



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL.

EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

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

Autor: José Pablo Parcha Nettle

Profesora Guía: Rita Lages de Oliveira

Santiago, Chile

2020

DEDICATORIA

La dedico por completo, y aunque me perdone lo poco, a Gilda Silva A.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi familia, por tanto que tuve que pasar para dar fruto a este trabajo de investigación.

ÍNDICE

RESÚMEN.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO 1 CONTEXTO DEL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCION.....	9
1.1. El concepto de migrante.....	9
1.2. Los derechos de la persona migrante.....	9
1.3. Principales movimientos migratorios del siglo XXI: tipos y causas.....	10
1.3.1. Grandes migraciones del siglo XXI.....	10
1.3.2. Tipos de migración.....	11
1.3.3. Causas de la migración.....	11
1.4. Algunas estadísticas migratorias globales del siglo XXI.....	12
1.5. ¿Qué es un extranjero?.....	15
1.5.1. Clases de extranjeros.....	16
1.5.2. Derechos que concurren en la persona extranjera.....	17
CAPÍTULO 2 EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS.....	19
2.1. El origen de algunas de las organizaciones relacionadas con la protección de los refugiados: breve reseña.....	19
2.2. La expulsión de extranjeros según la Organización de Naciones Unidas.....	19
2.3. Concepto de expulsión en relación con el principio de no devolución.....	21
2.3.1. Figuras afines a la expulsión y principio de no devolución.....	23
2.4. Causales por las que se prohíbe la expulsión de un extranjero.....	24
2.4.1. Principio de no devolución.....	24
2.4.2. Prohibición de la expulsión colectiva.....	25

2.4.3. Prohibición de la expulsión ante una inminente tortura, tratos o penas crueles en el Estado de destino.....	27
2.4.4. La condición de refugiado temporal.....	30
CAPÍTULO 3 EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCION EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	
31	31
3.1. Principio de no devolución en el Derecho Internacional y su vínculo con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.....	31
3.1.1. Análisis en la Convención de Refugiados de 1951 sobre el principio de no devolución.....	34
3.2. Personas objeto del principio de no devolución (o <i>refoulement</i>).....	36
3.2.1. Los apátridas.....	38
3.2.2. El refugiado.....	40
3.2.3. La figura del asilo.....	45
CAPÍTULO 4 EXCEPCIONES DEL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN Y ALGUNOS CASOS DE JURISPRUDENCIA.....	
66	66
4.1 Las excepciones al principio de no devolución.....	66
4.2 Casos en la jurisprudencia internacional donde se ha innovado en relación con el principio de no devolución.....	67
4.2.1 Síntesis de los hechos del Caso Croacia-Bosnia Herzegovina de 1992.....	67
4.2.2 Síntesis de los hechos del Caso Macedonia- Kosovo.....	68
4.2.3 Reflexiones ante los casos Croacia-Bosnia Herzegovina y Macedonia-Kosovo.....	68
4.2.4 El caso de <i>X v. Suecia</i>	69
4.2.5 El caso M.S.S contra Bélgica y Grecia:.....	71
CONCLUSIONES.....	75
BIBLIOGRAFIA.....	78

RESÚMEN

El presente trabajo de investigación versa sobre lo que se considera o abarca el principio de no devolución consagrado como norma *ius cogens* ratificado por los estados de la O.N.U (en el tratado de los refugiados de 1951), que limita la soberanía de los estados en tanto prohíbe devolver a un extranjero cuando existe peligro para la vida y seguridad del migrante.

Este principio con el pasar de los años se ha enfrentado con problemas en su aplicación, debido a la falta de actualización, ante problemas como el de los refugiados, apátridas y asilados de fines del siglo XX y el siglo XXI, la seguridad interior de los estados y, especialmente, el terrorismo.

Para ello, contextualizamos el fenómeno de la migración, para concentrarnos en particular en aquella transfronteriza, y concretamente, en el extranjero que migra y los derechos que en el concurren.

Enseguida, tratamos justamente las reglas que regulan la expulsión del extranjero desde un Estado, para concentrarnos en delimitar uno de los principios que rigen en el derecho internacional que es, juntamente, el principio de devolución, contenido, alcance, excepciones y limitaciones, tanto como se ha concebido desde las fuentes del derecho internacional, desde los tratados hasta la jurisprudencia.

Todo ello permitió concluir que si bien la aplicación de este principio no es absoluta pues encuentra límites en la seguridad u orden público del estado receptor, ello otorga discrecionalidad al estado porque el derecho internacional obliga a la aplicación de garantías procesales, cerrando con ello la protección internacional del derecho a migrar.

PALABRAS CLAVE: expulsión; extranjeros; asilados; refugiados; principio de no devolución.

INTRODUCCIÓN

El creciente fenómeno de la migración se ha vuelto un suceso habitual en el mundo. Millones de personas se trasladan dentro y fuera de las fronteras de sus territorios de residencia y origen para instalarse, permanente o transitoriamente, a otros puntos del planeta. Los flujos migratorios pueden obedecer a la necesidad o deseo de obtener un empleo mejor remunerado en otro sitio, escapar de condiciones climáticas o geográficas adversas, hasta huir de persecución o conflicto armado. Con todo, estas motivaciones tienen una causa en común: encontrar mejores condiciones de vida que las que tienen en sus países de origen.

Los flujos migratorios del último tiempo en diversas zonas del mundo obedecen a ciertas tendencias. Así, originarios de Latinoamérica ejercen fuerte presión para la entrada a Estados Unidos; los habitantes de Asia migran no solo hacia países más desarrollados, sino que igualmente dentro de su propio país desde el campo a las grandes urbes; y quienes viven en África suelen migrar hacia el continente europeo.

El derecho juega un rol fundamental para la migración, pues determina tanto el acceso a un país como la denegación de entrada o salida. La regulación normativa viene a determinar, entonces, las condiciones y factores que han de incidir para que un estado decida el acceso, permanencia o expulsión de un migrante en el territorio.

Asimismo, la migración no solo se encuentra regulada en el derecho interno o administrativo propio de un Estado, sino que además se regula por normativa continental y global integrada por aquellos convenios o pactos internacionales sobre derecho internacional o derechos humanos, instrumentos que reconocen los derechos inalienables e indisponibles de la persona humana. Dichos derechos trascienden y superan el territorio y siguen al migrante donde quiera que se encuentren. Entre estos podemos mencionar el derecho a vivir con dignidad; la libertad; el no ser sometido torturas, tratos crueles o degradantes; la vida privada o familiar.

Entonces, la relevancia del derecho para los migrantes radica justamente en que los protege de la arbitrariedad de los Estados en cuanto a la decisión de admitir o denegar la

entrada al territorio, sin respetar las garantías mínimas reconocidas a todos los seres humanos en su dignidad.

La presente memoria analizará la situación de aquellos refugiados o asilados que satisfaciendo los requisitos para la aplicación del principio de no devolución - prohibición de expulsión de un refugiado en riesgo de persecución arbitraria o discriminatoria - igualmente son expulsados o devueltos su país de origen o a un tercer estado, a fin de determinar conflictos jurídicos que se producen y como se han resuelto.

El problema central radica en responder: ¿Qué límites debe respetar un Estado que ha ratificado los convenios sobre refugiados y el principio de no devolución del derecho internacional, para considerar admitir devolver o expulsar a un refugiado de su territorio?

Los objetivos generales son:

- 1) Contrastar las diferencias entre migrante, extranjero y refugiado, y relacionar al principio de no devolución el asilo y la extradición;
- 2) Definir los puntos más importantes que integra el concepto del principio de no devolución y la aplicación de este; y
- 3) Analizar casos prácticos de la aplicación de este principio en algunas cortes internacionales que han dilucidado puntos problemáticos en cuanto a la expulsión de refugiados

Los objetivos específicos son:

- 1) Desarrollar el concepto de migración y extranjero;
- 2) Contextualizar la expulsión de extranjeros en el derecho internacional y definir sus principios más importantes;
- 3) Abarcar el tema de la evolución en el derecho internacional del asilo y la extradición, relacionándolo con el principio de no devolución;
- 4) Exponer el estatus del principio de no devolución, sus principios fundamentales, las causales en que no se puede devolver a un refugiado, las excepciones al principio de no devolución, y la relación en el derecho internacional con este principio; y,
- 5) Analizar casos concretos del principio de no devolución y algunas problemáticas

recientes.

La metodología empleada será la jurídico-doctrinal, desde la perspectiva dogmática y se llevará a cabo mediante la exposición de la exégesis de lo que establece el derecho internacional en cuanto a la expulsión de extranjeros en relación con el principio de no devolución. Lo anterior, en base a una sistematización crítica e interpretativa de las normas del derecho internacional y convenios *ad hoc* sobre la materia, encontrando aquellos puntos problemáticos a mejorar en cuanto al principio de no devolución, para tener una postura frente a la actual crisis migratoria de los refugiados. Es decir, trazar en líneas generales lo que puede tener más efectividad en la actual realidad de la expulsión de refugiados en relación con el principio de no devolución en el derecho internacional.

El trabajo se estructura en una introducción y cuatro capítulos. La introducción expresa el problema a abordar por la investigación, objetivos, metodología y fuentes. El primer capítulo contextualiza el principio de no devolución, abordando el fenómeno de la migración en general. El segundo capítulo trata particularmente la expulsión del migrante extranjero o inmigrante, la protección y regulaciones generales que norman la expulsión y sus causales de prohibición, entre las que se cuenta el principio de no devolución. El tercer capítulo aborda el contenido y alcance este principio en el derecho internacional, a quienes se aplica, sus principales cláusulas, con particular énfasis en la figura del asilo y la extradición. El cuarto capítulo trata de las excepciones al principio de no devolución y como ha sido tratado en la jurisprudencia, para finalizar luego con las conclusiones de este trabajo,

Las fuentes de la investigación serán los tratados y convenios internacionales, principios del derecho internacional y jurisprudencia de cortes internacionales. Asimismo, tomaremos en cuenta declaraciones internacionales, la opinión de la Comisión Internacional de la O.N.U y la jurisprudencia nacional. Por último, consultaremos libros de derecho, revistas especializadas en derecho internacional atinentes al tema, tanto nacionales como internacionales, páginas de internet de organismos internacionales, de cortes internacionales de justicia, del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUR), la Organización Internacional de la Migración, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros.

CAPÍTULO 1 CONTEXTO DEL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCION

1.1. El concepto de migrante

La Real Academia Española define migrante como “aquel que migra o emigra”. El fenómeno llamado “migración” implica un movimiento o desplazamiento espacial por parte de personas que tienen, en la generalidad y por objetivo, buscar mejores oportunidades de vida, ya sea porque en su lugar de origen o de residencia no existen tales oportunidades o porque no satisfacen todos sus criterios personales. Por consecuencia, puede definirse migración como: “el movimiento en que se atraviesa una frontera significativa que es definida y mantenida bajo cierto régimen político (un orden, formal o informal) de tal manera que cruzarla afecta la identidad del individuo”¹.

1.2. Los derechos de la persona migrante

Salvo en lo relativo a los apátridas, refugiados y asilados, el migrante por lo general es considerado un invitado, meramente incluido en un cupo preestablecido por el gobierno de cada país y no como parte la ciudadanía, con consecuencias en el ejercicio de derechos sociales y políticos que son limitados.

Por su parte, es discutida la extensión y contenido de los derechos que tiene un migrante. Para algunos estaría justificada la discriminación de estas personas respecto de los nacionales del estado receptor, para otros, no. El académico Javier de Lucas ilustra: “Los derechos de los inmigrantes en las políticas de inmigración envían un mensaje de estar justificada la discriminación en el reconocimiento de sus derechos humanos y fundamentales, su condición de sujeto jurídico, tienen un estatus de infraciudadanía. Un ejemplo de esto es que a los inmigrantes se les reconoce el derecho a prestaciones sanitarias, pero no el derecho a la salud”². Más aun manifiesta: “El test de inclusión de inmigrantes no constituiría tanto los derechos

¹ KEARNEY, MICHEL; BERNADETE BESERRA. 2002. “Migration and identities: a class Based Approach”, Latin American perspectives, Issue 138, Vol. 31, N° (5): p. 4.

² Ibid., p. 64.

sociales, sino en realidad los derechos políticos, que obviamente no se reducen al sufragio activo y pasivo”³.

1.3. Principales movimientos migratorios del siglo XXI: tipos y causas

1.3.1. Grandes migraciones del siglo XXI

El fenómeno migratorio en el siglo XXI ha presentado diversas formas de desplazamiento. Desde luego, no solamente contamos con los flujos Sur-Norte (asociado al ingreso por parte de países menos desarrollados del sur, a países desarrollados del hemisferio norte como Estados Unidos y la Unión Europea), sino que también con las migraciones Sur-Sur. Estadísticamente, los datos de las últimas décadas demuestran que la migración Sur-Sur es tan común como la migración Sur-Norte. Así, en 2013, cerca de 82,3 millones de migrantes internacionales que nacieron en el Sur residían en el Sur, cifra que supera en algo los 81,9 millones de migrantes internacionales originarios del Sur que viven en el Norte⁴. Al respecto, “aproximadamente una tercera parte se ha trasladado de un país en desarrollo a otro, mientras que otro tercio ha pasado de un país en desarrollo a uno desarrollado. Es decir, los migrantes “Sur - Sur” son casi tan numerosos como los “Sur-Norte”⁵.

Ahora bien, entre los principales destinos para inmigrantes destaca Estados Unidos con un gran aporte migratorio de México y Centroamérica. En cuanto a las zonas de origen, los nacidos en Asia meridional constituyen el grupo más numeroso de inmigrantes que vive fuera de su región de procedencia al año 2013. De los 36 millones de inmigrantes de Asia meridional, 13,5 millones residen en los países productores de petróleo de Asia occidental. Los migrantes internacionales oriundos de América Central, con inclusión de México, representan otro gran grupo de migrantes que vive fuera de su región de origen; y cerca de 16,3 millones de los 17,4 millones de migrantes centroamericanos viven en los Estados Unidos⁶.

³ Ibid., p. 73.

⁴ Comunicado de prensa de las Naciones Unidas, Nueva York. Septiembre, 2013. [en línea] <http://www.un.org/es/ga/68/meetings/migration/pdf/press_el_sept%202013_spa.pdf > [consulta: 9 agosto 2018].

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

1.3.2. Tipos de migración

Los tipos de migración de personas son variados. Entre ellas: a) la migración permanente, que hace referencia al cambio significativo del lugar de origen de la persona que decide emigrar⁷; b) la migración temporal, circular o transitoria, en la que el migrante realiza desplazamientos recurrentes y continuos, la residencia habitual se mantienen en su lugar de origen y solo realiza cambios estacionales dependiendo de sus intereses y necesidades⁸; c) la migración entre zonas de un estado, que responde a movimientos dados dentro del mismo país de origen, es decir, el cambio de residencia se da de un estado o región a otro⁹; d) la migración internacional que se da el cruce de línea fronterizos¹⁰.

1.3.3. Causas de la migración

La primera causa de la migración consiste en asuntos laborales: “La desocupación o desempleo algo que está muy patente en la actualidad de las economías de mercado; la particularidad del desempleo es que inhibe las posibilidades de sobrevivencia y progreso individual y colectivo, ocasionando el surgir de desigualdades económicas, polarizándolas en perjuicio de los que menos tienen, y donde estos últimos optan por emigrar”¹¹.

Una segunda causa es la discriminación, prohibida por los tratados internacionales de derechos humanos ratificados ampliamente por los países civilizados, cuando se basa en la clase social, raza u origen étnico, sexo, condición, edad y religión. Si bien pueden ser admisibles las diferencias dado el caso específico de una persona, cuando la discriminación es arbitraria aquellos que se sienten más débiles se sienten obligados a abandonar el lugar que originalmente compartían con el más fuerte¹².

⁷ GUZMAN CASTELO, ETELVINA. 2005. “Logros y retos del Frente Indígena Oaxaqueño Binacional: una organización para el futuro de los migrantes indígenas”. Tesis Licenciatura. Relaciones Internacionales. Departamento de Relaciones Internacionales e Historia, Escuela de Ciencias Sociales, Universidad de las Américas Puebla.: p. 9.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ ROCATTI, MIREILLE. 1999. “Derechos Humanos de los niños y mujeres migrantes”. En Memoria del coloquio Nacional sobre Políticas Publicas de Atención Al migrante”, Gobierno del Estado de Oaxaca: pp. 38-39.

¹² Ibid.

La tercera causa es el clima y el medio físico en que se desenvuelven las personas. Un clima inhóspito, árido o improductivo provoca éxodos masivos motivados por la esperanza de un mejor nivel de vida, a pesar de para ello traspasar fronteras de países o incluso continentes¹³.

Una cuarta causa es la violencia, el comportamiento agresivo y sistemático de personas o de un grupo de ellas entre sí o en contra de otros grupos antagónicos. Esta es la razón de expulsión o desplazamiento forzoso de familias enteras como sucede en el Medio Oriente en donde su población aspira especialmente llegar a países de Europa¹⁴.

Estos son, a grandes rasgos, los motivos de migración. Sin embargo, puede haber otros en casos particulares, como la reunificación familiar, el acceso a tratamientos médicos en países más desarrollados o, simplemente, la comodidad que una persona dice de estar en un país respecto a otro.

1.4. Algunas estadísticas migratorias globales del siglo XXI

De acuerdo con el “Informe sobre las Migraciones en el Mundo” del año 2020¹⁵, documento elaborado en los últimos 20 años por la Organización Internacional para las Migraciones, la migración se ha acelerado e incrementado en los últimos años.

Así, en el capítulo 1 de este documento en su versión más actualizada, se resumen las principales estadísticas en la figura que incorporamos a continuación, a fin de tener un panorama global sobre la migración en el mundo de los últimos 20 años.

Tabla 1 Principales datos y cifras de los Informes sobre las Migraciones en el Mundo de 2000 y 2020

Ítem	Informe 2000	de Informe 2020	de % de variación
------	-----------------	--------------------	-------------------

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Organización Internacional para las Migraciones (2020). Informe sobre las Migraciones en el Mundo. Ginebra, Suiza. Disponible en https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020_es.pdf. Fecha de consulta: 20-06-2020.

Número estimado de migrantes internacionales	150 millones	272 millones	81%
Proporción estimada de migrantes en la población mundial	2,8%	3,5%	25%
Proporción estimada de mujeres entre los migrantes Internacionales	47,5%	47,9%	1%
Proporción estimada de niños entre los migrantes internacionales	16,0%	13,9%	-13%
Región con la proporción más alta de migrantes internacionales	Oceanía	Oceanía	No aplica
País con la proporción más alta de migrantes internacionales	Emiratos Árabes Unidos	Emiratos Árabes Unidos	No aplica
Número de trabajadores migrantes	Sin datos	164 millones	No aplica
Valor mundial total de las remesas internacionales (dólares EE.UU.)	126.000 millones	689.000 millones	447%
Número de refugiados	14 millones	25,9 millones	85%
Número de desplazados internos	21 millones	41,3 millones	97%
Número de apátridas	Sin datos	3,9 millones	No aplica

* Cuadro elaborado a partir de datos extraído de cuadro 1 de Informe sobre Las Migraciones en el Mundo 2020. p. 11

Según la estimación más reciente consignada en el informe en referencia, “en 2019 había en el mundo aproximadamente 272 millones de migrantes internacionales, una cifra equivalente al 3,5% de la población mundial”¹⁶. Entonces, de acuerdo con este dato, “permanecer en el país natal sigue siendo la norma casi universal”¹⁷.

El informe constata que la mayoría de las migrantes que permanecen dentro de sus países (740 millones de migrantes internos al 2009)¹⁸, pero la migración internacional se ha acelerado incluso a un ritmo mayor al proyectado en las últimas cinco décadas. Los 272 millones de personas que vivían en un país distinto de su país natal en 2019 es superior en 119 millones a la cifra de 1990 (153 millones) y triplica la de 1970 (84 millones)¹⁹.

El documento afirma que en 2019 el 74% de los migrantes internacionales estaban en edad de trabajar (20 a 64 años); los migrantes menores de 20 años habrían disminuido ligeramente desde el año 2000 (del 16,4% al 14%), mientras que la de migrantes internacionales de 65 años o más se había mantenido constante (en torno al 12%)²⁰.

En cuanto a los datos según continente, Europa y Asia acogían a alrededor de 82 millones y 84 millones de migrantes internacionales, respectivamente, sumando el 61% de la población mundial total de migrantes internacionales. América del Norte contaba a dicho año con casi 59 millones de migrantes internacionales (22% de la población mundial de migrantes), África (10%), América Latina y el Caribe (4%) y Oceanía (3%)²¹.

En cuanto a la distribución de los migrantes internacionales al año 2019 según ingreso de los países, cerca de dos tercios de los migrantes internacionales (176 millones) residían en países de ingreso alto; en los países de ingreso mediano, cerca de un tercio (82 millones); y solo 13 millones en países de ingreso bajo, 13 millones²².

¹⁶ Ibid. p. 21

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ ibidem

¹⁹ Ibid p. 23.

²⁰ Ibid. p. 24.

²¹ Ibid. p. 26.

²² Ibid. p. 28.

En cuanto a las estadísticas de refugiados y solicitantes de asilo, categoría que interesa especialmente por el tema de esta investigación, el informe nos revela que “[al] final de 2018 había en el mundo un total de 25,9 millones de refugiados, de los cuales 20,4 millones estaban bajo el mandato del ACNUR y 5,5 millones estaban registrados por el Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (OOPS)³⁷. Este número total de refugiados es el más alto jamás registrado, aunque la tasa de crecimiento anual se ha desacelerado desde 2012”.²³

Respecto de los solicitantes de asilo, la cifra alcanza 3,5 millones en total en 2018, 1,7 millones de ellas eran nuevas, y de estas 254.300 se habían presentado en E.E.U.U., país con mayor cantidad de solicitudes. Con todo, la cifra representa una reducción del 23% con respecto a 2017 (331.700), revirtiendo la tendencia al aumento observada en dicho país entre 2013 y 2016. Por el contrario, Perú experimentó un brusco aumento de nuevas solicitudes, de 37.800 en 2017 a 192.500 en 2018, convirtiéndose en el segundo país con más solicitudes, la mayoría de venezolanos (190.500). El tercer lugar, Alemania, mantuvo la tendencia descendente (de 722.400 en 2016 a 198.300 en 2017 y a 161.900 en 2018)²⁴.

1.5. ¿Qué es un extranjero?

Etimológicamente, la palabra extranjero proviene del vocablo latín *extraneus*, que significa “extraño”. Entonces, se entiende por “extranjero” la persona física que no tiene la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentra”²⁵.

Todo migrante es extranjero si se traslada de un Estado a otro sin tener su nacionalidad. La persona migrante lleva consigo la calidad de extranjero, donde puede ser emigrante o inmigrante, según salga de su país de origen o haga ingreso a su país de destino, respectivamente. En otras palabras, un extranjero es una persona que ingresó legalmente a un país con el propósito de radicarse en él, en tanto adquiera la calidad de inmigrado²⁶, y a la

²³ Ibid. 42.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer periodo de sesiones Suplemento N°10 (A/CN.4/554).

²⁶ En la legislación comparada, en México, es de la ley de población estipulado en su artículo 44.

inversa, un emigrante es un nacional de un país que se traslada a otro país, con el propósito de radicarse en él.

En la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada por la Asamblea General de las Naciones, en su art 1, define extranjero: “Como a toda persona que no sea nacional del Estado en el cual se encuentre”.

Carlos Arellano García, destacado jurista mexicano, considera al extranjero como “la persona física o moral que no reúne los requisitos establecidos por el sistema jurídico de un Estado determinado para ser considerada como nacional”²⁷.

1.5.1. Clases de extranjeros

El concepto de extranjero se puede clasificar, a su vez, en diversas categorías.

Primero, los asilados, es decir, aquellas personas admitidas físicamente en el territorio de un Estado que no es el suyo, en virtud de ser perseguido por delitos políticos²⁸. El concepto tuvo su origen en Latinoamérica. Por su parte, se llama asilo diplomático cuando se concede en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares.

Segundo, el solicitante de asilo, definidos como “quien solicita el reconocimiento de la condición de refugiado y cuya solicitud todavía no ha sido evaluada en forma definitiva”²⁹.

Tercero, los refugiados, entendiéndose como las personas “que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de

²⁷ ARELLANO GARCIA, CARLOS. 1976. “Derecho Internacional privado”, 2ª edición, México, Porrúa, p.: 311.

²⁸ Cátedra de Derechos Humanos del profesor José Zalaquett, 2015. Universidad de Chile, Santiago, Chile.

²⁹ Página de internet del ACNUR [en línea] : <<http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/solicitantes-de-asilo/html>> [consulta: 04 agosto 2018].

nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”³⁰.

Cuarto, los trabajadores migratorios. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, celebrada en Ginebra el 25 a 29 de abril de 2005, define trabajador migratorio como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”.

Finalmente, los apátridas³¹. La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 los define como toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación.

1.5.2. Derechos que concurren en la persona extranjera

Según el artículo 5° de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, son derechos que deben respetarse y gozar libremente, con arreglo a la legislación nacional y con sujeción a las obligaciones internacionales pertinentes del Estado en la cual se encuentren³²:

- a) el derecho a la vida y la seguridad de la persona; ningún extranjero podrá ser arbitrariamente detenido o arrestado; ningún extranjero será privado de su libertad, salvo por las causas establecidas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta;
- b) el derecho a la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad, la familia, el hogar o la correspondencia;
- c) el derecho a la igualdad ante los tribunales y todos los demás órganos y autoridades encargados de la administración de justicia, y en caso necesario, a la asistencia gratuita de un intérprete en las actuaciones penales y, cuando los disponga la ley, en otras actuaciones;
- d) el derecho a elegir cónyuge, a casarse y fundar una familia;
- e) el derecho a la libertad de pensamiento, de opinión, de conciencia y de religión; el derecho a manifestar la religión propia, con sujeción únicamente a las limitaciones y que sean necesarias

³⁰ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951

³¹ Según la clasificación de extranjeros: En los Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer periodo de sesiones Suplemento N°10 (A/CN/.4/554).

³² Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 40/144, 13 de diciembre de 1985.

para proteger la seguridad pública, el orden público, la salud o moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás;

f) el derecho a conservar su propio idioma, cultura y tradiciones en el país donde vayan;

g) el derecho a transferir al extranjero sus ganancias, ahorros u otros bienes monetarios personales, con sujeción a las reglamentaciones monetarias internacionales.

Estos derechos deben ser aplicados en todos los casos y en cada clase de extranjeros, incluso si un Estado soberano decide expulsar a un no nacional de su territorio.

CAPÍTULO 2 EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

2.

2.1. El origen de algunas de las organizaciones relacionadas con la protección de los refugiados: breve reseña

El siglo XX conoció numerosos conflictos bélicos. A raíz de esto, cuantiosas también fueron las personas que, buscando huir de estos eventos, ingresaron a otros países solicitando refugio.

Las Naciones Unidas creó en sus comienzos, entre otros organismos, la Organización Internacional para los Refugiados en 1946, extinguida en 1952. Sus fines principales eran ayudar de manera íntegra al refugiado, otorgándole protección, registro, asistencia médica, asistencia legal, reasentamiento y reinserción social³³.

Posteriormente, mediante la Resolución 319 (IV) de la Asamblea de las Naciones Unidas en 1949, se crea el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), comenzando a funcionar a partir de 1951 de manera temporal. Es muy importante señalar que esta temporalidad se fue prorrogando hasta el 2004, fecha en la cual se estableció su permanencia hasta resolver el problema de los refugiados.

Los fines principales del ACNUR son, entre otros, otorgar protección, reasentamiento y reinserción a los refugiados. La organización comenzó con graves problemas de financiamiento y la oposición de Estados Unidos, que crearía organizaciones aparte como la actual Organización Internacional para los Migrantes (OIM). Estos problemas se solucionaron con la creación del Fondo de las Naciones Unidas para los Refugiados en 1954.

2.2. La expulsión de extranjeros según la Organización de Naciones Unidas

Se entiende por expulsión el acto jurídico o comportamiento atribuible a un Estado, por el que un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado. Al referirnos al concepto de

³³ FORTIN, ANTONIO. 2003. "Reseña del Derecho Internacional de los Refugiados", Septiembre, p.: 5.

expulsión, abarcamos todos los aspectos, desde la resolución así como también sus diversas etapas del proceso hasta su completa ejecución.

La expulsión de extranjeros se concibe como un derecho soberano de los Estados, el que ha de ejercerse con el respeto de los derechos de la persona destinada a expulsar.

La Comisión de la Organización de las Naciones Unidas y sus resoluciones se aplican tanto al caso de la expulsión de extranjeros legalmente en el territorio, como la de la persona ilegal de un país en el territorio del Estado expulsor. Se entiende por extranjeros en situación migratoria irregular los que han ingresado ilegalmente al territorio y también aquellos cuya presencia en el territorio haya pasado a ser ilegal, después de una infracción a la legislación del Estado expulsor.

La expulsión puede adoptar la forma de una acción o una omisión del Estado, y lo determinante a los efectos de la expulsión es que el individuo en cuestión sea compelido a abandonar el territorio de un Estado a causa de un acto jurídico o de un comportamiento atribuible a ese Estado. De igual forma, un extranjero solo podrá ser expulsado en cumplimiento de una resolución adoptada conforme a la ley, y toda resolución de expulsión deberá ser fundada y solo se puede ser expulsado por un motivo contemplado en la ley. Los motivos están en el derecho internacional y en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado, como una violación en materia de entrada y estancia en el territorio, la seguridad nacional y el orden público.

Respecto a la expulsión de un refugiado establecido legalmente en el territorio de un Estado, esta puede proceder con la limitación de no poder expulsarlo o devolverlo a las fronteras de un territorio donde su vida o libertad peligran, a menos que existan motivos fundados para considerar que esa persona constituye una amenaza para la seguridad del país en el que se encuentra. Asimismo, se protegerá el derecho a la vida, a no someter al extranjero a tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, aplicable igualmente cuando el peligro no emane del propio Estado de destino, sino de personas o grupos de personas que no forman parte de la función pública.

El Estado expulsor de la misma forma respetará el derecho a la vida familiar del extranjero expulsado. Adicionalmente, todo extranjero expulsado deberá ser tratado con

humanidad y con el respeto debido a la dignidad de ser humano durante todo el procedimiento de expulsión, y sin discriminación alguna que no sea permitida por el derecho internacional.

Las expulsiones colectivas, tema ampliamente discutido en la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) por su contingencia en el mundo actual, se encuentran prohibidas. Se entiende por expulsión colectiva la decisión de un estado soberano de expulsar a un grupo de personas. Sin embargo, un grupo de personas podrá ser expulsado sobre la base de una evaluación de la situación particular de cada uno de los miembros que integran el grupo de conformidad.

Asimismo, está prohibida la expulsión encubierta, salida forzosa de un extranjero de un Estado que resulte indirectamente de una acción u omisión atribuible ha dicho Estado, para lograr el mismo resultado que podría conseguir con la adopción de una expulsión.

Entre algunas de las medidas que el Estado expulsor deberá adoptar es la facilitación de la salida voluntaria del extranjero objeto de expulsión, evitando cualquier uso de fuerza excesivo y velando por la seguridad de otras personas distintas al extranjero en cuestión.

En cuanto al destino del extranjero expulsado, se optará por el Estado de su nacionalidad o cualquier otro que tenga la obligación de acogerlo en virtud del Derecho Internacional o que acepte acogerlo. El Estado expulsor conserva el derecho de denegar la readmisión del extranjero expulsado de manera ilícita, si esa readmisión constituye una amenaza para la seguridad nacional o el orden público, o si el extranjero deja de cumplir con las condiciones de admisión en el respectivo país de destino.

2.3. Concepto de expulsión en relación con el principio de no devolución

Según la Real Academia Española, expulsión es “la acción o efecto arrojar o echar fuera una persona o cosa”. Desde el punto de vista jurídico, según Juan Manuel Batuecas Florindo, es “la sanción administrativa impuesta al extranjero incluido en el ámbito de aplicación de la legislación de extranjería, tras una tramitación, se decreta su repatriación, junto con otras consecuencias”³⁴.

³⁴Juan Manuel Batuecas Florindo La expulsión del extranjero en la legislación española. Editorial Club Universitario, 2010. 12

La definición de expulsión se discutió en la Asamblea General de las Naciones Unidas aludiendo que era demasiado restringida a incluir a los apátridas, y porque implicaba que la expulsión consistía en una medida oficial encaminada a echar a una persona de un territorio.

Se sugirió, además, que el término “expulsión” debía considerarse en sentido amplio a fin de que abarcara el supuesto de los extranjeros a los que se impedía la entrada en un lugar sujeto al control o la jurisdicción del Estado interesado, por ejemplo, en alta mar o a bordo de una aeronave del Estado autor de la expulsión en un tercer Estado sin que necesariamente hubiere en realidad cruce de fronteras. En nuestra opinión, la expulsión como impedimento de entrada a un lugar sujeto al control del estado no debe considerarse como expulsión de su territorio nacional, debido a que el suelo de las naves o aeronaves situadas en altamar o de uso militar constituye jurisdicción o competencia de un Estado, que no es lo mismo que la expulsión de un suelo soberano de un Estado. En síntesis, es diferente el territorio de un estado soberano del territorio donde este estado ejerza jurisdicción en la forma de nave a o aeronave.

Como parte de los motivos de la expulsión de un refugiado, sus derechos y forma de proceder con esta, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas, convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950, en relación con los refugiados y la expulsión en el derecho internacional establece en su artículo 32 (Expulsión) que:

“1. Los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

2. La expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.

3. Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al refugiado un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. Los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias”.

Por último, entre las situaciones excepcionales en que una persona puede ser expulsada aun teniendo el carácter de refugiado legal que no respetan el principio de no devolución se encuentra la “seguridad nacional”, que para efectos de expulsión radica fundamentalmente en el dominio del gobierno. La causal no puede ser invocado de manera arbitraria, y aplica para actos realmente serios donde se vea amenazado el gobierno, la integridad, la independencia o la paz del Estado que otorga asilo. Dado el caso, también el “orden público” debe ser de una entidad suficientemente seria para que constituyan un motivo válido para tomar la medida mencionada.

2.3.1. Figuras afines a la expulsión y principio de no devolución

Las figuras afines a la expulsión son la deportación o devolución de extranjeros, salida obligatoria y retorno en frontera.

La deportación o devolución consiste en obligar a un extranjero a salir del país cuando no reúne o deja de reunir los requisitos sanitarios y migratorios necesarios para su internación y permanencia en el país.

A su vez, la salida obligatoria es la medida que sigue a toda resolución administrativa por la que se deniega a un extranjero una solicitud de asilo, de prórroga de estancia, de autorización de residencia o de su renovación.

Por último, el retorno en frontera especificado en legislación comparada, como el artículo 60 de la Ley de extranjería de España, establece que aquellas personas a quienes en frontera no se les permita el ingreso al país serán retornadas a su punto de origen en el plazo más breve posible. Lo anterior se aplicará tanto a los extranjeros que cuenten con una prohibición de entrada, como a los que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada.

A pesar de la diferenciación basada en la estancia regular o irregular de la persona, el retorno en la frontera y la deportación o devolución son verdaderas expulsiones encubiertas. Se deja al Ministerio del Interior conceptualizar la estancia, tipificar el comportamiento y decretar el método más idóneo para expulsar al extranjero.

Sin embargo, se debe tener un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica de una persona

migrante. Por su lado, los Estados deben regirse plenamente a estas garantías derivadas en procesos de expulsión o deportación de extranjeros.

2.4. Causales por las que se prohíbe la expulsión de un extranjero

Las causales que prohíben la expulsión de un extranjero están basadas en los diversos principios reconocidos en el derecho internacional privado que rigen el ingreso de una persona a un país distinto de su nacionalidad.

Los principios reconocidos que rigen la situación de quien ya ha hecho ingreso en el territorio de un país de que no es nacional y que el Estado haya resuelto expulsarla, son el principio de no discriminación; el principio de unidad familiar o reunificación familiar; el principio de legalidad, es decir, toda decisión de expulsión debe ser adoptada conforme a la ley; el respeto al principio de la buena fe; el uso del principio de no devolución y la prohibición de expulsiones colectivas.

Estos principios forman parte de los derechos del expulsado, y actúan como limitantes a la expulsión de un Estado cumplidor del Derecho.

2.4.1. Principio de no devolución

Basado principalmente en la Convención de Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967, protege al extranjero cuya vida peligre en caso de devolverlo al país de origen, o a un tercer estado con probabilidad de riesgo a la integridad de la persona. Excepción a ello es el peligro a la seguridad nacional y la salvaguarda de la población nacional del Estado al que se pide asilo, en que si puede impedirse el asilo al refugiado.

La Convención de Ginebra de 1951 sobre los Refugiados, en el párrafo 1, dispone: “Los Estados Contratantes no expulsaran a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público”.

La causal del artículo 33 de la Convención de Refugiados de 1951 establece que:

“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

peligro por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

Es decir, bajo el principio de no devolución, en estos casos, deberá ser acogido en el país en el que el refugiado está buscando asilo.

La excepción se encuentra regulada en el artículo 33 número 2, el que se aplica cuando la persona es considerada 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 o el orden público.

2.4.2. Prohibición de la expulsión colectiva

Basada en prohibición de la salida forzosa del territorio nacional de un grupo de extranjeros, con las consecuencias propias de la expulsión, en su significado general. La Carta Africana de Derechos Humanos y los Pueblos en su artículo 12 precisa que: “Por expulsión en masa se entiende la que engloba a grupos nacionales, raciales, étnicos o religioso”.

Está establecido que cada expulsión debe ser bajo la existencia de un examen particular y objetivo. Se debe tener la debida precaución de no confundir con las expulsiones simultáneas en que se expulsa masivamente, pero cada caso bajo un examen particular y objetivo, y además de observar las circunstancias del hecho particular que da origen a la expulsión.

Se usa en el sentido corriente de los términos “devolver” o el francés *refouler*. Este no admite una interpretación que restrinja su alcance dentro del territorio del Estado en cuestión, ni hay indicios de que estos términos fueran entendidos por los redactores de la Convención de 1951 como limitados en esta forma: está prohibido aplicar las devoluciones en masas de personas. Complementariamente, el punto exige especial cuidado: muchas veces los Estados no ejecutan una expulsión masiva formal por las instituciones del Estado (de tal modo que queda patente y pueda ser denunciada), sino que se lleva a cabo en modalidad “encubierta” mediante diferentes formas de presión por parte de los gobiernos, desde la discriminación al estímulo de la xenofobia, de tal modo que la responsabilidad de los gobiernos queda disimulada y se dificulta o imposibilita su exigencia. Distinto es el caso en que se decreta la expulsión de cada persona en base a un proceso justo bajo un examen particular, en el cual se puede expulsar perfecta y simultáneamente a varias personas en un momento determinado.

En un caso reciente, el 3 de octubre de 2017, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) condenó a España por la expulsión de dos personas (N.D. y N.T.), quienes el 13 de agosto de 2014 fueron expulsados luego de cruzar las vallas de Melilla, por infracción a los derechos consagrados en el art. 4 (prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros) Protocolo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y del art. 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo contra una expulsión colectiva de extranjeros)³⁵

Al respecto, acudimos al comentario de don José Miguel Sánchez Tomás respecto de dicho caso: “Los demandantes intentaron entrar en España con un grupo de subsaharianos saltando el sistema disuasorio que delimita la frontera entre Melilla y Marruecos. (...) En ningún momento fueron identificados, tuvieron la posibilidad de exponer sus circunstancias personales ni de ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos, al ser devueltos”³⁶.

Las demandas invocaron los artículos 3 y 13 CEDH y 4 del Protocolo número 4 CEDH, con fundamento en que los demandantes fueron objeto de un rechazo inmediato devolviéndolos a Marruecos sin valorar los malos tratos a los que corrían el riesgo de ser sometidos en ese país; todo en el marco de una expulsión colectiva de extranjeros en que no se les había dado la posibilidad de ser identificados ni de alegar sus circunstancias individuales; y sin contar con un recurso efectivo con efecto suspensivo ante el Estado español para sustanciar todas estas circunstancias.

Si bien España contestó a la demanda solicitando el rechazo principalmente porque los hechos habrían ocurrido fuera de territorio nacional, que no estaba acreditada la condición de víctimas de los demandantes, falta de agotamiento de la vía interna, el TEDH fue categórico al establecer que el rechazo inmediato de los inmigrantes sin observancia al ordenamiento jurídico de extranjería europeo es una decisión contraria a derecho al prescindir absolutamente de los procedimientos legales de expulsión, devolución o denegación de entrada, ignorando además “las garantías que asisten a los extranjeros en caso de expulsión (entendida en sentido amplio) esto es, asistencia letrada y, en su caso, intérprete, así como derecho a un recurso efectivo, y, priva o limita gravemente el derecho a solicitar asilo”³⁷.

³⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. N.D. y N.T. c. ESPAÑA. Sentencia 07.10.2017.

³⁶ SÁNCHEZ TOMÁS, JOSÉ MIGUEL. 2018. “Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 65.

³⁷ Op. cit en nota 35.

En la discusión de fondo, España alegó que los demandantes habían intentado entrar ilegalmente sin formular petición de entrada por puesto habilitado; que podrían haber optado por presentar solicitudes de asilo y que no habían sido objeto de expulsión ya que no lograron rebasar el dispositivo de protección de la frontera, el TEDH fue unánime en decidir que existía infracción al artículo 4 del Protocolo 4 CEDH. Respecto a la expulsión colectiva, el TEDH reafirmó la jurisprudencia ya establecida en la STEDH, asunto *Čonka c. Bélgica*, de 5 de febrero de 2002, sobre que lo determinante es verificar si las decisiones de expulsión habían tomado en consideración las circunstancias particulares, dado que las llamadas devoluciones que sufrieron los demandantes habían sido ejecutadas sin decisión administrativa o judicial previa.

En cuanto a la infracción del art. 13 CEDH el TEDH constató que “los demandantes han sido rechazados inmediatamente por las autoridades fronterizas y que no han tenido acceso ni a un intérprete ni a agentes que pudieran aportarles las mínimas informaciones necesarias sobre el derecho de asilo y/o el procedimiento pertinente contra su expulsión. Hay, en este caso, un vínculo evidente entre las expulsiones colectivas de las que han sido objeto los demandantes en la valla de Melilla y el hecho de que se les ha concretamente impedido acceder a ningún procedimiento nacional que cumpliera las exigencias del artículo 13 del Convenio”³⁸.

2.4.3. Prohibición de la expulsión ante una inminente tortura, tratos o penas crueles en el Estado de destino

Según el artículo 1º de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, es tortura: “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”.

³⁸ Convenio Europeo De Derechos Humanos

La tortura se desglosa en: a) dolor y sufrimiento: el dolor o sufrimiento acarreado puede ser tanto físico como mental; b) intención: el autor debe pretender causar un elevado grado de dolor y sufrimiento para que su acto se considere como tortura; c) fin: el requisito de la intención se refiere a la intención de infligir dolor y sufrimiento, mientras que el requisito del fin se refiere al motivo o la razón por los que se desea infligir ese dolor o sufrimiento; d) actos y omisiones y e) funcionarios públicos o personas que actúan al amparo de su función oficial.

Los tratos inhumanos o degradantes, por su lado, debe entenderse como todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.

La tortura, en ese aspecto, es todo acto que produzca dolor o sufrimiento deliberado. La tortura también incluye todo método que busque anular la personalidad de la víctima o disminuir su capacidad física o mental, incluso si no causa dolor físico o angustia psíquica.

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, estableció que la tortura implica dolores y sufrimientos graves. La diferencia entre tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes radicaría en la intensidad de los sufrimientos provocados. Sin embargo, la definición de tortura de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985, en su artículo 2, no indica que el dolor o sufrimiento causado tiene que ser grave, por lo tanto, es necesario que una autoridad u organismo competente revise cada caso. Respecto de la aplicación de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en relación a la prohibición de expulsión, el artículo 3 señala:

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

En armonía con este último artículo, la observación general N° 20 del Comité de Derechos Humanos señala que: “Los Estados partes no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución”. Entonces, está prohibido expulsar individuos de un Estado donde exista riesgo de tortura u otro trato inhumano o degradante. Ello también es afirmado por el artículo 7 de la Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

El principio de no devolución en relación con la prohibición de la tortura y otros derechos a la vida constituye una interacción entre tres campos de derecho internacional: protección de refugiados, derechos humanos y derechos humanitarios.

Por ejemplo, la sentencia del caso *Salah Sheekh c. Países Bajos* de 11 de enero de 2007, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) falló que la expulsión de un ciudadano somalí constituía una infracción del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El caso trata la solicitud de asilo del ciudadano somalí “Salah Sheekh a los Países Bajos a su llegada al aeropuerto de Schiphol el 13 de mayo de 2003. El Sr. Sheekh, perteneciente a la minoría clánica Ashraf, era perseguido con su familia por la mayoría Abgal. En el 2004, el Sr. Sheekh demandó ante el TEDH invocando el artículo 3, pues su expulsión hacia Somalia implicaba el riesgo de tortura”.

En la sentencia, el Tribunal reconoció el derecho de los Estados Partes a controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros, sin perjuicio del respeto al artículo 3 del CEDH en sus decisiones de expulsión. Entonces, ante el riesgo de ser sometido a un trato contrario al artículo 3 del Convenio, el Estado no debe expulsar a la persona a su país de origen.

Entonces, ante la decisión de deportación o denegación de reconocer la calidad de refugiado, el TEDH estimó que no bastaba la información entregada por el gobierno de Países Bajos, sino que se requería informes adicionales de otras organizaciones de derecho humano internacional. Atendiendo a estos informes, el Tribunal concluyó que el demandante se encontraba desprotegido en su país. Con estos antecedentes, el Tribunal decidió que el estado demandado vulneró el citado artículo 3° del CEDH.

2.4.4. La condición de refugiado temporal

Según esta causal, está prohibido a los Estados repatriar extranjeros que hayan huido de violencia generalizada y otras amenazas causadas por conflictos internos con su propio Estado, mientras no cese la violencia del Estado natal y se asegure la seguridad y protección de sus nacionales.

CAPÍTULO 3 EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCION EN EL DERECHO INTERNACIONAL

3.

3.1. Principio de no devolución en el Derecho Internacional y su vínculo con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario

La prohibición de devolución ante un peligro de persecución del derecho internacional de los refugiados es aplicable a toda forma de expulsión forzosa, incluyendo la deportación, expulsión, extradición, traslado informal o “entrega”, y la no admisión en la frontera.³⁹.

La protección del principio de no devolución (o de *non refoulement*) distingue 5 tipos de categorías en cuanto a las personas, a saber: 1) primero, quienes están en la categoría de la definición de la Convención de Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967; 2) los incluidas en las categorías reconocidas por los estados con derecho a la protección y asistencia del ACNUR; 3) aquellos individuos a quien el ACNUR los califica dentro del ejercicio de los buenos oficios; 4) al retorno de refugiados; y 5) refugiados apátridas⁴⁰.

Por su parte, la Declaración Universal de derechos Humanos dice en sus artículos 13 y 14, respectivamente: “cada cual tiene el derecho de dejar un país, incluido el propio, y retornar a este país” y “cada cual tiene el derecho de buscar y disfrutar en otro país asilo por persecución”.

De acuerdo con estos dos derechos estipulados, cada cual tiene derechos a huir de una situación dañina en la cual él o ella tenga un riesgo para su vida, pero una vez afuera de las fronteras de su propio país, no hay un derecho formal que garantice la entrada en otro⁴¹.

³⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ACNUR, “Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967” Ginebra, 2007.

⁴⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (ACNUR). Protection of Persons- Concern to ACNUR Who Falls Outside the 1951 Convention: A Discussion Note, “April 1992, Doc EC/1992/SCP. CRP.5, para. 11.

⁴¹ TREVISANUT, SELINE, Op. Cit., pp.: 212-213.

Las normas del derecho internacional de los refugiados, las normas del derecho internacional de los derechos humanos y las normas del derecho internacional humanitario se complementan recíprocamente. La finalidad de las tres ramas es la de fortalecer la protección del ser humano. Como señala Rachel Brett í Eve Lester “Esto implica que, en lugar de comenzar por decidir si tal derecho es aplicable o no, el punto de partida debería ser el reconocimiento de la situación real, para posteriormente decidir qué marco jurídico o qué combinación de marcos, proporciona la mayor protección al individuo o al grupo en cuestión”⁴².

Agrega, además, que “El derecho internacional de los derechos humanos, en cambio, se desarrolló para proteger a las personas de los abusos cometidos por su propio Estado. Con el paso de los años, han disminuido las diferencias entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos. El ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario se extendió para abarcar también a los conflictos armados no internacionales, y se reconoció la aplicación del derecho de los derechos humanos para todos los individuos que se encuentren en el territorio o la jurisdicción de un Estado”⁴³.

Finalmente, la autora señala que “El primer tratado de derechos humanos que incluyó explícitamente el derecho internacional humanitario y el derecho de los refugiados fue la Convención sobre los Derechos del Niño, en 1989. Sin embargo, la tendencia posterior del movimiento de los derechos humanos a segregar a los niños de los principales derechos humanos demuestra que la Convención todavía no ha tenido el efecto trampolín que se podría haber esperado”⁴⁴.

Cançado Trindade, en la misma línea, afirma que ““El derecho humanitario en gran parte debido a un énfasis exagerado en los orígenes históricos distintos de las tres ramas (en el caso del derecho internacional de los refugiados, para restablecer los derechos humanos mínimos de los individuos al salir de sus países de origen, y en el caso del derecho internacional humanitario, para proteger las víctimas de los conflictos armados (...)) por cuanto el derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido el derecho de petición individual,

⁴²Rachel Brett í Eve Lester. Derecho de los refugiados y derecho internacional humanitario: paralelismos, enseñanzas y perspectivas para el future. La opinión de una organización no gubernamental, 2001. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdq8e.htm>. Fecha consulta: 20 de Mayo de 2020.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

(titularidad de los individuos) que no encuentra paralelo en el derecho internacional humanitario ni en el derecho internacional refugiados”⁴⁵.

Sin embargo, agrega, “esto no excluye la posibilidad, ya concretada en la práctica, de la aplicación simultánea de las tres vertientes de protección, o de dos de ellas, precisamente porque son esencialmente complementarias. Y, aún más, se dejan guiar por una identidad de propósito básico: la protección de la persona humana en todas y cualesquiera circunstancias”⁴⁶.

Refiriéndose al caso particular del derecho humanitario, ha dicho que cuando existen diferencias entre las normas legales que rigen derechos idénticos o similares en la Convención Americana y en un instrumento de derecho humanitario, la Comisión está obligada a asignar efecto legal a las disposiciones del tratado con el estándar más elevado.

Nuevamente, como recuerda Rachel Brett í Eve Lester “El CICR señaló que el derecho internacional humanitario dispone que esas personas deben ser desarmadas e internadas, y que tal acción es responsabilidad de un Estado neutral (por ejemplo, el Estado anfitrión al que han huido los refugiados a causa del conflicto armado) respecto de los miembros de las fuerzas armadas de las partes en conflicto. Así, los Estados anfitriones neutrales están obligados a separar a los combatientes y a otros elementos armados de los refugiados, a desarmarlos e internarlos, y a suministrarles alimentos, ropa y la asistencia exigida por los estándares humanos. Además, el CICR tiene el cometido de visitar a esos internados y de llevar a cabo sus actividades tradicionales de protección destinadas a las personas privadas de libertad en relación con un conflicto armado”⁴⁷.

Agrega la autora que “[en] términos generales, la protección internacional de los derechos humanos se aplica claramente a los refugiados y a los solicitantes de asilo en situaciones en las que el derecho internacional humanitario no se aplicaría”. En este sentido, el derecho internacional humanitario “no sólo prohíbe la toma de rehenes (tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales), sino que también se aplica directamente a todas las

⁴⁵ Antonio A. Canr;ado Trindade. Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional de los Derechos Humanos: aproximaciones y convergencias. Estudios Internacionales Año 30, No. 119/120 (Julio-Diciembre 1997), pp. 321-349.

Disponible en <https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/15126>. Fecha consulta: 21-06-2020.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Op. cit. en nota 42.

partes en un conflicto armado, no sólo a las fuerzas armadas gubernamentales o cuando las acciones puedan atribuirse al Gobierno a través de una cadena de mando o de control”.

La académica asimila el derecho internacional humanitario como con el derecho de los refugiados, en tanto “asignan a un organismo el cometido de prestar protección y asistencia. Este sistema presenta tanto fortalezas como debilidades. Es evidente que la protección y la asistencia prácticas que proporcionan el ACNUR y el CICR son fundamentales”. Con todo, le atribuye al derecho internacional humanitario el mérito de proporcionar “mecanismos de protección que son más fuertes que los del derecho internacional de los refugiados, o complementarios de éste”. Con todo, “ningún marco jurídico internacional puede o debe ser considerado aisladamente”.

3.1.1. Análisis en la Convención de Refugiados de 1951 sobre el principio de no devolución

Empezaremos por dar la definición del principio no devolución expresamente consagrada en el artículo 33 de la Convención de Refugiados de 1951, y posteriormente haremos un análisis de esta definición. Así, según el citado artículo 33.1:

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”.

Por su lado, las fronteras se definen como la línea que marca el límite exterior del territorio de un Estado, es decir, es la línea que determina el ámbito espacial donde un Estado ejerce su soberanía con exclusión de otro⁴⁸. La vida o libertad en peligro es discutida y un poco más extensa de conceptualización. Se puede entender como causa de una persecución. En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, la Directiva sobre requisitos de reconocimiento para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional protege esta causal. Por lo tanto, es importante aclarar cuando hay persecución.

El artículo 9 de la Directiva prevé dos categorías de actos de persecución:

⁴⁸ LÓPEZ MARTÍNEZ, Ana Gemma. 2007. “Frontera”. Disponible en: <<https://eprints.ucm.es/6997/1/FRONTERA.pdf>> [consulta: 19 octubre 2018].

a) actos suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una vulneración grave de los derechos humanos fundamentales, en particular los derechos que no pueden ser objeto de excepciones al amparo del artículo 15. 2 del CEDH;

b) una acumulación de varias medidas, incluidas las vulneraciones de los derechos humanos, lo suficientemente grave como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a).

El artículo 9 de la misma Directiva especifica también que la persecución puede tener diferentes formas, que incluyen actos de violencia física o psíquica, medidas administrativas o legislativas (como, por ejemplo, las leyes que prohíben la homosexualidad) y «actos dirigidos contra las personas por razón de su sexo o por ser niños» (en este sentido se puede considerar que las víctimas de trata de seres humanos sufren persecución).

La “raza” no tiene un significado jurídico particular. Para la Real Academia Española, se concibe “cada uno de los grupos en que se subdividen algunas especies biológicas (entendiéndose incluida la raza humana) y cuyos caracteres diferenciales se perpetúan por herencia”.

La religión, basada en la Real Academia Española, es entendida como un “conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella. De normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, y principalmente de oración y el sacrificio para darle culto”.

La nacionalidad es un concepto tanto del derecho como de la lengua española. Desde el derecho, “es un vínculo jurídico y político que une a un individuo con un Estado determinado, vínculo que implica, a su vez, derechos y obligaciones recíprocos⁴⁹”.

El Grupo social, según la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo se define de la siguiente forma: a) cuando las personas integrantes de un grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella; b) y cuando dicho grupo posee una identidad

⁴⁹ QUINZIO FIGUEIREDO, JORGE MARIO. 2005 “Nacionalidad y ciudadanía”, Reforma Constitucional, 1ª Ed. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis, p.: 270.

diferenciada en el país de que se trata por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea o por el agente o agentes perseguidores.

En este sentido, la ACNUR lo entiende como: “un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos”⁵⁰.

Para finalizar, según la Real Academia Española la política, desde el punto de vista de la libertad de expresión, puede entenderse: “Como el arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los Estados, o la actividad del ciudadano cuando interviene en los asuntos públicos con su opinión, con su voto, o de cualquier otro modo”.

3.2. Personas objeto del principio de no devolución (o *refoulement*)

Refouler es una palabra usada en Bélgica y Francia para referirse a la política de acción que es aplicada a los individuos que entran irregularmente a un país, y quienes son devueltos a la frontera, el artículo 33 de la Convención de Refugiados de 1951, por su lado, establece la no devolución asegurando lo más amplios derechos y libertades.

Por su lado, *refoulement* significa la deportación como una medida de policía o la no admisión en la frontera, porque la presencia de una particular persona en el país es considerada indeseable, en tanto que la expulsión hace referencia más bien a refugiados, los cuales han cometido alguna especie de delito.

Un entendido comentarista de la Convención de 1951, Nehemiah Robinsnson define expulsión tomada de la arista como una: “decisión jurídica tomada por autoridades judiciales o administrativas que ordena a un individuo a abandonar el territorio de un país; y el *refoulement* como el acto puramente físico de arrojar a una persona del territorio nacional donde residía, persona que había entrado o estaba residiendo de manera regular o irregular”⁵¹. Llegada una

⁵⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ACNUR (2002): Directrices sobre la protección internacional: ‘Pertenencia a un determinado grupo social’ en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967.

⁵¹ N. Robinson, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*. New York, 1953, p. 162., citado por Jaime Ruiz de Santiago en XII. El derecho internacional de los refugiados: desarrollos en américa latina y sus perspectivas en el nuevo milenio”, p. 152. disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26074.pdf> [consulta: 20-06-20]

decisión final de expulsión: “los Estados contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país” (artículo 33.2).

En el desarrollo del principio de no devolución, ya en el año 1933, la Convención relativa al Estatuto Internacional de los Refugiados referente a obligaciones para los estados en cuanto a su protección, estableció el principio de *non refoulement* o no devolución al país de origen⁵². En 1967 la Asamblea general de las Naciones Unidas aprobó una declaración sobre el Asilo Territorial que se remite al principio de no devolución, en su artículo 3:

1. Ninguna de las personas a las que se refiere el párrafo 1 del artículo 1 será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera, o, si hubiera entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o la devolución obligatoria a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución.
2. Podrán hacerse excepciones al principio anterior sólo por razones fundamentales de seguridad nacional o para salvaguardar a la población como en el caso de una afluencia en masa de personas.
3. Si un Estado decide en cualquier caso que está justificada una excepción al principio establecido en el párrafo 1 del presente artículo, considerará la posibilidad de conceder a la persona interesada, en las condiciones que juzgue conveniente, una oportunidad, en forma de asilo provisional o de otro modo, a fin de que pueda ir a otro Estado.

En igual sentido, la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) de 1969 señala:

“nadie puede ser sometido por un Estado miembro a medidas tales como el rechazo en la admisión en la frontera, la devolución (o *refoulement*) o la expulsión que lo obligarían a volver a permanecer en un territorio en el cual su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas”.

La Convención de la Organización de la Unidad Africana de 1974 también agrega como concepto de refugiado:

“toda persona que a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o la totalidad de su país de origen, o del país de su

⁵² “Cada parte de los estados, puede expulsar o mantener en su territorio según sus medidas. El refugiado autorizado puede permanecer en el territorio de un estado hasta que no se le dé una razón de seguridad nacional para su expulsión”.

nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad”.

Por su parte, la Declaración de Cartagena de 1984 juntó en un solo instrumento las ideas de la Convención de Refugiados de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, y como innovación considero como refugiados:

“a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazada por violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.

Finalmente, en las conclusiones de la Mesa redonda de expertos convocada por el ACNUR en el 2001 se estipularon que los actos de *refoulement* o devolución, consisten:

“en la expulsión directa o indirecta de personas al lugar de persecución, la interceptación fuera de las fronteras del Estado, o su rechazo en la frontera”.

Teniendo en consideración la definición de refugiado, podemos decir que el principio de no devolución no se limita a esta categoría, sino que igualmente a una persona que sea migrante irregular y buscadora de asilo, como lo demostraremos a continuación.

3.2.1. Los apátridas

La nacionalidad es un vínculo jurídico entre una persona y un Estado que brinda a las personas un sentido de identidad, pero, más importante aún, les permite ejercer una amplia variedad de derechos. Por lo tanto, la falta de nacionalidad, es decir, ser “apátrida”, puede perjudicar a las personas afectadas. La Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que “toda persona tiene derecho a una nacionalidad”.

Una preocupación particular para los apátridas es la dificultad que enfrentan para obtener documentos de identidad y de viaje, que no sólo impide su posibilidad de viajar, sino también puede causar muchos problemas en la vida cotidiana y, en algunos casos, puede llevar a la detención prolongada del individuo.

La Convención de 1954 reconoce la condición jurídica internacional de “apátrida”. Las personas que responden a esta definición están amparadas por ciertos derechos y deben cumplir con ciertos deberes contenidos en la Convención de 1954.

Esta Convención solicita a los Estados que faciliten la integración y la naturalización de los apátridas en la medida de lo posible, por ejemplo, acelerando los trámites de naturalización de los apátridas y reduciendo sus costos.

Aunque la Convención de 1954 es el único instrumento que crea un estatuto específico para los apátridas, existen numerosos instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos que también son relevantes para el disfrute de los derechos de los apátridas.

El ACNUR moviliza el apoyo internacional para la protección de los apátridas, pero los Estados están vedados, por la prohibición de la devolución, de devolver a un apátrida a un territorio donde podría estar en riesgo de persecución o de violaciones de otras normas internacionales fundamentales de derechos humanos, incluyendo la tortura y la privación arbitraria de la vida. El derecho internacional de derechos humanos complementa las disposiciones de la Convención de 1954 y, en muchos casos, los tratados de derechos humanos prevén los más altos estándares de tratamiento a los apátridas.

La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, en su artículo 1, garantiza a los apátridas el disfrute más amplio posible de sus derechos humanos y en su condición.

Apátridas de facto son personas fuera del país de su nacionalidad que no pueden o, por razones válidas, no están dispuestas a acogerse a la protección de ese país. La protección, en este sentido, se refiere al derecho de protección diplomática ejercida por el Estado de la nacionalidad, el país de nacionalidad niega su protección o porque el país de nacionalidad no pueda brindar protección debido a que, por ejemplo, está en un estado de guerra y/o no tiene relaciones diplomáticas o consulares con el país de acogida.

La Convención no se aplica a los llamados apátridas de facto para quienes no existe una definición universalmente aceptada en el derecho internacional. Sin embargo, los apátridas de facto tienen derecho a la protección en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. Los apátridas refugiados están amparados por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y deben ser tratados de conformidad con el derecho internacional de los refugiados. Por su lado, la Convención de 1954 se basa en un principio fundamental: ningún apátrida debe ser tratado peor que cualquier extranjero que posea una nacionalidad.

La protección puede ser total o parcial. La imposibilidad total para acogerse a la protección siempre va a resultar en apatridia de facto. Las personas que no pueden regresar al

país de su nacionalidad también siempre serán apátridas de facto, incluso si de otra manera pueden en parte o del todo acogerse. Por otro lado, las personas que pueden regresar al país de su nacionalidad no son apátridas de facto, aunque de otro modo no puedan acogerse de cualquier forma de protección de su país de nacionalidad en el país de acogida.

3.2.2. El refugiado

En América latina se distingue, tanto por el derecho positivo como por la doctrina, dos formas o categorías de asilo: el asilo territorial, también denominado a veces refugio, y el asilo político o diplomático⁵³.

La condición de refugiado es de naturaleza declarativa, es decir, una persona no se convierte en refugiado porque se le reconozca como tal, sino que se le reconoce como tal⁵⁴ porque es refugiado.

El término de “asilado político” no debe ser confundido con el de “refugiado”, pues, aunque puedan ser análogos en el ámbito regional, pero desde un punto de vista del derecho internacional general, son términos conceptualmente diferentes.

Diferencias del asilo latinoamericano o asilo diplomático con el de refugiado considerado por la Naciones Unidas son:

- a) el asilo latinoamericano es institución regional de América latina, en cambio el refugio es una institución universal;
- b) el asilo latinoamericano puede ser concebido en el propio país de origen del peticionante, en cambio para el refugio es condición esencial que la persona se encuentre fuera de su país de origen;

⁵³ GROS ESPIELL, HÉCTOR “El derecho internacional americano sobre asilo territorial y extradición en sus relaciones con la convención de 1951 y el protocolo de 1967 sobre estatuto de los refugiados” en Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina, Serie E. Varios, Núm. 14, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p.: 35. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9547.pdf?view=1>.

⁵⁴ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ACNUR, “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado”, 1979, reeditado, Ginebra 1992, párrafo 8.

c) el asilo latinoamericano es una institución que nació como protección ante una persecución, la que debe ser actual y presente ante una persona⁵⁵. En cambio, el refugiado no requiere que la persecución sea actual y efectiva, bastando solamente el temor fundado. Finalmente,

d) las causas que explican la concesión del asilo son más limitadas que las que dan lugar al refugio⁵⁶.

Las características anteriores⁵⁷ demuestran las diferencias entre el asilo latinoamericano y el refugio.

Ahora, por su relevancia analizaremos los tratados que hablan sobre la materia de refugio como tal.

El capítulo II del tratado de Montevideo de 1939 sobre Asilo y Refugio Políticos se titula 2 “del refugio en territorio extranjero”. La Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Territorial, por su lado, usa la expresión refugio en el artículo 9 como sinónimo de asilo territorial⁵⁸. El tratado de Montevideo de 1939, al regular el refugio, se refiere a los refugiados como sinónimos de “enemigos políticos” o de “asilados” y “emigrados políticos”. En cambio, la Convención de Caracas sobre asilo territorial utiliza como sinónimo los términos “asilados” y “refugiados políticos”⁵⁹. Ambos tratados serán analizados con mayor detalle más adelante.

Por su parte, la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada el 28 de julio de 1951 y en vigor desde el 22 de abril de 1954, establece que por el término de refugiado deberá entenderse como:

“aquella persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones

⁵⁵ Así, por ejemplo, el artículo 2 de la Convención sobre Asilo Territorial de Caracas (1954) establece: “El respeto, que según el Derecho Internacional se debe a la jurisdicción de cada Estado sobre los habitantes de su territorio se debe igualmente, sin ninguna restricción, a la que tiene sobre las personas que ingresan con procedencia de un Estado en donde sean perseguidas.” Y el artículo 1 de la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas (1954) reza: “El asilo otorgado en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares, a personas perseguidas (...)”

⁵⁶ El Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889 establece que “El asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos,” La Convención sobre Asilo Territorial de Caracas (1954) se pronuncia sobre el asilo respecto de aquellas personas “que ingresan con procedencia de un Estado en donde sean perseguidas por sus creencias políticas, opiniones o filiación política, o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos”. De igual modo, la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas de 1954, en su artículo 1 hace referencia a “personas perseguidas por motivos o delitos políticos”.

⁵⁷ RONDANINI, ALEJANDRO, “El Derecho a Solicitar Asilo”, p.: 5.

⁵⁸ GROS ESPIELL, Op. Cit. en nota 53, p.: 39

⁵⁹ Ibid.

políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país o que por carecer de nacionalidad y estar fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera regresar a él”.

Vista estas circunstancias, podemos decir, por último, que el Derecho de los Refugiados se relaciona con la libertad de circulación y residencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos establecido en los artículos 13 y 14:

Artículo 13: 1. “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”.

2. “Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

Artículo 14: 1. “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país”.

El Estado que concede el refugio evaluará en el caso particular si el refugiado está en el cumplimiento de las condiciones para otorgarle el refugio. Para determinar la condición de refugiado se debe analizar el contenido de su definición y, particularmente, las cláusulas de inclusión, las cláusulas de exclusión y las cláusulas de cesación.

Las cláusulas de inclusión

Las cláusulas de inclusión son los requisitos que debe cumplir una persona para ser considerada dentro de la categoría de refugiado. Estas son:

- 1) que la persona este fuera de su país de origen;
- 2) que no quiera acogerse al país de acogida;
- 3) que la persona no quiera acogerse a la protección de su país por un fundado temor de ser perseguida; y
- 4) que la persecución se dé por motivos de raza, religión, nacionalidad, por su pertenencia a determinado grupo social o por su opinión política.

En la definición de refugiado es relevante el “fundado temor” de persecución en su país natal o de residencia. Si bien, el temor tiene, casi de manera intrínseca, un elemento de carácter

subjetivo que refiere una reacción mental o emocional, la doctrina jurídica reconoce como temor fundado aquel originado por la violencia externa. Por tanto, el temor de una persona es considerado como fundado cuando dicho estado de ánimo está basado en una situación objetiva.

En cuanto a la “persecución”, existe consenso respecto a que cualquier amenaza en contra de la vida, libertad o seguridad de una persona, conforme a lo señalado en el artículo 33 de la Convención, constituye persecución. También se reconocen como motivos de persecución otras situaciones que, por su magnitud, intensidad u origen, constituyen elementos para reconocer a una persona como refugiada. Así, por ejemplo, la discriminación sistemática que, como consecuencia, limite la libertad de una persona podrá ser considerada a la luz de las circunstancias particulares como persecución.

La noción de grupo social se refiere a personas con antecedentes, costumbres o condición similares. La amplitud de esta definición conlleva irremediabilmente a su vaguedad.

Finalmente, para ser considerado refugiado es necesario que la persona se encuentre fuera de su país de nacionalidad o de residencia habitual.

Las cláusulas de exclusión

Las cláusulas de exclusión son las señaladas en la Convención de Refugiados de 1951. En un principio, no será aplicable a personas que estén protegidas por un órgano u organismo distinto del ACNUR.

La sección F de del artículo 1 expresa que:

Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

- a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;
- b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;
- c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

Las cláusulas de cesación

Las Cláusulas de cesación son las condiciones de un refugiado que no tiene, por ende, ya no se justificaría su protección.

Están estipuladas en el artículo 1 letra C de esta Convención, a saber:

- 1) Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad, o
- 2) Si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; o
- 3) Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; o
- 4) Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida;
- 5) Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad;
- 6) Si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual.

3.2.2.1. Principios fundamentales del estatus de protección de un refugiado y su relación con el principio de no devolución

En el estatuto de los refugiados se establece dos principios fundamentales:

a) el principio de no discriminación estipulado en el artículo 3 de la Convención de Refugiados:

“Los Estados Contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminar por motivos de raza, religión o país de origen”;

b) El principio no devolución expresamente consagrado en el artículo 33 de la Convención de Refugiados de 1951:

“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”. El número 2 de este artículo, sin

embargo, establece las excepciones a este principio: 2. “Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.

El efecto de este artículo es que establece una obligación respecto del Estado asilante, debido a que no debe producir una actuación que manifiestamente ponga peligro la seguridad del buscador de asilo⁶⁰. En un análisis posterior se revisará en detalle estas excepciones.

Por último, según la doctrina, el principio de no devolución (o *non refoulement*) ha adquirido el carácter de principio de derecho internacional, pero este, sin embargo, está incluido en el artículo 33, como vimos, de la Convención de Refugiados 1951.

3.2.3. La figura del asilo

3.2.3.1. Progreso histórico

Tanto la Corte Interamericana como el ACNUR han reconocido la importancia fundamental de la no devolución como la piedra angular del derecho al asilo, que aplica a cualquier conducta que tenga como resultado la devolución, expulsión, deportación, retorno, extradición, el rechazo en frontera o la no admisión, etc. que ponga en riesgo a una persona refugiada o solicitantes de ese estatuto⁶¹. La Corte, haciendo referencia a la Declaración de 2001 de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, ha establecido que este principio también constituye una norma consuetudinaria de Derecho Internacional⁶².

La Corte Interamericana ha expresado respecto a su alcance que:

⁶⁰ LAUTERPACHT, SIR ELIHU y DANIEL BETHLEHEM. 2010. “El alcance y contenido del principio de no devolución”; en FELLER, ERIKA, BOLKER, TURK y NICHOLSON, “Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional”. Icaria Editorial, Barcelona. p.: 125. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/7392.pdf>.

⁶¹ *Ibid.*, párr.151. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUR). 2007. “Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967”, Ginebra, pp.: 3.

⁶² Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. párr. 4. Diciembre, 2001; Corte IDH. Caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, Op.cit., párr.151.

“Dado el carácter declarativo de la determinación de la condición de refugiado, la protección brindada por el principio de no devolución aplica a todos los refugiados hayan o no sido reconocidos aún como tales por las autoridades con base en los requerimientos de la definición del artículo 1 de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 o la legislación nacional. Es decir, que el mismo se encuentra destinado también a solicitantes de asilo, cuya condición todavía no ha sido determinada, y a los refugiados que no han sido aún reconocidos oficialmente como tales”⁶³.

Por ello, en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre⁶⁴.

En anexo de este derecho, la expulsión o devolución no solo debe evitarse hacia al país de nacionalidad o de residencia habitual de la persona, sino que la protección es aplicable frente a la expulsión o devolución a cualquier país donde el riesgo exista⁶⁵.

Extendiendo un poco más su alcance de protección, señala Goodwin-Gill: “si tuviéramos en cuenta solamente los reconocidos como refugiados, sería imposible su aplicación en los casos en los que no existiera un procedimiento efectivo para el reconocimiento de la condición de refugiado y en los casos de afluencia masiva, pudiendo darse la situación de devolución de estas personas a sus países de origen con anterioridad al examen de la solicitud de refugio o asilo”⁶⁶.

Además, la aplicación de este principio fue sostenida por el Comité Ejecutivo de ACNUR en su conclusión número 6 sobre no devolución en 1977⁶⁷. Agregamos a esto que la práctica internacional ha confirmado la aplicación de este principio también a aquellos que se encuentren en la frontera, es decir en el momento en que las personas que buscan asilo se presenten en la frontera de un territorio para su entrada.

⁶³ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-21/14*, Op. cit., párr.210.

⁶⁴ Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, Op. cit., párr.135.

⁶⁵ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-21/14*, Op.cit., párr.237.

⁶⁶ GOODWIN-GILL G.S. y McADAM J. 2007. *The refugee in international law*. Oxford: Oxford University Press. p.

⁶⁷ El Comité Ejecutivo del ACNUR en su Conclusión No. 6 (XXVIII) No Devolución (1977), párrafo (c), reafirmó “la importancia fundamental de la observancia del principio de no devolución (...), de las personas que, reconocidas o no oficialmente como refugiadas, podían ser objeto de persecución si se las devolvía a su país de origen”.

Hasta este punto, como lo ha indicado el ACNUR en sus estudios sobre el tema, la evolución a la “protección complementaria” se ha extendido. Esta ha emergido en la última década como resultado de la necesidad de atender la situación de aquellas personas que no pueden ser consideradas como refugiadas pero que si presentan alguna necesidad de protección internacional⁶⁸.

En efecto, y para finalizar la idea, la Corte Interamericana ha definido a la protección complementaria como “toda protección que la entidad autorizada en el país de acogida otorga al extranjero que no tiene regularidad migratoria y que no califica como refugiado bajo la definición tradicional o la ampliada, consistente, principalmente, en no devolverlo al territorio de otro país en donde su vida, libertad, seguridad o integridad se verían amenazadas”⁶⁹.

Sobre el asilo diplomático se suscribieron tres convenciones latinoamericanas. La primera fue la Convención sobre Asilo de La Habana, 1928, aprobada en la Sexta Conferencia Internacional Americana; luego, la Convención sobre Asilo Político de Montevideo de 1933, aprobada en la Séptima Conferencia Internacional Americana y, posteriormente, la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas, de 1954, aprobada en la Décima Conferencia Internacional Americana⁷⁰.

El asilo político o diplomático es practicado solo en Latinoamérica y no en otras partes del mundo. Sin embargo, se incluye España, como dice el siguiente comentario de una jurista española:

“La institución del asilo diplomático está relacionada con el concepto de refugio temporal, consistente en el resguardo ofrecido por los Estados en sus locales diplomáticos, por razones humanitarias, en los casos en los que la vida y la integridad de la persona se encuentre en peligro, esta protección prestada por los Estados encuentra su base en una norma de derecho consuetudinario que es la inviolabilidad de las misiones diplomáticas, la cual garantiza a cualquier persona y en cualquier Estado, que mientras se encuentre en el interior de una misión

⁶⁸ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, UNHCR. Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention (“Complementary Protection”). Op.cit. para. 4; Ver en este sentido Conclusiones del Comité Ejecutivo sobre la Protección Internacional de los Refugiados. N° 103 (LVI). Conclusión sobre la disposición sobre protección internacional, en particular mediante formas complementarias de protección (2005).

⁶⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Op.cit., párr.238.

⁷⁰ GARCIA AMADOR, F. V.1981, “Compilador y anotador: Sistema Interamericano: a través de los tratados, convenciones y otros documentos, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos”, Secretaría General de la OEA, Washington, vol. (I), p.: 250.

diplomática, estará a salvo de actos de fuerza, en este sentido hay que decir que ésta es la clase de protección practicada por España, en estos casos, ya que nuestro país no reconoce la figura del asilo diplomático”⁷¹.

Por otro lado, los conceptos de extradición y asilo están relacionados entre sí en la medida en que la negativa de extraditar a una persona puede llegar a implicar el otorgamiento de asilo, y, por otra parte, la extradición significa un rechazo a la concesión del asilo.

Continuaremos analizando los aportes a la institución del asilo de algunos instrumentos celebrados el último tiempo del siglo XX.

3.2.3.1.1. Convención de La Habana de 1928

La Convención sobre Asilo firmada en La Habana, el 20 de febrero de 1928, en la Sexta Conferencia Internacional Americana, firmada por Chile y depositando éste su instrumento de ratificación de 1929, afirma que no es lícito a los Estados dar asilo en legaciones u otros, a personas acusadas por delitos comunes (artículo 1) y que, cuando el asilo sea concedido, éste debe serlo sólo en casos de *urgencia*⁷².

Como señala Jaime Esponda Fernández:

“El Proyecto de la Convención de La Habana asumió el criterio restrictivo imperante y, particularmente, según la cual el asilo diplomático “no podrá ser concedido sino en casos de urgencia”. Pero, a la vez, pretendió aplicar dicho criterio con mayor amplitud y para ello disponía, en su artículo III, que debe entenderse por “casos de urgencia, entre otros, aquellos en que exista inestabilidad política y social; o cuando el individuo sea perseguido por personas o multitudes que hayan escapado al control de las autoridades; o cuando se encuentre en peligro de ser privado de su vida o de su libertad por razones de persecución política y no pueda hacer uso de todos los medios legales que aseguren un proceso normal; o cuando se encuentren suspendidas, total o parcialmente, las garantías constitucionales”⁷³.

⁷¹ FERNANDEZ ARRIBAS, GLORIA. 2007. “Asilo y refugio en la Unión Europea”, Granada, Editorial Comares. pp.: 15-16.

⁷² Tratados y convenciones interamericanos sobre asilo y extradición, Doc. of. OEA, ser. X/7, Washington, D.C., pp.: 27-30. Estados Unidos de América al firmar esta Convención hizo expresa reserva, haciendo constar que EUA no reconoce la llamada doctrina del asilo como parte del derecho internacional.

⁷³ JAIME ESPONDA FERNÁNDEZ. La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados. P. 55. Capítulo de la obra El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8945.pdf>.

3.2.3.1.2. Convención de Montevideo de 1939

Respecto de la Convención de Montevideo de 1939 y como enseña Jaime Esponda Fernández:

“En 1939, y luego en 1953, Uruguay propuso expresamente establecer la obligación de los Estados de acordar asilo diplomático⁷⁴. La postura del gobierno uruguayo aparece expuesta y fundamentada en un artículo firmado por el delegado uruguayo ante la Segunda Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos de 1953, el Dr. Quintín Alfonsín⁷⁵. Su argumento a favor de consagrar el deber del Estado de otorgar el asilo destaca que la finalidad de este instituto, tal como se practica en América Latina, consiste en sustraer a la persecución a todas las personas que se encuentren amenazadas por motivos políticos y en protegerlas por la sola condición de ser humanos⁷⁶”.

El Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos de 1939 de Montevideo, Uruguay, distingue entre asilo político y refugio:

“En efecto, el asilo político es aquel que otorgan los jefes de misión o comandantes en las embajadas, legaciones, buques de guerra, campamentos militares o aeronaves militares, a los perseguidos por motivos o delitos políticos, y por delitos políticos concurrentes en que no procede la extradición”⁷⁷.

El refugio, en cambio, dispuesto en artículo 11 de la Convención como:

“el concedido en el territorio de las Altas Partes Contratantes, ejercido de conformidad con el presente Tratado, es inviolable para los perseguidos a quienes se refiere el Artículo 2º, pero el Estado tiene el deber de impedir que los refugiados realicen en su territorio actos que pongan en peligro la paz pública del Estado del que proceden”.

En cuanto al Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos firmado en Montevideo el 4 de agosto de 1939, en el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, como señalamos anteriormente, que por primera vez se hace una distinción categórica entre el asilo político (artículos 1-10) y el asilo territorial (artículos 11-15) (refugio), consagrándose la

⁷⁴ TORRES GIGENA, CARLOS, Asilo diplomático. Su práctica y teoría, Buenos Aires, La Ley, 1960, p.: 90

⁷⁵ ALFONSÍN, QUINTIN, “Naturaleza del derecho de asilo diplomático”, Buenos Aires, La Ley, tomo 83, p.: 911

⁷⁶ Op. cit. en nota 73, p. 55.

⁷⁷ La diferencia que surgió entre Colombia y Perú, respecto del asilo acordado por la Embajada de Colombia al Dr. Víctor Raúl Haya de la Torre fue sometida en 1949 a la Corte Internacional de Justicia, único caso de esta naturaleza llevado a conocimiento y fallo de ese Tribunal, sobre la base de la Convención de La Habana de 1928,

doctrina de que la concesión del asilo es optativa para la autoridad asilante, y nunca un deber jurídico (artículo 1. “El asilo puede concederse...”), y afirmándose que no se concederá el asilo a los acusados de delitos políticos que, previamente estuvieron procesados o hubieren sido condenados por delitos comunes.

La Convención de Montevideo llamada “Convención sobre Asilo Político” de 1939, diferenció precisamente los dos tipos de asilo⁷⁸. Por su ámbito de uso regional en América latina ambas instituciones evolucionaron conjunta y paralelamente, y así, el asilo diplomático y el asilo territorial se conciben y mantienen todavía hoy como dos aspectos o manifestaciones diferentes de un mismo instituto genérico: el asilo⁷⁹.

Por su parte, los intentos internacionales recientes para lograr una aceptación formal universal del derecho de asilo diplomático no han tenido éxito. Por lo que el asilo diplomático solo está reglamentado en América Latina.

El tratado de Montevideo sobre Asilo o Refugio Políticos de 1939 prohíbe conceder asilo político a los acusados por delitos políticos que previamente estuvieron procesados o hubieran sido condenados por delitos comunes y por tribunales ordinarios.

De los artículos del Tratado de 1939, de Montevideo, se desprende que la naturaleza del asilo no sería un derecho subjetivo del asilado, que crea una obligación por parte del diplomático, sino una facultad librada al arbitrio de los asiladores. Ello se desprende de las exposiciones que según las Actas (...) pronunciaron los delegados⁸⁰.

3.2.3.1.3. El asilo en la Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948

En el sistema interamericano con relación a la libertad de circulación, se estipula en la Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948 lo siguiente:

Artículo 8: Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por el libremente y no abandonarlo sino por su voluntad

⁷⁸ GROS ESPIELL, Op. Cit. en nota 53, p.: 35

⁷⁹ Ibid., p.: 36

⁸⁰ ZÁRATE, LUIS CARLOS, 1958. “El asilo en el derecho internacional americano”, Iqueima, Bogotá, pp.: 42

Artículo 27: Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en el territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

Se agrega a esta convención el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero (sea cual fuere el medio de ingreso a este país), en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos, de acuerdo con la legislación de cada país y los convenios internacionales. Además, se prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros.

3.2.3.1.4. El asilo en la Declaración Universal de Derechos Humanos

El artículo 14 dice al respecto:

“1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país”.

“2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

El artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos habla solo de asilo y se refiere únicamente al asilo territorial.

En América Latina, asilo territorial y refugio son sinónimos, pero el asilo territorial latinoamericano no es un concepto idéntico (como señalamos anteriormente) al de refugiado según la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967. En el sistema de las Naciones Unidas, tienen derecho a ser considerado refugiado cuando existe el temor fundado de una persecución política, pero esta causal no se reconoce en el asilo territorial americano⁸¹.

3.2.3.1.5. El asilo en el estatuto de los refugiados, de la Convención de 1951

Por su parte, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados también emplea el asilo como sinónimo de asilo territorial. Por tanto, la expresión asilo territorial tiene el mismo sentido en la terminología de las Naciones Unidas y en derecho internacional americano⁸². Es relevante señalar que la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 1, 6, F,

⁸¹ GROS ESPIELL, Op. Cit. en nota 53, Pp.: 43

⁸² *Ibíd.*

a), b) y c) excluye la aplicación de la convención a las personas que han cometido un grave delito común fuera del país del refugio antes de la concesión de refugio, o que se han hecho culpables de actos contrarios a las finalidades y principios de las Naciones Unidas. Por otro lado, el asilo territorial en el sistema de las Naciones Unidas no corresponde tampoco, en el caso del asilado perseguido por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas (art. 14)⁸³.

3.2.3.1.6. Convención de Caracas de 1954

La Convención de Caracas de 1954 dice que todo Estado tiene derecho, en ejercicio a su soberanía, admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente (artículo 1), no siendo procedente la extradición cuando se trate de personas que, con arreglo a la calificación del Estado requerido, sean perseguidas por delitos políticos o por delitos comunes cometidos con fines políticos (artículo 4)⁸⁴.

La Convención de Caracas, del mismo año, sobre “Asilo Territorial” la amplía a personas “perseguidas por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos” (artículo 2). Pero ninguna de estas convenciones asume el concepto amplio de la Convención de 1951 o de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948⁸⁵.

Es así como la Convención de Caracas sobre “Asilo Diplomático” exceptúa del asilo a los inculcados, procesados o condenados por delitos comunes, correspondiendo al estado asilante dicha calificación⁸⁶.

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ Decreto de Promulgación de la Convención sobre Asilo Territorial, en Diario Oficial de la Federación del 4 de mayo de 1981, pp. 4-6. México, al momento de la aprobación de la Convención formuló reserva expresa del artículo, referente a la condición de que no se dirija al país de su procedencia el internado político que resuelve salir del territorio, por considerarlo contrario a las garantías individuales consagradas por la Constitución Política.

⁸⁵ ESPONDA FERNANDEZ, JAIME. 2004. “El Asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina, Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. 1a. ed., San José, Costa Rica: EDITORAMA, p.: 536.

⁸⁶ GROS ESPIELL. *Op. Cit.*, p.: 40.

3.2.3.1.7. Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre derechos humanos de 1969

La Convención Americana dice en su artículo 22 n°6:

“Toda persona tiene derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”.

Como complemento, el artículo 8 señala:

“En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

3.2.3.1.8. La Convención de Derecho del Mar de las Naciones Unidas de 1982

Sobre la Convención de Derecho del Mar de las Naciones Unidas de 1982, podemos decir, fundamentándonos en su artículo 27, que un Estado no ejercerá jurisdicción criminal en un navío excepto si transgrede el territorio de manera de ocasionar un disturbio a la paz o seguridad del buen orden territorial del mar.

De esta forma, un navío puede acercarse a las costas en dos situaciones de transporte de pasajeros, primero, cuando no tiene jurisdicción el estado costero hasta el momento de encontrar la presencia ilegal de pasajeros, es decir, de indocumentados en el navío foráneo, y por lo cual el estado puede justificadamente denegar la entrada en aguas costeras. La segunda situación, puede el navío derechamente cruzar aguas con pasajeros en calidad de indocumentados, y por lo cual siempre ejercerá este estado jurisdicción criminal⁸⁷.

Ahora bien, la Convención de Refugiados de 1951 incluye en su artículo 33 que el territorio marítimo de un país de destino de refugiados, no puede devolverlos si estos peligran por su vida o libertad.

⁸⁷ TRESVISANUT, SELINE, 2008. “The Principle of Non Refoulement at Sea and the effectiveness of asylum protection”, Max Planck year book of United Nations Law, Vol (12), p.: 220.

La noción de un tercer estado ha tomado relevancia como solución a la no devolución al país de origen de los refugiados, debido a lo cual voluntariamente los inmigrantes ilegales son redirigidos a un tercer Estado seguro⁸⁸.

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar dice en su artículo 98:

“Todo Estado exigirá al capitán de un buque que enarbole su pabellón que, siempre que pueda hacerlo, sin grave peligro para el buque, su tripulación o sus pasajeros:

- a) Preste auxilio a toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar;
- b) Se dirija a toda la velocidad posible a prestar auxilio a las personas que estén en peligro, en cuanto sepa que necesitan socorro y siempre que tenga una posibilidad razonable de hacerlo;
- c) Caso de abordaje, preste auxilio al otro buque, a su tripulación y a sus pasajeros y, cuando sea posible, comunique al otro buque el nombre del suyo, su puerto de registro y el puerto más próximo en que hará escala...”

Por último, de acuerdo al *MSC Guidelines*⁸⁹, la asistencia a un navío con tripulantes no debe ser solamente si está en inmediato peligro abordado de su nave, esta asistencia debe ser, incluso, si su navío es considerado un lugar temporalmente seguro⁹⁰.

3.2.3.2. Concepto y clasificación del Asilo

En el contexto moderno del derecho internacional, nadie posee un derecho propio a la admisión en un territorio particular. El estado puede subordinar la admisión a ciertas condiciones generales que juzgue necesarias o rechazar individualmente a personas consideradas indeseables o bien, simplemente, otorgar una residencia temporal para fines específicos⁹¹.

Por su parte, Oppenheim se refiere a esto diciendo que el Estado extranjero va a constituir un asilo, al menos provisionalmente, para toda persona que, siendo perseguida en el país de origen, cruce sus fronteras y se interne en su territorio⁹².

⁸⁸ Ibid., p.: 223.

⁸⁹ Guidelines on Treatment of Persons Rescued at Sea, Resolution MSC.167 (78) of 20 May 2004

⁹⁰ TREVISANUT, SELINE. Op. Cit., pp.: 238 – 239.

⁹¹ GOMEZ ROBLEDO. “El derecho de Asilo en el sistema jurídico internacional”. Pp.: 615

⁹² OPPENHEIM, LASSA F. L. 1961. “Tratado de derecho internacional público, dicción inglesa a cargo de Sir HERSCH LAUTERPACHT, traducción de Loez Oliván y Castro Rila”, tomo I, Volumen II, Bosch., Barcelona,

En lo referente a esta memoria, entenderemos por “asilo” la protección que encuentra una persona objeto de persecuciones por parte de las autoridades de un Estado, en aquellas hipótesis en que dichas persecuciones se enfrentan a la prohibición de su persecución dentro de ciertos espacios competentes de la autoridad de otro Estado, sin que éste tenga la obligación de facilitar su continuación entregando al refugiado a las autoridades del Estado que pretende ejercer tal persecución⁹³.

En cuanto a sus requisitos, la concesión del asilo está condicionada principalmente a dos: i) al hecho de que se constate el carácter político del delito imputado al refugiado, y además ii) que se esté frente a una situación o circunstancia de urgencia, correspondiendo al estado asilante la apreciación de dicha circunstancia., estas últimas pueden ser persecución por parte de autoridades, peligro de la vida, o a la libertad por razones políticas, entre otras.

El asilo, a diferencia del refugio, se otorga para proteger a una persona que es perseguida por delitos políticos, mientras que el refugio tiene una finalidad protectora más amplia que comprende a cualquier persona perseguida. Esto es acertado como aproximación general, pero no rigurosamente cierto. El asilo de la tradición latinoamericana es otorgado a los perseguidos por delitos políticos o conexos, pero también por otras razones en algunos casos. De lo anterior resulta claro que no es posible distinguir el asilo y el refugio como si fueran dos instituciones distintas y bien delimitadas

De acuerdo con Atle Grahl-Madsen, el derecho de asilo, en el sentido del derecho del Estado a conceder asilo, se compone de diversas facetas, a saber: como derecho a admitir una persona en su territorio; derecho a permitirle permanecer en dicho territorio; derecho a negarse a expulsarlo; derecho a negarse a extraditarlo hacia otro Estado; derecho a no perseguir a la persona, castigarla o de alguna otra forma o restringir su libertad⁹⁴.

Una vez que ha sido concedido el asilo, éste debe ser respetado por todos los demás Estados, incluyendo obviamente el Estado de cuyo territorio huyó la persona o personas asiladas⁹⁵.

p.:247.

⁹³ “Dictionnaire de la Terminologie du Droit International”, 1960. París, Sirey, préface de J. Basdevant. p. 63.

⁹⁴ GRAHL-MADSEN. 1972. “Atle, The Status of Refugees in International Law”, Leiden, A. W. Sijthoff, Vol. (II).

⁹⁵ Artículo 1o. (1) de la Declaración sobre Asilo Territorial adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1967. Doc. a/2312 (XXII).

Así, la competencia para conceder asilo se infiere directamente del principio de la soberanía territorial de los Estados, y la práctica internacional en materia de extradición refuerza esta tesis, ya que es generalmente reconocido que, en ausencia de un tratado de extradición con el Estado requirente, no existe una obligación jurídica de entregar al individuo acusado de acto delictivo.

Respecto a tratados que versan la materia, el de Montevideo de 1939 sobre “Asilo y Refugio Políticos” denomina su capítulo I “Del asilo político”. Por su lado, la Convención de Caracas de 1954 se titula “Sobre ‘Asilo Diplomático’”, denominación que es empleada como sinónimo de asilo político.⁹⁶

Como precisamos el vocablo “asilo” sin ningún otro calificativo debe entenderse solo como asilo territorial, mientras que el “asilo” en el derecho internacional americano tiene varias acepciones, tanto el concepto de asilo territorial como el del asilo diplomático, este último, tanto del asilo diplomático como territorial.

3.2.3.2.1. El asilo diplomático

Según la Convención sobre Asilo Diplomático⁹⁷ (A-46) para los gobiernos americanos, en su artículo 1, inciso 1 y 2 en su definición jurídica lo tratan como:

“El asilo otorgado en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares, a personas perseguidas por motivos o delitos políticos, será respetado por el Estado territorial de acuerdo con las disposiciones de la presente Convención”.

Además,

“Para los fines de esta Convención, legación es toda sede de misión diplomática ordinaria, la residencia de los jefes de misión y los locales habilitados por ellos para habitación de los asilados cuando el número de éstos exceda de la capacidad normal de los edificios”.

Como dice también M. Giuliano, el concepto de *asilo extraterritorial* (lo entenderemos como asilo diplomático) se utiliza:

⁹⁶ GROS ESPIELL, Op. Cit. en nota 53, pp.: 37

⁹⁷ Disponible

en

línea:

<http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-46_asilo_diplomatico.asp> [consulta: 04 septiembre 2018]

“para referirse a la particular condición jurídica reservada por el derecho internacional a los lugares en los cuales venía solicitado y concedido el asilo; o también conocido como *asilo interno* (o en estricto rigor asilo diplomático, en caso de acordarse en locales de misiones diplomáticas), en contraposición al asilo externo o territorial, que es aquel concedido por el Estado dentro de su propio territorio”⁹⁸.

Este último tipo de asilo ocurrió en la embajada de Chile en Venezuela. Cinco ciudadanos venezolanos (los magistrados Elenis del Valle Rodríguez Martínez, Luis Manuel Del Valle Marcano Salazar, José Fernando Núñez Sifontes, Beatriz Josefina Ruiz y Zulema Del Valle), que tenían la condición de magistrados en Venezuela elegidos por su Asamblea Nacional, se hospedaron en la residencia de nuestra embajada en Caracas.

Estos ciudadanos, por distintos medios (incluyendo asesorías de abogados), buscaron resolver su situación respectiva, por tener disidencias contra el régimen de Maduro. Sin embargo, estas gestiones no prosperaron y solicitaron formalmente asilo diplomático, en la embajada de nuestro país en Caracas. En ese sentido, el secretario de Estado con fecha de 22 de agosto de 2018 señaló:

“por lo tanto el Gobierno de Chile ha decidido otorgar a estos cinco ciudadanos venezolanos la condición de asilados diplomáticos (...)”. El actual canciller comentó: “A estos cinco ciudadanos venezolanos les ha sido otorgado asilo diplomático por parte del Gobierno de Chile y hemos procedido a solicitarle al gobierno venezolano que otorgue los salvoconductos⁹⁹ correspondientes para que ellos puedan viajar a nuestro país. Esperamos que esos salvoconductos puedan ser otorgados”.

Chile concedió a estos jueces el asilo velando por respetar los derechos humanos, la Declaración de Lima, y resguardando cumplir las condiciones de la Convención de Asilo Diplomático del derecho internacional.

⁹⁸ GIULIANO, MARIO. 1974. “Diritto Internazionale”, Milano, Giuffrè, Vol. II, pp.: 348-350 *apud* Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “El derecho de asilo en el sistema jurídico internacional”, en *Temas selectos de derecho internacional*, 4a. edición, p.: 617. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/831/27.pdf>.

⁹⁹ El artículo XII de la Convención sobre Asilo Diplomático, señala: “Otorgado el asilo, el Estado asilante puede pedir la salida del asilado para territorio extranjero, y el Estado territorial está obligado a dar inmediatamente, salvo caso de fuerza mayor, las garantías necesarias a que se refiere el artículo V y el correspondiente salvoconducto”. Se puede extraer que el salvoconducto es la autorización para salir del país en que la persona está en riesgo.

3.2.3.2.2. El asilo territorial

El asilo territorial es el concepto que utiliza la Convención de Caracas de 1954. Tal como señala:

“plenamente consagrado en derecho internacional como la facultad jurídica para todo Estado soberano de garantizar el asilo en su territorio a toda persona que fundadamente así lo solicite y siempre y cuando el Estado en cuestión no esté bajo ninguna obligación contractual de realizar lo contrario, como puede ser el caso de las convenciones de extradición en que el Estado sea parte¹⁰⁰.”

Por su parte, Díez de Velasco define el asilo territorial como “aquella protección que un Estado presta en su territorio al acoger en el mismo a determinadas personas que llegan a él perseguidas por motivos políticos y que se encuentran en peligro su vida o su libertad en el Estado de procedencia”¹⁰¹.

Para ejemplificar esto, nos referiremos al caso de la familia Pacheco Tineo analizado y fallado por la Corte Interamericana de derechos humanos¹⁰². En los hechos, la familia Pacheco Tineo ingresó a Bolivia el 19 de febrero de 2001. El 24 de febrero, en su situación de migrantes irregulares y en condición de solicitantes de asilo, autoridades migratorias de Bolivia efectuaron un procedimiento breve dirigido a su expulsión y decidieron no considerar su solicitud de asilo, luego de lo cual los expulsaron a Perú, su país de origen. La Comisión Nacional del Refugiado de Bolivia sumariamente manifestó que no consideraría su solicitud de asilo y con ello no otorgó audiencia ni oportunidad de dar las razones de su solicitud. En este caso, Bolivia debía tener especial consideración de su condición de refugiado, ya que había sido considerada así por un tercer estado, en este caso Chile.

Las víctimas no fueron notificadas del procedimiento de expulsión y, además, fue realizado en un tiempo exageradamente corto, sin valoración sobre el país al cual correspondía trasladarlos y tampoco tuvieron oportunidad de interponer recursos administrativos o judiciales.

La Corte Interamericana tuvo en consideración que no se habrían respetado ciertos derechos, como el de la vida y la integridad física de las personas extranjeras, que estos podrían peligrar en el Estado al cual serian objeto de devolución y que no tiene importancia para estos

¹⁰⁰ Gómez-Robledo Verduzco, Op. Cit. en nota 98, pp.: 617-618.

¹⁰¹ DIEZ DE VELASCO, 2000 “Organismos de Derecho Internacional Público”, Editorial Tecnos, Madrid. p.: 522.

¹⁰² Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272

efectos la condición migrante regular o irregular¹⁰³. Esto significa una vulneración de sus derechos. Estas personas no pueden ser rechazadas en frontera o ser objeto de una expulsión sumaria sin un análisis particular de sus consideraciones, y que antes de expulsarlas deben resguardar que estas personas estén protegidas de forma internacional y, por ende, no pueden expulsarlas a un Estado donde estén en peligro de persecución, o ser expulsadas a un Estado donde serían devueltas nuevamente a un Estado donde serían objeto de persecución (bajo la modalidad de expulsión indirecta).

La Corte consideró nuevamente que estas expulsiones deben ser objeto de un respeto de garantías mínimas del debido proceso, donde se tendrá que realizar un análisis específico de cada solicitud por parte las víctimas.

Como garantías a las víctimas están: que se debe facilitar un intérprete, asesoría y representación legal; la solicitud debe examinarse con objetividad; las decisiones deben ser fundamentadas; si hay riesgo de los solicitantes de asilo deben resguardarse los datos de ellos; se debe dar el derecho a recurrir en caso de que se niegue la condición de refugiado, entre otras.

El organismo de la CONARE no otorgó la facilidad a los solicitantes de asilo de expresar los motivos de su ingreso irregular a Bolivia, existiendo riesgos para su vida o libertad en Perú. Este organismo por su parte efectuó una consideración sumaria de la solicitud de asilo, a pesar de que la condición de refugiado se le había reconocido en un tercer estado. Como mencionamos, Bolivia debía tener una especial diligencia y cuidado por la condición de refugiado, otorgado anteriormente por un tercer estado en este caso nuestro país, lo cual no se respetó.

La decisión de Bolivia, quien por medio de actos administrativos no otorgó el derecho a un debido proceso con garantías mínimas, no cumplió con el artículo 8 de la Convención Americana, ni con el artículo 22.8 de esta Convención sobre no devolución, el que se aplica cuando una persona extranjera, sin tener la condición de refugiado o asilado necesariamente, está en riesgo de persecución o su vida o libertad estén en peligro. La expulsión de esta familia, por ende, no respetó el artículo 8 sobre un debido proceso ni el artículo 22.7 y 8 sobre asilo, refugio y no devolución de la Convención Americana. Por su parte, consideró que esta

¹⁰³ Hasta Estados Unidos, en su participación en la creación del Convenio de Refugiados de 1951 menciona: “las palabras no expulsar o devolver, remplazaran a las palabras no hacer regresar, para disipar cualquier duda de que la no devolución aplicaba a los refugiados, ya sea que hubiesen sido admitidos o no de forma regular para su residencia en cada caso.

expulsión generó una incertidumbre en la familia Pacheco Tineo al ser entregadas a Perú a través de una resolución sumaria, lo que tampoco respeta el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre integridad psíquica y moral y el artículo 25 sobre el derecho a recurrir una decisión.

3.2.3.3. La extradición

3.2.3.3.1. Concepto

La palabra extradición viene del vocablo latino *ex*, de la cual deriva la preposición latina “extra”, “fuera de”, y *traditio onis*, entrega o transmisión, derivado de *tradere*, transmitir o entregar. Por tanto, desde el punto de vista gramatical, se entiende por extradición el acto por el cual un Estado entrega a una persona que se encuentra en su territorio a las autoridades de otro país que lo reclama, para someterla a proceso o para que cumpla una pena que le fue impuesta por la comisión de un delito¹⁰⁴.

Por su parte, la Enciclopedia Jurídica Mexicana define extradición como el acto mediante el cual un Estado hace entrega de una persona refugiada en su territorio a otro Estado que la reclama por estar inculpada, procesada o convicta en este por la comisión de un delito del orden común a fin de que sea sometida a juicio recluida para cumplir con la pena impuesta¹⁰⁵.

Por tanto, la extradición es un medio defensa y cooperación entre los estados en su lucha contra la delincuencia, aunque, en cierta medida, se estipula que defiende los derechos del ser humano al establecer la no entrega de los delincuentes políticos, y esto tiene fundamentalmente el fin de ejercer el *ius punire*. Cada uno actúa en un momento dado (la extradición y el asilo). Sin embargo, la extradición solamente puede iniciarse cuando el asilo ha cesado, y comienza desde ahí el estado de refugio¹⁰⁶.

¹⁰⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española. 1994. t. I, 21a ed.; Espasa Calpe, Madrid, p. 939; COROMINAS, JOAN, 1987. breve diccionario etimológico, 3a. ed. 4ta reimpresión, Editorial Gredos, Madrid, pp: .264 y 577.; ARILLA BAS, FERNANDO. 1993. “El procedimiento Penal en México”, 15ª Editorial Kratos, México, p.: 215.

¹⁰⁵ RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, JESÚS, 2002. “Extradición en la Enciclopedia Jurídica Mexicana”, t. III, I a edición., Instituto de investigaciones Jurídicas-UNAM, y Editorial Porrúa, México. p.: 927.

¹⁰⁶ B. DE MAEKELT, TATTIANA, 1982. “Instrumentos Regionales en Materia de Asilo, asilo territorial y Extradición. La cuestión De Los Refugiados Ante Las Posibilidades De Una Nueva Codificación Interamericana”. Contenido en “Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina”, Editorial: Universidad

3.2.3.3.2. Tipos de extradición

La figura jurídica de la extradición se ha clasificado, de acuerdo al momento procesal en que se encuentra¹⁰⁷, en: extradición activa, cuando un Estado solicita a otro Estado la entrega de una persona; extradición pasiva, cuando el Estado requerido entrega al requirente a la persona reclamada; extradición de tránsito, que consiste en el permiso que otorga un tercer Estado para que la persona extraditada por el Estado requerido sea trasladada a través de su territorio para ser entregada al Estado requirente; extradición temporal, cuando la entrega de una persona se realiza por un tiempo determinado; extradición definitiva, se configura al entregar el individuo al Estado solicitante, sin limitar el tiempo al que debe estar en ese país; re-extradición, cuando el Estado que solicita la extradición de una persona, a su vez la entrega a un tercer Estado.

En los párrafos siguientes volveremos brevemente a algunas de las Convenciones analizadas respecto del asilo, pero desde la óptica de la extradición.

3.2.3.3.3. Tratados de Montevideo 1939 y Caracas 1954 sobre extradición y asilo

El tratado de Montevideo sobre “Asilo y Refugio Políticos” de 1939 establece que el asilo solo puede concederse a los perseguidos por motivos o delitos políticos en que no concurre la extradición (artículo 2), y que no se concederá asilo a los acusados por delitos políticos que previamente estuvieren procesados o hubieren sido condenados por delitos comunes y por tribunales ordinarios (artículo 3). En cuanto al refugio (asilo territorial), es inviolable para los perseguidos por delitos o motivos políticos y por delitos concurrentes en que no procede la extradición (artículos 11 y 12).

El tratado de Montevideo de 1939 sobre Derecho Penal Internacional determina que la extradición no se concederá por delitos políticos y por delitos comunes ejecutados con un fin político o cuando en el pedido de extradición median propósitos políticos (artículo 20 d), y por

Autónoma De México, México. Pp: 161.

¹⁰⁷ JIMENEZ, MARTINEZ, JAVIER. 2005. “Manual de Derecho Penal Mexicano”, Edición propia. México, p.: 85

delitos comunes ejecutados con un fin político o cuando en el pedido de extradición median propósitos políticos (artículo 20, e) y f)).

Referente a la convención de Caracas sobre “Asilo Territorial” de 1954, establece que la extradición no es procedente cuando se trate de personas que, en concepto del Estado requerido, sean perseguidas por delitos políticos o por delitos comunes cometidos con fines políticos, ni cuando la extradición se solicita obedeciendo a móviles predominantemente políticos¹⁰⁸.

3.2.3.3.4. Garantías diplomáticas y extradición

Las garantías diplomáticas constituyen una práctica común entre los Estados en el marco de procesos de extradición a las cuales generalmente se atribuye una presunción de buena fe. Estos compromisos diplomáticos consisten en promesas o seguridades otorgadas por el Estado requirente al Estado requerido de que la persona solicitada en extradición recibirá un trato o sanción acorde con las obligaciones internacionales de derechos humanos del Estado requerido.¹⁰⁹

Teniendo esto claro, el ACNUR ha planteado que las garantías diplomáticas otorgadas dentro del contexto de una solicitud de extradición de un refugiado hecha por un país distinto al país de origen del individuo se deben examinar a partir de la obligación de no devolución. Para ello debe verificar si dichas garantías constituirían una salvaguardia adecuada y confiable contra el riesgo de persecución en el Estado requirente, o contra el riesgo de un posterior traslado de la persona al país de origen, o a otro país donde pueda ser requerida o pueda ser perseguida.¹¹⁰

Es pertinente analizar el caso *Wong Ho Wing* relativo a los derechos de una persona extranjera (sin ser refugiada o solicitante de ese estatuto). La Corte afirmó que, para determinar la existencia de un riesgo de maltrato en otro Estado, se debían examinar las consecuencias de enviar al peticionario al Estado receptor, teniendo en cuenta la situación general de dicho Estado así como las circunstancias personales del peticionario¹¹¹. Estas consideraciones se

¹⁰⁸ GROZ ESPIELL, Op. Cit., p.: 41.

¹⁰⁹ Corte IDH Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, Op.cit. párr.178

¹¹⁰ ACNUR. Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados.

¹¹¹ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, Op.cit. párr.157.

aplican aun en aquellos casos en que el Estado requirente haya asegurado que la persona requerida no será objeto de persecución ni de otros tipos de maquinaciones. Este tipo de garantías son comúnmente conocidas como “garantías diplomáticas”.

Dado el caso que el país que solicita la extradición es distinto al país de origen de la persona refugiada o solicitante, el Estado requerido debe analizar adecuadamente si la entrega sería consecuente con sus obligaciones de no devolución. Es decir, que la extradición no pondrá a la persona en ningún riesgo de persecución, tortura o de sufrir cualquier otro daño irreparable en ese país, como tampoco lo expondrá a una expulsión posterior al país de origen o a un tercer país donde exista dicho riesgo¹¹².

En el caso *Wong Ho Wing*, la Corte Interamericana tuvo la oportunidad de referirse a este tema, reconociendo que

“la obligación de garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, así como el principio de no devolución ante el riesgo de tortura y otras formas de trato cruel, inhumano o degradante o riesgo al derecho a la vida se aplica a todas las modalidades de devolución de una persona a otro Estado, incluso por extradición”¹¹³.

Ello conlleva, por ende, el deber de todos los Estados Parte de la Convención Americana de evaluar efectivamente esa posibilidad en el marco de todo proceso formal de extradición y con las debidas garantías cuando dicho riesgo sea alegado¹¹⁴.

Por su lado, la Corte estableció tres factores sobre la extradición de una persona no reconocida como refugiada, que un Estado debe analizar al momento de decidir si una persona corre peligro al ser enviado a otro Estado: i) las condiciones relevantes en el Estado receptor, ii) las circunstancias particulares de la presunta víctima y iii) las garantías diplomáticas otorgadas por el Estado receptor (donde la persona sería extraditada)¹¹⁵.

En cuanto a las condiciones relevantes, la Corte necesariamente debe examinar las condiciones del país de destino en las cuales se fundamenta el alegado riesgo¹¹⁶. La

¹¹² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ACNUR. Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados. Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal, Ginebra. Abril 2008, párr.24.

¹¹³ Corte IDH. Caso *Wong Ho Wing Vs. Perú*, Op.cit. párr.130 y 131.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Ibid. párr.157.

¹¹⁶ Ibid. párr. 169.

documentación relevante en esta determinación, haciendo una referencia al caso *Saadi c. Italia* del TEDH, se recapituló lo indicado en casos anteriores en los siguientes términos:

“(…) en cuanto a la situación general de un país en particular, a menudo la Corte ha concedido importancia a la información contenida en los informes recientes de organizaciones internacionales independientes de derechos humanos como Amnistía Internacional o a fuentes gubernamentales, como el Departamento de Estado de EE.UU. De lo anterior, resulta entonces que la Comisión determinó en el caso *Wong Ho Wing* que “es necesario analizar la situación de riesgo en el Estado receptor o solicitante, incluyendo el alcance y la aplicación práctica de las garantías otorgadas, caso por caso”¹¹⁷.

Las circunstancias particulares son caracterizadas como una necesidad de demostrar que la persona que sufre el presunto riesgo la exponen a un riesgo real y previsible de ser sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes¹¹⁸.

Las garantías diplomáticas, no la consideraremos en su detallada enumeración, solo las entenderemos como fue definida al comenzar este subcapítulo.

En síntesis, la Corte debe considerar la diferencia entre otorgar una garantía respecto de un hecho que en el Estado solicitante de la extradición sea catalogado como procedente (hasta la pena de muerte), pero que se compromete a no realizar, y otorgar una garantía respecto de un hecho respecto del cual existe un consenso internacional en cuanto a su prohibición absoluta y no tiene carácter legal en el Estado solicitante (tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes).¹¹⁹ Además,¹²⁰ “en casos como el de *Wong Ho Wing*, en que se presentan alegatos sobre la aplicación de la pena de muerte de manera sumaria, secreta, arbitraria y sin acceso a la información o perspectivas reales de monitoreo en el Estado solicitante, así como sobre la aplicación de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, la Comisión considera necesario efectuar el análisis tomando en cuenta los estándares definidos por otros tribunales y organismos internacionales como relevantes en la materia”¹²¹

¹¹⁷ CIDH, Informe No. 78/13 Caso 12.794, Fondo, *Wong Ho Wing* (Perú). Fecha de remisión a la Corte: 30 de octubre de 2013.

¹¹⁸ Corte IDH Caso *Wong Ho Wing Vs. Perú*, Op.cit. párr.173.

¹¹⁹ CIDH, Informe No. 78/13 Caso 12.794, Fondo, *Wong Ho Wing* (Perú). Fecha de remisión a la Corte: 30 de octubre de 2013.

¹²⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2015. “Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15, p.: 226. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/58e3e30d4.pdf>.

¹²¹ Ibid, Corte IDH Caso *Wong Ho Wing Vs. Perú*

CAPÍTULO 4 EXCEPCIONES DEL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN Y ALGUNOS CASOS DE JURISPRUDENCIA

4.1 Las excepciones al principio de no devolución

El principio de no devolución es inaplicable a quien es un peligro para la seguridad del estado asilante o quienes es un convicto enjuiciado por un crimen particularmente serio que constituye un peligro para la comunidad del país asilante¹²². Se incluye el crimen de terrorismo, igualmente considerado en el artículo 33, y esto permite a los Estados expulsar de su territorio a las personas consideradas culpables, incluso si las personas corren peligro de tortura o tratos inhumanos en el país de destino¹²³.

Por otro lado, la expulsión de un refugiado “por razones de seguridad nacional o de orden público” no puede ser arbitraria o infundada, sino que debe ajustarse “al debido procedimiento legal”, lo que requiere ciertas garantías procesales que permitan al acusado someter pruebas de lo injustificado de la acusación, que existe un error de identidad u otra evidencia que los exculpen de la acusación. El refugiado debe gozar del derecho de apelación e igualmente del derecho de ser representado ante la autoridad nacional correspondiente.

En el caso *Nadege Dorzema y otros*, la Corte enumeró las siguientes garantías básicas que deben asegurarse frente a toda decisión que desemboque en la expulsión o deportación:

i. sólo podrá expulsarse a un extranjero en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley;

¹²² TREVISANUT, SELINE, Op. Cit., P.: 216

¹²³ El ACNUR está preocupado sobre la exclusión de cláusulas hecha por algunos estados, y el debilitamiento de la individual naturaleza de los derechos de las personas buscadoras de asilo, ACNUR, Note on the impact of security council resolution 1624(2005) on the Application of Exclusion under article 1f of the 1951 Convention relating to the state refugees, 9 December 2005. Ver también, ACNUR, Background Paper Preserving the Institution of Asylum and Refugee Protection in the Context of Counter- Terrorism: the Problem of Terrorist Mobility, 5to special Mtg of the Counter- Terrorist Committee with international, regional and sub-regional Organization, 29-31 October, 2007, Nairobi- Kenia.

ii. Se debe facultar al extranjero la posibilidad de: a) exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión; b) someter su caso a revisión ante la autoridad competente, y c) hacerse representar con tal fin ante ellas¹²⁴.

Incorporando lo manifestado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su informe sobre derechos de los no ciudadanos, la Corte señala que

“el procedimiento de expulsión de un grupo de no ciudadanos debe apoyarse en suficientes garantías que demuestren que las circunstancias personales de cada uno de esos no ciudadanos afectados han sido genuina e individualmente tenidas en cuenta”¹²⁵. Asimismo, debe otorgar a los extranjeros legales el derecho jurídico a no ser deportados sin una decisión firme respaldada por la ley” y en consecuencia “debe prohibir la expulsión colectiva de extranjeros, independientemente de su estatuto jurídico”¹²⁶.

4.2 Casos en la jurisprudencia internacional donde se ha innovado en relación con el principio de no devolución

4.2.1 Síntesis de los hechos del Caso Croacia-Bosnia Herzegovina de 1992¹²⁷

En el caso Croacia-Bosnia Herzegovina de 1992, según resumen de Nils Coleman¹²⁸, a los refugiados en directo tránsito hacia otros países europeos debía permitírsele la entrada, pero como caso excepcional. Sin embargo, aun así, el gobierno citando razones económicas y financieras justificó cerrar sus fronteras a estos refugiados.

¹²⁴ Corte IDH. Caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas, Op.cit., párr. 161 y Corte IDH. Caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*. párr.133.

¹²⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “Los Derechos de los No Ciudadanos”, 2006, p.: 20.

¹²⁶ CIDH. Informe No. 63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y fondo. Andrea Mortlock. Estados Unidos. 25 de Julio de 2008, párr.77.

¹²⁷ Caso producido como consecuencia de refugiados escapando del conflicto de los Balcanes. Hubo muchos casos particulares, por eso no hago referencia a uno.

¹²⁸ COLEMAN, NILS, 2003. “Non-Refoulement, Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law”. *European Journal of Migration and Law*”, pp.: 23-68.

Como desenlace en el caso, se permitió volver a los bosnios a su país de origen, en áreas seguras, sin perder la calidad de refugiados y aplicando plenamente el principio de no devolución o *non refoulement*.

La respuesta internacional se produjo de la siguiente manera: debido a que Croacia sobrepasó su capacidad para recibir refugiados, estableció una visa con requisitos para la masa de refugiados. Los demás países europeos, a pesar de la contingencia, no tomaron como carga recibir a estos refugiados, quedando estos en el territorio de Croacia.

4.2.2 Síntesis de los hechos del Caso Macedonia- Kosovo¹²⁹

Hubo otro caso de denegación de cruce de fronteras en el caratulado Macedonia-Kosovo, por la llegada de miles de refugiados provenientes de Kosovo.

Como desenlace, se admitieron en condiciones deplorables a los refugiados. El principio de no devolución o *non refoulement*, por su parte, asegura recibir a los refugiados, pero no garantiza la plena asistencia a estos refugiados.

Posteriormente, la agencia para refugiados de la ONU llamó a otros países a recibir una cuota de refugiados, para dividir la carga que conlleva a los países de recibir a un gran número de refugiados en un tiempo pequeño

4.2.3 Reflexiones ante los casos Croacia-Bosnia Herzegovina y Macedonia-Kosovo

La crisis de los Balcanes de 1992 a 1999 involucró un largo margen de rechazos en la frontera de países vecinos, a las correspondientes personas solicitantes de refugio.

El solicitante de asilo o, de manera más apropiada dicha en este caso, la persona en condición de refugiado, entró a la frontera de un país miembro de acuerdos de derechos humanos, bajo la autoridad del estado receptor.

En un extenso margen de solicitudes, los buscadores de asilo deben ser admitidos en un estado si cuentan con fundamentos, y deberían contar con la correspondiente protección en su

¹²⁹ Ibid.

calidad de refugiados. Además deben ser admitidos, sin discriminación de raza, religión, opinión política, nacionalidad, país de origen o discapacidad física.

Por último, los estados deben ser solidarios en compartir sus fronteras, recibir refugiados, y dar asistencia a la cobertura de las solicitudes de asilo. Cada caso particular de rechazo debido al cierre de las fronteras en Croacia fue considerado un acto de devolución y, por ende, una infracción al principio de no devolución o *non refoulement*.

Las nuevas prácticas europeas son proclives a incorporar en el flujo masivo de inmigrantes, una excepción al principio de no devolución, para no recibirlos. Sin embargo, esto pugna con el artículo 33 de la Convención de 1951, debido a que no se establece una excepción a la entrada masiva de inmigrantes.

Sigue sin resolverse si la Convención de Refugiados de 1951 excluye la entrada masiva de refugiados. En la práctica, la entrada masiva de inmigrantes depende del país receptor de inmigrantes y su situación interna, para efectos de aceptarlos o no. Como síntesis de los principales argumentos para no admitir, los estados se resisten al principio de no devolución o *non refoulement* por motivos, como de amenazas económicas, presiones sociales o la seguridad nacional de sus estados.

4.2.4 El caso de X v. Suecia¹³⁰

En los hechos, un individuo de nacionalidad marroquí recibió un permiso permanente para vivir en Suecia. En marzo de 2016, el Servicio de Seguridad Sueco lo identificó como terrorista y solicitó su expulsión ante la Agencia de Migraciones. Este individuo presentó una solicitud de asilo. Explicó que, al ser catalogado como terrorista, corría el riesgo de ser sometido a malos tratos cuando regresara a Marruecos. La Agencia de Migraciones rechazó el pedido de asilo y concedió la expulsión. La determinación fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones de Migraciones.

El TEDH concluyó que la expulsión de X a Marruecos constituiría una infracción al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

¹³⁰ Disponible [en línea]: <<<https://www.refworld.org/cases,ECHR,5a65ec264.html>>> [consulta: 10 Diciembre 2018].

“Está establecido que la expulsión por parte de un Estado miembro puede dar lugar a un problema bajo el artículo 3 y, así, acarrear la responsabilidad del Estado frente al Convenio cuando se demuestran motivos fundados para creer que la persona en cuestión, en caso de ser deportada, enfrenta un riesgo real de ser sometida a tratamientos contrarios al artículo 3. En esas circunstancias, el artículo 3 implica una obligación de no deportar a la persona a ese país. El artículo 3 es absoluto y no es posible calcular el riesgo de maltrato en relación con los motivos para llevar a cabo la expulsión...”¹³¹.

Adicionalmente, el TEDH argumentó:

“Corresponde a los peticionarios aportar pruebas que demuestren que hay motivos fundados para creer que, si la medida que se denuncia fuera implementada, serían expuestos al riesgo real de ser sometidos a tratamientos contrarios al artículo 3. En relación con esto, debe observarse que cierto grado de especulación es inherente al propósito preventivo del artículo 3 y que no se trata de requerir a las personas implicadas que provean pruebas claras de la denuncia de que serían expuestas a tratos prohibidos...”¹³².

Procedió a manifestar, además, que:

“Donde se alega tal prueba, corresponde a las autoridades del Estado que expulsa al individuo, en el contexto de procedimientos domésticos, disipar cualquier duda a la que dé lugar (...) La inquietud se refiere a si el solicitante será, o no, maltratado o torturado a su regreso a su país de origen, en infracción a lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio. En este sentido, el Tribunal reitera que el artículo 3 consagra uno de los valores más fundamentales de las sociedades democráticas. Incluso en las circunstancias más difíciles, como la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes...”.

Procedió argumentando en su postura:

“El Tribunal observa que tanto la Agencia de Migraciones como el Tribunal de Apelaciones de Migraciones, al examinar el caso del solicitante, parecían no haber sido informados de que el Servicio de Seguridad había contactado a las autoridades marroquíes y les había informado sobre el solicitante antes de su expulsión (...). A pesar de haber reconocido el riesgo de malos tratos durante la detención de presuntos terroristas en Marruecos, el Estado ha declarado que no ve razón para

¹³¹TEDH, “El caso de *X v. Suecia*”

¹³²TEDH, “El caso de *X v. Suecia*”

tomar medidas especiales para garantizar que el solicitante, una vez expulsado de Suecia, no sea sometido a un trato contrario al artículo 3 del Convenio”¹³³.

Como conclusión, el tribunal señaló:

“En vista de lo precedente, el Tribunal considera que el Estado no ha disipado las dudas planteadas por el peticionario. Por el contrario, el Tribunal considera que el hecho de que las autoridades de migración parezcan no haber recibido toda la información pertinente e importante para tomar su decisión suscita preocupación en cuanto al rigor y la fiabilidad de los procedimientos internos. Además, considerando los esfuerzos realizados por las autoridades marroquíes para mejorar la situación de los derechos humanos en el país durante varios años, el Tribunal observa que hasta ahora no se han obtenido garantías por parte de las autoridades marroquíes con respecto al trato que el peticionario recibirá a su regreso, o en caso de ser detenido, que diplomáticos suecos puedan contactarse, para ayudar a eliminar, o al menos reducir sustancialmente, el riesgo de que el peticionario sea sometido a malos tratos una vez que haya regresado a su país de origen...”¹³⁴.

4.2.5 El caso M.S.S contra Bélgica y Grecia¹³⁵:

En junio de 2009, un ciudadano afgano presentó, en nombre propio, una demanda ante el TEDH motivada por la actuación de las autoridades belgas y griegas, quienes le negaron la solicitud de asilo. El demandante abandonó Kabul por medio de un contrabandista, quien le habría quitado sus documentos de identificación, ingresando a la UE, según consta en su registro de huellas dactilares, a través de Grecia el 7 de diciembre de 2008. Durante su estadía en dicho país, no formuló solicitud de asilo a las autoridades. En febrero de 2009 ingresa a Bélgica, país donde sí solicitó asilo. Al realizar el examen de huellas dactilares las autoridades belgas advirtieron que ya había ingresado a la UE por Grecia, por lo que aplicaron el Reglamento de Dublín, por lo tanto competía a las autoridades griegas resolver la solicitud.

El demandante, en consideración a las pésimas condiciones en las cuales vivían los solicitantes de asilo en Grecia, a las deficiencias del proceso de asilo, a la ausencia de un acceso eficaz a los procesos judiciales y a las razones que lo llevaron a huir de Kabul, solicitó no ser deportado.

¹³³ Artículo 3.- Prohibición de la tortura,

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes

¹³⁴ TEDH, Caso M.S.S. contra Bélgica y Grecia. TEDH, Disponible [en línea]: <<<https://www.refworld.org/cases,ECHR,5a65ec264.html>>>

¹³⁵ Ibidem. TEDH, Caso M.S.S. contra Bélgica y Grecia, 21 de enero de 2011.

El 19 de mayo de 2009 las autoridades belgas rechazaron su solicitud, argumentando que no eran responsables de analizar el asilo y fijaron su expulsión para el 29 de mayo de 2009. El demandante fue detenido y deportado a Grecia el 15 de junio, donde fue igualmente detenido. El 18 de junio fue liberado y se le otorgó una tarjeta de identificación de asilo griega, sin embargo, esta persona en dos oportunidades intentó abandonar Grecia con documentos falsos, motivado por las difíciles condiciones de vida Grecia.

El TEDH determinó que había infracción al artículo 3 del Convenio Europeo por las condiciones de detención y de vida que esta persona sufrió como solicitante de asilo en dicho país. El demandante fue detenido en condiciones degradantes y recibió malos tratos por parte de la policía griega durante su detención, y cuando fue liberado, no pudo cubrir sus necesidades básicas de subsistencia.

Con respecto a los artículos 13, en relación con el 2¹³⁶ y el 3, el Tribunal reconoció la situación generalizada de inseguridad que impera en Afganistán, pero se limitó a establecer que el Estado no aseguró las garantías requeridas para evitar una devolución arbitraria del solicitante. En este sentido, el tribunal constató que existen en Grecia

“dificultades prácticas en la aplicación del sistema de Dublín (...) deficiencias del procedimiento de asilo y la práctica de la devolución directa o indirecta en forma individual o de forma colectiva”.

En segundo lugar, con respecto al actuar del estado belga, se le acusó de exponer al demandante al riesgo derivado de las deficiencias del procedimiento de asilo en Grecia. En estas circunstancias, el Tribunal adquirió la convicción de que:

“la situación general era conocida por las autoridades belgas y estas no debían trasladar al solicitante toda la carga de la prueba”. En suma, consideró que “en el momento de la expulsión del solicitante, las autoridades belgas sabían o debían haber sabido que él no tenía ninguna garantía de que su solicitud de asilo sería examinada seriamente por las autoridades griegas; hubo una infracción del artículo 3 por la decisión de las autoridades belgas de expulsar al demandante a sabiendas de las condiciones de vida deficientes en Grecia”. En consecuencia, el TEDH

¹³⁶ Artículo 2. Derecho a la vida: “1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”.

estableció que el recurso jurídico existente en Bélgica “no suspendía la ejecución de la expulsión, rechazando la defensa del Estado, que señaló que el recurso podía ser interpuesto como procedimiento de extrema urgencia, y suspendía la orden de expulsión por 72 horas”¹³⁷.

El tribunal además señaló que:

“cualquier denuncia de que la expulsión a otro país va a exponer a la persona a un trato prohibido por el artículo 3 de la Convención requiere un análisis exhaustivo y riguroso y que, a reserva de un cierto margen de apreciación a los Estados, conforme al artículo 13 se exige que el órgano competente debe ser capaz de examinar el fondo de la denuncia y garantizar una reparación adecuada”. Por ende, esta expulsión, no cumplía con las garantías exigidas en virtud de los artículos 13 y 3 del Convenio Europeo.

El TEDH analizó bajo los artículos 3 y 13 con respecto a Grecia y Bélgica, pero, pese a la vinculación de los hechos, examinó figuras legales distintas respecto de cada país. El tribunal no analizó una posible infracción del artículo 3 por parte de Grecia en relación al principio de no devolución; más bien, optó por aplicar solamente una (nueva) exigencia de debido proceso, mientras que al Estado belga le aplicó el principio de no devolución a través del artículo 3, tal como lo había hecho en todos los casos anteriores.

Por su lado, como indican Benítez, Fuentes, Mariangel y Schönsteiner,

“es aclaratorio el voto concurrente del juez Villiger quien, pese a estar de acuerdo con la decisión final, cuestionó la construcción argumentativa sobre la base de vincular la infracción del artículo 3 con el 13 del Convenio, a la vez que el tribunal omitió pronunciarse sobre el “temor fundado” en que se basaba la defensa del demandante a la luz del artículo 3 del Convenio”¹³⁸.

En efecto, señala el voto que la demanda se relacionaba con los riesgos de la deportación que el demandante argumentó “y que habría enfrentado nuevamente en caso de ser deportado a su país”. Además, la Corte consideró probado el peligro que corría el demandante por la situación en su país de origen. Pese a ello, la Corte desistió de examinar la actuación de Grecia conforme al artículo 3 de forma autónoma y solo lo analizó conjuntamente con el artículo 13. Adicionalmente, en relación con Bélgica, aplicó el principio de no devolución a las condiciones

¹³⁷ TEDH, Caso M.S.S. contra Bélgica y Grecia

¹³⁸ DINKA BENÍTEZ, CLAUDIO FUENTES, SYLVANA MARIANGEL y JUDITH SCHÖNSTEINER. 2016. “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2011: Algunos avances, retrocesos y desafíos”, Anuario de Derecho público de la UDP, p. 521.

en Grecia, mas no a la posibilidad de que Grecia tomara una decisión incorrecta en expulsarlo, a pesar del peligro que le esperaría en Afganistán.

Tal como explican los mismos autores,

“El juez Villiger observó, mediante esta interpretación “*innovadora*”, no sustentada por jurisprudencia anterior, que el tribunal corre el riesgo de “*devaluar*” la protección del refugiado ante la devolución, al concentrar el análisis de la solicitud en problemas netamente procesales. En este sentido, la argumentación de la Corte, en opinión del juez Villiger, dejó en una situación de peligro al demandante, ya que en último término era el riesgo de ser expulsado, la verdadera razón por la que la Corte encontró una infracción al artículo 13. Si lo que señala el juez se confirma, el tribunal perdería su capacidad de subsanar la omisión por parte del Estado de proteger a una persona de la persecución que podría esperarle en su país de origen. Esto sería especialmente preocupante en el sentido que el principio de no devolución se refiere a una obligación de resultado y no a una obligación de medios: no es suficiente garantizar un debido proceso a la persona que solicita asilo o refugio, sino que es necesario garantizar que efectivamente se respete su derecho a la integridad física y a la vida en el país a donde es expulsada”¹³⁹.

¹³⁹ Benítez, Fuentes, Mariangel y Schönsteiner. Op. Cit., pp. 521-522.

CONCLUSIONES

Si bien la regla general es permanecer en el país de origen, el fenómeno de la migración transfronteriza es un fenómeno que se ha acelerado y masificado en los últimos años, por causas diversas: encontrar un mejor trabajo, trasladarse a un clima más benigno, huir de la discriminación o la violencia del lugar natal o de residencia.

Por ello, adquiere relevancia conocer las normas que rigen la migración transfronteriza y en particular, desde el punto de vista de los derechos del que emigra a otro país, versus el derecho de los estados de admitirlo o expulsarlo de su frontera.

Entre los principios relevantes que rigen el derecho migratorio que los estados debe respetar, se encuentra el derecho a no devolución, que prohíbe al estado no admitir o expulsar al extranjero en riesgo en su país natal. Este tiene una aplicación matizada según el carácter o categoría de quien emigra. Así, para efectos de este trabajo, distinguimos asilados, apátridas, y refugiados, donde el principio se aplica plenamente en esta última categoría.

Respecto de las normas que rigen dicho principio, encontramos que “derecho blando” o *soft law*, como la ACNUR, goza de tanto o más prestigio que el derecho positivo o *hard law*. Con todo, en los convenios internacionales, el principio de no devolución sigue siendo la columna vertebral del Acuerdo de refugiados de 1951, y su extensión en el protocolo de 1967, ambos convenios ya de larga data, de modo que sería pertinente una revisión que se adapte al actual del flujo de personas.

Por otra parte, demostramos que son tres las prohibiciones absolutas en el derecho internacional en la que no se puede denegar o expulsar a un extranjero: la prohibición de expulsiones colectivas o en masa, el respeto al principio de no devolución, y custodiar la seguridad de una persona expulsada de que no será objeto de malos tratos o tortura al país donde se la expulse, o a un tercer país donde irremediablemente arribaría.

El Alto comisionado de la Naciones Unidas (por su lado), ha confirmado su apoyo a estas tres causales. Además, ha manifestado su preocupación por la situación actual en que viven muchas personas migrantes, realizando un llamado a las naciones más desarrolladas a respetar

estos principios y a cooperar en pro de garantizar los derechos humanos que deben gozar todas las personas.

Asimismo, analizamos los acuerdos internacionales que han marcado el desarrollo, no solo de los refugiados al que se aplicaría el principio de no devolución, sino que igualmente este principio se aplica a los asilados, por lo que comenzamos analizando el concepto de este último. Un asilado es la persona que se encuentra perseguida por un estado y que puede ser protegida con la finalidad de acogerse en otro estado, con la posibilidad de que deje físicamente ese estado donde es perseguida, debido al peligro para su libertad o existencia. De acuerdo a lo revisado, identificamos dos tipos de asilo: el diplomático y el territorial. El diplomático tiene un uso regional de Latinoamérica, pero que es usado en otras latitudes (en el caso Assange, por ejemplo, en Londres). Este tipo de asilo igualmente ha sido reconocido en España. Por otro lado, el asilo territorial es el comúnmente asilo universal que se le otorga a una persona, ocasionalmente, un salvoconducto, o no siendo necesario este último, en el caso de la persona que se presentare en la frontera de otro estado, cruzándola, para llegar a ese otro estado seguro.

Vimos los diversos acuerdos y reuniones de estados en un intento de llegar temporalmente a la actualidad, considerando la evolución que ha tenido el asilo. Queda decir que el asilo universal es el concedido en un territorio seguro. Es distinto al asilo que pueda ser otorgado en un nave de otro estado (navegando, por ejemplo, en aguas de un estado persecutor) o la embajada como mencionamos previamente. La persecución debe ser actual y que la persona debe estar fuera del estado persecutor para acogerse a esta protección por su lado.

En cuanto a la extradición, la entendimos como una solicitud que hace un estado a otro estado, para que se presente una persona a sus tribunales y cumpla una pena. En este caso puede ser de diversos tipos la extradición, siendo la activa y pasiva la de mayor uso según el estado que requiera a una persona cumplir una pena. Por último, la extradición considera las garantías diplomáticas, que son las promesas sobre la persona será tratada dignamente, y con respeto a las obligaciones internacionales de un estado cumplidor de los derechos humanos. Es de resaltar que el estado que después recibirá a la persona solicitada, debe estar con la autorización del estado que la entrega, es decir, se vela por la seguridad de la persona en el estado donde será recibida, esto se hace por medio de clasificaciones, como la de amnistía internacional según vimos, y considerara igualmente la situación particular de la víctima, y por

último las garantías diplomáticas sean efectivamente cumplidas. Podemos deducir por tanto, sobre el principio de no devolución, aplica tanto a los refugiados, como en sentido ampliado en el caso que tiene en consideración el asilo diplomático, y a los apátridas cuyos comentarios sobre cómo están regulados, los vemos en documentos del ACNUR.

Por otro lado, igualmente vimos el vínculo entre los conceptos de asilado, refugiado y apátrida, en relación con la no devolución, y el caso de la protección que se debe brindar a estas personas. Tenemos claro por tanto, que esta protección es por cualquier riesgo a la vida, integridad y libertad de una persona, y que esta, no diferencia si esta persona es documentada o no, es decir, si es regular o irregular, en el estado en que se busca esta protección.

Con todo, el principio de no devolución no es absoluto. El convenio de 1951 sobre refugiados igualmente establece algunas excepciones: si la persona es un peligro para la seguridad nacional del estado o para el orden público de sus nacionales.

Para finalizar, revisamos casos de la jurisprudencia internacional que han innovado sobre la aplicación de este principio. Estas innovaciones, en el caso de Bosnia, Herzegovina, los estados deben solidarizar con la carga de recibir a personas migrantes si son en un numero masivo, y además deben respetar siempre los derechos humanos de estas, otorgándoles un proceso adecuado de expulsión si no las reciben. En otros casos hemos destacado la temática del terrorismo, en que se debe igualmente no devolver al terrorista a su nación si no se asegura que no sufrirá malos tratos o tortura al ser expulsado de la nación donde ocurrió el suceso.

En conclusión, el principio de no devolución es un mandato que los estados deben respetar y aplicar íntegramente, que impone límites a la aplicación de la soberanía estatal en cuanto a quien admitir o no en el territorio, donde incluso las excepciones tienen límites en otros derechos humanos fundamentales, como el debido proceso. Con todo, es un principio cuya aplicación se tensiona con la seguridad interior y exterior de los estados o el fenómeno del terrorismo, donde este principio queda suspendido o incluso descartado. Con todo, aun en estos casos, el derecho internacional de los derechos humanos y humanitario complementa la protección incluso en aquellas excepciones con las garantías procesales que protegen de la arbitrariedad y el infundio, cerrando así el sistema que protege y regula el derecho a migrar.

BIBLIOGRAFIA

Cortes internacionales:

1. CIDH. Informe No. 63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y fondo. Andrea Mortlock. Estados Unidos. 25 de Julio de 2008, párr.77.
2. Corte IDH. Caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272
3. CIDH, Informe No. 78/13 Caso 12.794, Fondo, Wong Ho Wing (Perú). Fecha de remisión a la Corte: 30 de octubre de 2013.
3. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Derechos y Garantías De Niñas Y Niños en el contexto de La MIGRACIÓN y/o en necesidad De Protección internacional, 19 de Agosto De 2014
2. Corte IDH. Caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas.
4. Corte Suprema de Canada. *Manickavasagam Suresh v. The Minister of Citizenship y Immigration y the Attorney General of Canada (Suresh v. Canada)*, 2002, SCC 1. File No. 27790, de 11 de enero de 2002.
5. TEDH, 5 Enero de 2002. *Conka vs. Bélgica*.
6. TEDH. 22 Diciembre 209. Caso Croacia -Bosnia Herzegovina
7. TEDH, sentencia de 21 de enero de 2011. Caso M.S.S. contra Bélgica y Grecia,
8. TEDH. Sentencia de 11 de enero de 2007. Caso Salah Sheekh contra Países Bajos, asunto n°1948/04.
9. TEDH. El caso de “X v. Suecia.

Doctrina: Libros y Revistas:

1. ALFONSÍN, QUINTIN, “Naturaleza del derecho de asilo diplomático”, La Ley, tomo 83. Argentina.
 2. ARILLA BAS, FERNANDO. 1993, “El procedimiento Penal en México”, 15ª. Editorial Kratos, México.
 3. ARELLANO GARCIA, CARLOS. 1976. “Derecho Internacional privado”, 2da edición, México, Porrúa.
 4. BATUECAS, JUAN MANUEL. 2010. “La expulsión de extranjeros en la legislación Española”. Editorial Club Universitario. Alicante, España.
 5. BAXTER, 1980. “International Law in her infinity variety, International and Comparative Law Quarterly”, Vol. 29, pp. 549 - 566
 6. B. DE MAEKELT, TATTIANA, 1982. “Instrumentos Regionales en Materia de Asilo, asilo territorial y Extradición. La cuestión De Los Refugiados Ante Las Posibilidades De Una Nueva Codificación Interamericana”. Contenido en “Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina”, Editorial: Universidad Autónoma de México, México.
 7. CASESSE, ANTONIO. 2002, “International Law”, New York, Oxford University Press.
 8. CEPAL, “Tendencias y rasgos salientes de la migración internacional en América Latina y el Caribe”.
- Disponible:http://www.conapo.gob.mx/work/models/CONAPO/migracion_internacional/migint_desarrollo/02.pdf
9. CEPAL, 2001. “Migración internacional en América Latina y el Caribe: Nuevas tendencias, nuevos enfoques conceptuales”. Santiago de Chile.
 10. COLEMAN, NILS, 2003. “Non- Refoulement, Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law”. European Journal of Migration and Law, vol. 5, nº 1, pp.: 23-68.
 11. COROMINAS, JOAN, 1987. Breve diccionario etimológico, 3a. ed. 4ta reimpresión, Editorial Gredos, Madrid.

12. DE LUCAS, JAVIER. 2002. “La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración”, *Isegoría*, nº 26, pp.: 59-84.
13. DEL TORO HUERTA, MAURICIO IVAN. 2006. “El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*”. Vol. VI, pp.: 513-549.
14. “Dictionnaire de la Terminologie du Droit International”, 1960. París, Sirey, préface de J. Basdevant.
15. DIEZ DE VELASCO. 2000. “Instituciones de Derecho Internacional Público”, Editorial Tecnos, Madrid.
16. ESPONDA FERNANDEZ, JAIME. 2004. “El Asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina. Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. C.R.: EDITORAMA 1a. ed. San José,.
17. FERNANDEZ ARRIBAS, GLORIA. 2007. “Asilo y refugio en la Unión Europea”, Editorial Comares., Granada.
18. GARCIA AMADOR, F. V.1981, “Compilador y anotador: Sistema Interamericano: a través de los tratados, convenciones y otros documentos, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos”, Secretaría General de la OEA, Washington, vol. (I), p.: 250.
19. GIULIANO, MARIO. 1974. “Diritto Internazionale”, Milano, Giuffrè, Vol. (II), pp.: 348-350 *apud* Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “El derecho de asilo en el sistema jurídico internacional”, en *Temas selectos de derecho internacional*, 4a. edición, UNAM, México, pp.: 615-628. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/831/27.pdf>).
20. GOODWIN-GILL G.S. y McADAM J. 2007. *The refugee in international law*. Oxford: Oxford University Press.
21. GÓMEZ-ROBLEDO VERDUSCO, ALONSO. “El derecho de Asilo en el sistema jurídico internacional”, en *Temas selectos de derecho internacional*, 4a. edición, UNAM, México, pp.: 615-628. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/831-temas-selectos-de-derecho-internacional-4a-ed>.

22. GRAHL-MADSEN. 1972. "Atle, The Status of Refugees in International Law", Vol. (II), Leiden, A. W. Sijthoff.
23. GROS ESPIELL, HÉCTOR. 1982. "El derecho internacional americano sobre asilo territorial y extradición en sus relaciones con la convención de 1951 y el protocolo de 1967 sobre estatuto de los refugiados" en Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina, Serie E. Varios, Núm. 14, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, pp.: 33-88. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9547.pdf?view=1>.
24. GUZMAN CASTELO, ETELVINA. 2005. "Logros y retos del Frente Indígena Oaxaqueño Binacional: una organización para el futuro de los migrantes indígenas". Tesis Licenciatura. Relaciones Internacionales. Departamento de Relaciones Internacionales e Historia, Escuela de Ciencias Sociales, Universidad de las Américas Puebla.
25. HATHAWAY, James C. The Law of Refugee Status, Vancouver.
26. JIMENEZ, MARTINEZ, JAVIER. 2005. "Manual de Derecho Penal Mexicano", Edición propia. México.
27. KEARNEY, MICHEL; BERNADETE BESERRA. 2002. "Migration and identities: a class Based Approach", Latin American perspectives, Issue 138, Vol. 31, N° 5, pp.: 3-14.
28. LAUTERPACHT, SIR ELIHU y DANIEL BETHLEHEM. 2010. "El alcance y contenido del principio de no devolución", en Protección de Refugiados en el Derecho Internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional, ERIKA FELLER, VOIKER TURK y FRANCES NICHOLSON, Icaria Editorial, UNHCR-ACNUR, Barcelona, 2010. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/7392.pdf>.
29. MARTÍNEZ PIZARRO, JORGE; CANO CHRISTINY, MARIA VERONICA; SOFFIA CONTRUCI, MAGDALENA, 2014. "Tendencias y patrones de la migración latinoamericana y caribeña hacia 2010 y desafíos para una agenda regional". Editorial CEPAL: p. 72
30. OPPENHEIM, LASSA F. L. 1961. "Tratado de derecho internacional público, edición inglesa a cargo de Sir HERSCH LAUTERPACHT, traducción de Loez Oliván y Castro Rila, tomo I, Volumen (II), Barcelona, Bosch.

31. PORTES, ALEJANDRO, 2009. "Migración y cambio social: Algunas reflexiones conceptuales". Princeton University.
32. QUINZIO FIGUEIREDO, JORGE MARIO. 2005 "Nacionalidad y ciudadanía", Reforma Constitucional, Editorial Lexis Nexis. 1ª Ed. Santiago, Chile.
33. Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. 1994. t. I, 21a ed.; Espasa Calpe, Madrid.
34. ROCATTI, MIREILLE. 1999. "Derechos Humanos de los niños y mujeres migrantes. En memoria del coloquio Nacional sobre Políticas Publicas de Atención Al migrante", Gobierno del Estado de Oaxaca: pp. 38-39.
35. RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, JESÚS, 2002. "Extradición en la Enciclopedia Jurídica Mexicana", t. III, I a edición., Instituto de investigaciones Jurídicas-UNAM, y Editorial Porrúa, México. p.: 927.
36. RONDANINI ALEJANDRO, "El Derecho a Solicitar Asilo", pp.: 5.
37. SAGARRA TRIAS, EDUARD. 2002. "La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura: los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España". Ediciones Universitat Barcelona.
38. TORRES GIGENA, CARLOS. 1960. Asilo diplomático. Su práctica y teoría, Buenos Aires, La Ley.
39. TREVISANUT, SELINE, 2008. "The Principle of Non Refoulement at Sea and the effectiveness of asylum protection", Max Planck Year Book of United Nations Law, Vol. 12, pp.: 205-246. Disponible en: https://www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb_05_trevisanut_12.pdf.
40. ZAGREBELSKY, G. 1992. "El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia".
41. ZÁRATE, LUIS CARLOS, 1958. "El asilo en el derecho internacional americano", Iqueima, Bogotá.

Fuentes jurídicas internacionales:

1. Constitución Política de la República de Chile (1980).

2. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Pacto de San José.
3. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984).
4. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950).
5. Convención sobre asilo territorial de Caracas (1954).
6. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de las Naciones Unidas de 1951.
7. IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.
8. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).
9. Declaración sobre el Asilo Territorial (Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967).
10. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de las Naciones Unidas (1992).
11. Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (1985).
12. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
13. Protocolo n° 4 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconociendo ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al Convenio (1963).

Otros textos internacionales:

1. Acta final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Santiago de Chile, 24 de agosto al 9 de septiembre de 1959, Unión Panamericana, Secretaría General de la OEA, Washington DC, septiembre de 1959.
2. Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 40/144, 13 de diciembre de 1985
3. Boffolo, United Nations Reports of International Arbitral Awards. 1993. Vol. 10.

4. Casos de África Suroccidental, Segunda Fase, Informes de la CIJ, 18 de julio de 1966.
5. Guidelines on Treatment of Persons Rescued at Sea, Resolution MSC.167 (78) of 20 May 2004.
6. Human Right Committee, General Comment No. 20 (1992), Doc. HRI/HEN/1/Rev. 1 of July 1994, para 9.
7. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ACNUR (2002): Directrices sobre la protección internacional: 'Pertenencia a un determinado grupo social' en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967
8. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ACNUR, "Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967" Ginebra, 2007.
9. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (ACNUR). Protection of Persons- Concern to ACNUR Who Falls Outside the 1951 Convention: A Discussion Note, "April 1992, Doc EC/1992/SCP. CRP.5, Para. 11.
10. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. "Los Derechos de los No Ciudadanos", 2006, p.: 20.
11. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, UNHCR. Note on Expulsion of Refugees and Stateless Persons under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, and the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons, Op.cit, párr. 13.
12. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ACNUR, "Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado", 1979, reeditado, Ginebra 1992, párrafo 8.
13. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, UNHCR. Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention ("Complementary Protection").

14. Conclusiones del Comité Ejecutivo sobre la Protección Internacional de los Refugiados. N° 103 (LVI).
15. Conclusión sobre la disposición sobre protección internacional, en particular mediante formas complementarias de protección (2005).
16. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ACNUR. Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados. Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal, Ginebra. Abril 2008, párr.24.
17. Según la clasificación de extranjeros: En los Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer periodo de sesiones Suplemento N°10 (A/CN/4/554).
18. Tercera Reunión de los Puntos Focales Designados por los Gobiernos de los Países Signatarios de la Declaración sobre la aplicación del principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente.