (2010). *Did 9/11 matter? Securitization of asylum and immigration in the European Union in the period from 1992 to 2008* (56). Oxford. Disponible en <https://www.rsc.ox.ac.uk/files/files-1/wp56-did-911-matter-2010.pdf>

Danisi, C. (2017). Taking the “Union” out of “EU”: The EU-Turkey Statement on the Syrian Refugee Crisis as an Agreement Between States under International Law. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/taking-the-union-out-of-eu-the-eu-turkey-statement-on-the-syrian-refugee-crisis-as-an-agreement-between-states-under-international-law/#more-15173>

Dearden, L. (8 de diciembre, 2016). Refugees dying from hypothermia as deadly Mediterranean boat crossings continue into winter. *The Independent*. Disponible en <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/refugee-crisis-migrants-asylum-seekers-mediterranean-boat-disasters-sinkings-hypothermia-rescues-a7461416.html>

EASO. (2016). *Practical Guide: Access to the Asylum Procedure*. Luxemburgo. <https://doi.org/>

ECRE. (2016). *Admissibility, responsibility and safety in European asylum procedures*. Bruselas Disponible en <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/09/ECRE-AIDA-Admissibility-responsibility-and-safety-in-European-asylum-procedures.pdf>

ECRE. (2017a). *Chartering a way to protection: The EU Charter of Fundamental Rights- An indispensable instrument in the field of asylum*. Bruselas. Disponible en <http://www.refworld.org/docid/5885bbe64.html>

ECRE. (2017b). New detention centres at the external EU borders. Disponible en <https://www.ecre.org/new-detention-centres-at-the-external-eu-borders/>

El-Enany, N. (2013). The “New Europe” and the “European Refugee”: The Subversion of the European Union’s Refugee Law by its Migration Policy. In J. Satvinder (Ed.), *The*

- Ashgate research companion to migration law, theory and policy* (1ra ed., pp. 3–25). Farnham: Ashgate.
- Eszter, Z. (17 de noviembre 2016). EU reinforces 2017 budget on migration and jobs. *EU Observer*. Disponible en <https://euobserver.com/institutional/135937>
- Eur-Lex. (2018). Derecho Primario. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114530>
- European Commission. (2016). *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council. Next operational steps in EU-Turkey cooperation in the field of migration*. Bruselas. Disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-166-EN-F1-1.PDF>
- European Union Agency for Fundamental Rights. (2016). *Scope of the principle of non-refoulement in contemporary border management: evolving areas of law*. Luxemburgo. Disponible en <http://fra.europa.eu/en/publication/2016/scope-principle-non-refoulement-contemporary-border-management-evolving-areas-law>
- EWLU. (2016). ELENA Weekly Legal Update. Acceso 23 de noviembre, 2017. Disponible en <https://us1.campaign-archive.com/?u=8e3ebd297b1510becc6d6d690&id=5e152973c6>
- Fathimath Afeef, K. (2006). *The Politics of Extraterritorial Processing: Offshore Asylum Policies in Europe and the Pacific* (No. 36). Oxford. Disponible en <https://www.rsc.ox.ac.uk/files/files-1/wp36-politics-extraterritorial-processing-2006.pdf>
- Fotiadis, A. (18 de noviembre, 2016). E.U. Border Agency Still Unaccountable on Refugees' Rights. *Refugees Deeply*. Disponible en <https://www.newsdeeply.com/refugees/community/2016/11/18/e-u-border-agency-still-unaccountable-on-refugees-rights>
- FRA. (2013). *Fundamental rights: challenges and achievements*. Viena. Disponible en <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/fundamental-rights-challenges-and-achievements-2012>
- FRA. (2015). *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*. Luxemburgo. Disponible en <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/handbook-european-law-relating-asylum-borders-and-immigration>

- FRA. (2016). *Asylum and migration into the EU in 2015*. Luxemburgo. Disponible en <http://fra.europa.eu/en/publication/2016/fundamental-rights-report-2016>
- FRONTEX. (2017). FRONTEX CREATES A NEW POOL OF RETURN EXPERTS. Disponible en <http://frontex.europa.eu/pressroom/news/frontex-creates-a-new-pool-of-return-experts-p77lrV>
- Gammeltoft-Hansen, T. (2011). *Access to Asylum. International Refugee Law and the Globalization of Migration Control* (First Edit). Cambridge: Cambridge University Press.
- Gentili, G. (2010). European Court of Human Rights: An absolute ban on deportation of foreign citizens to countries where torture or ill-treatment is a genuine risk. *International Journal of Constitutional Law*, 8(2), 311–322. Disponible en <https://academic.oup.com/icon/article/8/2/311/699980>
- Gibney, M. (2010). *Global Refugee Crisis : A Reference Handbook* (2da ed.). Santa Barbara: ABC-CLIO.
- Gilbert, G. (2010). Running scared since 9/11: refugees, UNHCR and the purposive approach to treaty interpretation. In J. Simeon (Ed.), *Critical issues in international refugee law : strategies toward interpretative harmony* (1ra ed., pp. 85–118). Cambridge ; Nueva York: Cambridge University Press.
- Guild, E. (2013). EU Immigration and the New EU Treaty Framework. In S. Juss (Ed.), *The Ashgate research companion to migration law, theory and policy* (1ra ed., pp. 43–59). Farnham: Ashgate.
- Haas, M. (2008). *International Human Rights. A Comprehensive Introduction*. (1ra ed.). Abingdon: Routledge.
- Hathaway, J. (2005). *The rights of refugees under international law* (1ra ed.). Nueva York: Cambridge University Press.
- Hathaway, J., & Foster, M. (2014). *The law of refugee status* (2da ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Heijer, M. den. (2012). *Europe and extraterritorial asylum* (1ra ed.). Oxford: Hart Publishing.
- HRW. (23 de noviembre, 2016). EU Policies Put Refugees At Risk An Agenda to Restore

Protection. *HRW*. Disponible en <https://www.hrw.org/news/2016/11/23/eu-policies-put-refugees-risk>

Jones, R. (2016). *Violent Borders* (1ra ed.). Londres: Verso.

Karamanidou, L. (2015). The Securitisation of European Migration Policies: Perceptions of Threat and Management of Risk. In G. Lazaridis & K. Wadia (Eds.), *The Securitisation of Migration in the EU Debates Since 9/11* (1ra ed., pp. 37–61). Basingstoke: Palgrave Macmillan UK.

Lauterpacht, E., & Bethlehem, D. (2001). *The Scope And Content Of The Principle Of Non-Refoulement*. Ginebra. Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/3b3702b15.pdf>

Lauterpacht, E., & Bethlehem, D. (2003). The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion. In E. Feller, V. Türk, & F. Nicholson (Eds.), *Refugee Protection in International Law UNHCR's Global Consultations on International Protection* (1ra ed., pp. 89–119). Cambridge: Cambridge University Press.

Leonard, D., & Taylor, R. (2016). *The Routledge Guide to the European Union* (1ra ed.). Abingdon: Routledge.

Maniar, A. (2016). Policing at Europe's Borders. Acceso 24 de septiembre, 2017. Disponible en <http://www.irr.org.uk/news/language-policing-at-europes-borders/>

May, L. (2011). *Global justice and due process* (1ra ed.). Cambridge ; New York: Cambridge University Press.

Messineo, F. (2012). Non-refoulement Obligations in Public International Law: Towards a New Protection Status? In J. Satvinder (Ed.), *The Ashgate research companion to migration law, theory and policy* (1ra ed., pp. 129–151). Farnham: Ashgate.

Moreno-Lax, V., & Costello, C. (2014). The Extraterritorial Application of the Charter: From Territoriality to Facticity, the Effectiveness Model. In S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, & A. Ward (Eds.), *Commentary on the EU Charter of Fundamental Rights* (1ra ed., pp. 1657–1683). Oxford: Hart Publishing.

Papanicolopulu, I. (2013). Hirsi Jamaa v. Italy. Application No. 27765/09. *American Journal of International Law*, 107(2), 417–423. Disponible en <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/div->

classtitlehirsi-jamaa-v-italy-application-no-
2776509div/E7D6E3E5971008B74669F2FB0B505026

Parkes, R. (2015). *Turkey's refugee politics*. Paris. Disponible en
<https://www.iss.europa.eu/content/turkey's-refugee-politics>

Peroni, L., & Peers, S. (10 de enero, 2017). Expulsion of seriously ill migrants: a new ECtHR ruling reshapes ECHR and EU law. Acceso 27 enero 2018. Disponible en
<http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/2017/01/expulsion-of-seriously-ill-migrants-new.html>

Rankin, J. (8 de diciembre, 2016). EU met only 5% of target for relocating refugees from Greece and Italy. *The Guardian*. Disponible en
<https://www.theguardian.com/world/2016/dec/08/eu-met-only-5-of-target-for-relocating-refugees-from-greece-and-italy>

Save the Children. (2017). Refugee and migrant children injured in illegal border push-backs across Balkans. Acceso 21 junio 2017. Disponible en
<https://www.savethechildren.net/article/refugee-and-migrant-children-injured-illegal-border-push-backs-across-balkans>

Scovazzi, T. (2015). The Particular Problems of Migrants and Asylum Seekers Arriving by Sea. In L. Westra, S. Juss, & T. Scovazzi (Eds.), *Towards a refugee oriented right of asylum* (1ra ed., pp. 177–229). Farnham: Ashgate.

Shaw, M. N. (2008). *International Law* (Sexta Edic). Cambridge: Cambridge University Press.

Simeon, J. (2010). Introduction: the research workshop on critical issues in international refugee law and strategies towards interpretative harmony. In J. Simeon (Ed.), *Critical issues in international refugee law : strategies toward interpretative harmony* (1ra ed., pp. 1–39). Cambridge ; Nueva York: Cambridge University Press.

Thomson Reuters Foundation. (2016). *EUROPEAN REFUGEE CRISIS: legal analysis of laws relating to border control and asylum in Europe*. Londres. Disponible en
<https://www.trust.org/contentAsset/raw-data/dc6e38f2-0009-4450-bd94-677866ed6e2f/file>

Tourme Jouannet, E. (2014). *A Short Introduction to International Law* (Primera). Cambridge: Cambridge University Press.

- Tsiakka, A. (2017). *The Dublin family reunification procedure from Greece to Germany*. Frankfurt. Disponible en https://www.proasyl.de/wp-content/uploads/2015/12/2017-08-02-Background-Note-Family-Reunification-Dublin_RSA_PRO-ASYL-August-2017.pdf
- Tsourdi, E. (Lilian), & De Bruycker, P. (2015). *EU asylum policy: in search of solidarity and access to protection*. Florencia. Disponible en http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/35742/MPC_PB_2015_06.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Tunaboylu, S., & Alpes, J. (2017, febrero). The EU-Turkey deal: what happens to people who return to Turkey? *Forced Migration Review*, 84–87. Disponible en <http://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/resettlement/tunaboylu-alpes.pdf>
- Turk, V., & Nicholson, F. (2003). Refugee protection in international law: an overall perspective. In E. Feller, V. Türk, & F. Nicholson (Eds.), *Refugee Protection in International Law UNHCR's Global Consultations on International Protection* (1ra ed., pp. 3–42). Cambridge: Cambridge University Press.
- UE. (2018). European Union: Institutions and bodies. Acceso 16 marzo 2018. Disponible en https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies_en
- Voynov, G., Franková, H., Bakonyi, A., Górczynska, M., & Nabergoj, M. (2017). *Pushed Back at the Door: Denial of Access to Asylum in Eastern EU Member States*. Budapest. Disponible en <http://www.refworld.org/docid/5888b5234.html>
- Westra, L. (2015). After the Flight: International Law and the Rights of Asylum Seekers Today. In L. Westra, S. Juss, & T. Scovazzi (Eds.), *Towards a refugee oriented right of asylum* (1ra ed., pp. 131–176). Farnham: Ashgate.

Tratados, convenciones y resoluciones internacionales:

- AGNU. Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (1951). Disponible en <http://www.refworld.org/docid/3be01b964.html>
- AGNU. Declaración Sobre el Asilo Territorial (1967). Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0009.pdf>

- AGNU. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (1967). Disponible en <http://www.refworld.org.es/docid/4c064d922.html>
- AGNU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- AGNU. Convención Contra la Tortura y Otros Tratos Penales Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984). Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat_SP.pdf
- AGNU. Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000). Disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_proto_cont_tráfi_líci_migra_tierra_mar_aire_comple_conve_nu_cont_delin_organ_transn.pdf
- AGNU. Resolución 56/83. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2002). Disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/56/83>
- Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusió No. 6 (XXVIII) (1977). Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9085.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2013/9085>
- Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 6 (XXVIII) (1977). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>
- Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 15 (XXX) (1979). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>
- Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 17 (XXXI) (1980). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>
- Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 19 (XXXI) (1980). Disponible en No. 19 (XXXI) de 1980
- Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 22 (XXXII) (1981). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>
- Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 26 (XXXIII) (1982). Disponible en

<http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>

Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 29 (XXXIV) (1983). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>

Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 50 (XXXIX) (1988). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>

Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 52 (XXXIX) (1988). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>

Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 55 (XL) (1989). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>

Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 62 (XLI) (1990). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>

Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 65 (XLII) (1991). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>

Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 68 (XLIII) (1992). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>

Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 71 (XLIV) (1993). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>

Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 74 (XLV) (1994). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>

Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 77 (XLVI) (1995). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>

Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 81 (XLVII) (1997). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>

Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 82 (XLVIII) (1997). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>

Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 85 (XLIX) (1998). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>

- Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 89 (LI) (2000). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>
- Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 91 (LII) (2000). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>
- Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 94 (LIII) (2002). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>
- Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 99 (LV) (2004). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>
- Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 103 (LVI) (2005). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>
- Comité Ejecutivo ACNUR. Conclusión No. 108 (LIX) (2008). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf>
- NU. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1946). Disponible en <http://www.un.org/es/documents/icjstatute/>
- NU. Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados (1969). Disponible en https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
- NU. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982). Disponible en http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf
- OMI. Convenio Internacional Sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos (1979). Disponible en https://www.directemar.cl/directemar/site/artic/20170307/asocfile/20170307145733/conferencia_internacional_sobre_bsqueda_y_salvamento_martimo_1979.pdf
- OUA. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297>

Normativa Regional Europea:

Consejo de Europa, Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950). Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

Consejo de Europa. Resolución 14 sobre el asilo de personas amenazadas de persecución (1967). Disponible en <http://www.refworld.org/docid/3ae6b38168.html>

Consejo de Europa. Recomendación 1645 sobre el acceso a la asistencia y protección de los solicitantes de asilo en los puertos marítimos y áreas costeras' (2004). Disponible en <http://www.unhcr.org/4aa664f49.pdf>

Consejo de Ministros. Recomendación No. R (84) 1 (1984). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/3ae6b3816c.pdf>

Normativa de la Unión Europea:

Bélgica Francia Alemania Luxemburgo Holanda. Acuerdo de Schengen (1986). Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:42000A0922\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:42000A0922(01))

Consejo de la Unión Europea. Directiva 2001/51/CE, por la que se completan las disposiciones del Artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (2001). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32001L0051>

Consejo de la Unión Europea. EU-Turkey Statement, 18 March 2016 (2016). European Union. Disponible en <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>

IATA/CAWG. A Code of Conduct for Immigration Liaison Officers (2002). Disponible en <https://www.icao.int/Meetings/FAL12/Documents/FAL.12.WP.040.att.1.en.pdf>

Parlamento Europeo, & Consejo de la Unión Europea. Directiva 2013/32/E 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 (refundición) (2013). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0032&from=en>

Parlamento Europeo, & Consejo de la Unión Europea. DIRECTIVA 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición) (2013). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0032&from=en>

Parlamento Europeo y Consejo. Reglamento (CE) no562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (2006). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l14514&from=EN>

Parlamento Europeo y Consejo. Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (2008). Disponible en <http://www.boe.es/doue/2008/348/L00098-00107.pdf>

Parlamento Europeo y Consejo. Directiva 2011/95/UE, 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 pers (2011). Disponible en <https://eu.vlex.com/vid/paises-apatridas-refugiados-subsidiaria-339684994>

Parlamento Europeo y Consejo. Reglamento (UE) No 493/ por el que se modifica el Reglamento (CE) no 377/2004 del Consejo sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración (2011). Disponible en <http://www.boe.es/doue/2011/141/L00013-00016.pdf>

Parlamento Europeo y Consejo. Directiva 2013/33/UE por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición) (2013). Disponible en <https://eu.vlex.com/vid/aprueban-acogida-solicitantes-internacional-445643206>

Parlamento Europeo y Consejo. Reglamento (UE) n° 603/2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del E (2013). Disponible en <https://www.boe.es/doue/2013/180/L00001-00030.pdf>

- Parlamento Europeo y Consejo. Reglamento (UE) n° 604/2013, 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 (2013). Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9259.pdf>
- Parlamento Europeo y Consejo. 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 la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras E (2014). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0656&from=ES>
- UE. Treaty Establishing the European Community (Consolidated Version), Rome Treaty (1957). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:11957E/TXT>
- UE. Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (1990). Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:42000A0922\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:42000A0922(02)&from=EN)
- UE. Tratado de la Unión Europea, versión consolidada, Tratado de Maastricht (1993). Disponible en <http://www.refworld.org/docid/3ae6b39218.html>
- UE. Tratado de Amsterdam, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (1997). Disponible en https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_es.pdf
- UE. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000). Disponible en http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf
- UE. Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (2000). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12001C/TXT>
- UE. Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (2007). Disponible en https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat_lisboa.pdf

Jurisprudencia de la CIJ y CPIJ:

CIJ. North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v.the Netherlands) (1969). Disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>

CIJ. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1971). Disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-00-EN.pdf>

CIJ. Caso Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y Contra Nicaragua (1986). Disponible en <http://www.refworld.org/cases,ICJ,4023a44d2.html>

CIJ. Opinión Consultiva Sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado (2004). Disponible en <http://www.icj-cij.org/files/advisory-opinions/advisory-opinions-2004-es.pdf>

CIJ. Aplicación de la Convención Para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina Contra Serbia y Montenegro) (2007). Disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>

CPIJ. The Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey) (1926). Disponible en https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf

Jurisprudencia del TJUE

TJUE. Andrea Francovich y Danila Bonifaci y Otros contra Italia. Casos acumulados C-6/90 y C-9/90. (1991). Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:7a76ea3f-a919-475c-8cbe-29e0b260ebc4.0008.03/DOC_1&format=PDF

TJUE. Flaminio Costa contra E.N.E.L, caso 6/64 (1964). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=EN>

TJUE. N. S. (C 411/10) v. Secretary of State for the Home Department and M. E. (C 493/10) and others v. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform (2011). Disponible en <http://www.refworld.org/cases,ECJ,4ef1ed702.html>

Jurisprudencia de la ComEDH y del TEDH

ComEDH. X. y Y Contra Suiza (Demanda N° 7289/75) (1977). Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22N%207289%2F75%22%5D%7D>

ComEDH. Stocké Contra Alemania (Solicitud 11755/85) (1989). Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Stocke%22%5D%7D>

TEDH. Soering Contra Reino Unido (Sentencia 14038/88) (1989). Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%5C%22CASE%20OF%20SOERING%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%5C%22CASE%20OF%20SOERING%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-%22%5D%7D)

TEDH. Amuur Contra Francia (Sentencia 19776/92) (1996). Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D%2C%22appno%22:%5B%2219776%2F92%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-57988%22%5D%7D>

TEDH. Caso Loizidou Contra Turquía, (Sentencia 15318/89) (Objeciones preliminares) (1996). Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22display%22:%5B%220%22%5D%2C%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%5D%2C%22appno%22:%5B%2215318%2F89%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-164246%22%5D%7D>

TEDH. Chahal Contra Reino Unido (Sentencia 22414/93) (1996). Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22chahal%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-164286%22%5D%7D>

TEDH. T.I. Contra el Reino Unido (Demanda No. 43844/98) (2000). Disponible en <http://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b6dfc.html>

TEDH. Bankovic y Otros Contra Bélgica y Otros (Demanda no. 52207/99) (2001). Disponible en

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22appno%22:%5B%2252207/99%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22DECGRANDCHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-22099%22%5D%7D>

TEDH. Chipre Contra Turquía (Sentencia 25781/94) (2001). Disponible en

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%5D,%22appno%22:%5B%2225781/94%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-162328%22%5D%7D>

TEDH. Xhavara y Otros Contra Italia y Albania (Demanda No. 39473/98) (2001). Disponible en

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Xhavara%22%5D,%22itemid%22:%5B%22002-5809%22%5D%7D>

TEDH. Ilascu y Otros Contra Moldova y Rusia, (Demanda no. 48787/99) (2004). Disponible en

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Ilascu%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-61886%22%5D%7D>

TEDH. Issa y Otros Contra Turquía, (Demanda no. 31821/96) (2004). Disponible en

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Issa%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-67460%22%5D%7D>

TEDH. Öcalan Contra Turquía (Demanda no. 46221/99) (2005). Disponible en

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Öcalan%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-69022%22%5D%7D>

TEDH. Saadi Contra Italia (Demanda no. 37201/06) (2008). Disponible en

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%5C%22CASE%22OF%22SAADI%22v.%22ITALY%5C%22%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-85276%22%5D%7D>

TEDH. Al-Saadoon y Mufdhi Contra el Reino Unido, (Demanda no. 61498/08) (2010).

Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Al-Saadoon%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-97575%22%5D%7D>

TEDH. Medvedyev y Otros Contra Francia (Demanda no. 3394/03) (2010). Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Medvedyev%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-97979%22%5D%7D>

TEDH. Al-Skeini y Otros Contra Reino Unido (Demanda no 55721/07) (2011). Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%2C%22appno%22:%5B%2255721/07%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-139347%22%5D%7D>

TEDH. M.S.S. Contra Bélgica y Grecia (Demanda no. 30696/09) (2011). Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22mss%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-139046%22%5D%7D>

TEDH. Hirsi Jamaa y Otros Contra Italia (Demanda no. 27765/09) (2012). Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22hirsi%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-139041%22%5D%7D>

TEDH. Caso de Khlaifia y Otros Contra Italia (Demanda no. 16483/12) (2016). Disponible en <http://www.refworld.org/cases,ECHR,58529aa04.html>

TEDH. Paposhvili Contra Bélgica (Demanda no. 41738/10) (2016). Disponible en www.refworld.org/cases,ECHR,5859459b4.html

Jurisprudencia Interamericana y de EE.UU:

CIDH. Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. v. Estados Unidos, Caso 10.675, (1997). Disponible en <https://cidh.oas.org/annualrep/96span/EEUU10675.htm>

USSC. Chris Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service, et al. v. Haitian Centers Council, Inc., et al. (1993). Disponible en <http://www.refworld.org/cases,USSCT,3ae6b7178.html>