

ISSN 1015-5074

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

L'EXPANSION DE LA JURIDICTION ET LA RESPONSABILITÉ
INTERNATIONALES ET LA PRIMAUTÉ DU DROIT
Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
EN LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: HISTORIA Y ACTUALIDAD
Fabián Salvioli

RESTRICCIÓN DEL DERECHO A VOTO DE LAS PERSONAS
PRIVADAS DE LIBERTAD. UNA APROXIMACIÓN SOCIOECONÓMICA
Goodfred Schwendenwein

THE CASE OF **GELMAN V. URUGUAY**: A CASE OF HUMAN TRAFFICKING
Raimy Reyes

EL USO DE LA FUERZA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH:
RETOS PARA UNA GARANTÍA ADECUADA DE LOS DERECHOS HUMANOS
Emilio G. Terán Andrade

BENEFICIOS PENITENCIARIOS A CONDENADOS POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD
María José Jara Leiva

O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A PAZ NA AMÉRICA LATINA
Mariane Monteiro da Costa

LA CONDITION JURIDIQUE DE L'INDIVIDU COMME SUJET
DE DROIT DANS LE DROIT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMM
Pascal JEAN-BAPTISTE

MOVILIDAD HUMANA Y DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL:
UNA SINERGIA URGENTE Y NECESARIA
Valentina Lucio Paredes Aulestia
Víctor D. Cabezas Albán

VISAS HUMANITARIAS. LA EXPERIENCIA DEL PROGRAMA SIRIA EN ARGENTINA
María Soledad Figueroa
María José Marcogliese

PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN ZONAS DE FRONTERA: REVISIÓN DE
POLÍTICAS ESTATALES A LA LUZ DE LAS DECISIONES
DE LOS SISTEMAS EUROPEO E INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN
DE DERECHOS HUMANOS
César Francisco Gallegos Pazmiño

DESPLAZAMIENTO INTERNO, AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA
Ignacio Odriozola
Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville
Erika Pires Ramos

69

Enero - Junio 2019

REVISTA

IIDH INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

69



Enero - Junio 2019



Embajada de Noruega
Ciudad de México

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2019 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: José Benjamín Cuéllar M.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Litografía Versalles

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955

e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	7
<i>José Thompson J.</i>	
L'EXPANSION DE LA JURIDICTION ET LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALES ET LA PRIMAUTÉ DU DROIT	13
<i>Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE</i>	
La protección de los derechos humanos en la Organización de las Naciones Unidas: historia y actualidad	31
<i>Fabián Salvioli</i>	
Restricción del derecho a voto de las personas privadas de libertad. Una aproximación socioeconómica	123
<i>Goodfred Schwendenwein</i>	
The case of Gelman v. Uruguay: a case of human trafficking	157
<i>Raimy Reyes</i>	
El uso de la fuerza en la jurisprudencia de la Corte IDH: retos para una garantía adecuada de los derechos humanos	195
<i>Emilio G. Terán Andrade</i>	
Beneficios penitenciarios a condenados por delitos de lesa humanidad	229
<i>María José Jara Leiva</i>	

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Paz na América Latina	261
<i>Mariane Monteiro da Costa</i>	
La condition juridique de l'individu comme sujet de droit dans le droit interaméricain des droits de l'homme.....	291
<i>Pascal JEAN-BAPTISTE</i>	
Movilidad humana y derecho a la seguridad social: una sinergia urgente y necesaria	337
<i>Valentina Lucio Paredes Aulestia</i> <i>Víctor D. Cabezas Albán</i>	
Visas humanitarias. La experiencia del Programa Siria en Argentina.....	365
<i>María Soledad Figueroa</i> <i>María José Marcogliese</i>	
Protección internacional en zonas de frontera: revisión de políticas estatales a la luz de las decisiones de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos	395
<i>César Francisco Gallegos Pazmiño</i>	
Desplazamiento interno, ambiente y derechos humanos en América Latina.....	439
<i>Ignacio Odriozola</i> <i>Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville</i> <i>Erika Pires Ramos</i>	

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (en adelante “el IIDH”) presenta el número 69 de su revista institucional. En esta oportunidad, la edición no se limitó a una sola temática sino que recoge artículos en diversas materias relevantes para la realidad de nuestra región. Adicionalmente, tomando en cuenta las cuestiones de inseguridad y desigualdad que aquejan a varios países dentro de la misma –generadoras de amenazas que han obligado a migrar a cientos de miles de personas– así como los desafíos que esto implica para la garantía de derechos, es que también se han incluido opiniones especializadas en lo relativo a la movilidad humana, los movimientos migratorios, los desplazamientos internos y fronterizos así como de las solicitudes de refugio. Todo ello, en el ámbito de los derechos humanos.

Este número de la Revista también resulta especial, ya que es el primero que se publica bajo la consideración de su recién constituido Consejo Consultivo Editorial (en adelante “el CCE”) presidido por don Antônio A. Cançado Trindade y con la participación de Mónica Pinto, Margaret Crahan, Fabián Salvioli y Renato Zerbini, quienes gracias a su trayectoria y relevantes aportes al movimiento regional de derechos humanos favorecerán el fortalecimiento permanente de esta publicación oficial.

En tal sentido, es un gusto para el IIDH presentar los artículos que forman parte de este número e invitar a la comunidad académica a que utilice estos recursos para la promoción y protección de derechos humanos que realicen desde sus propias prácticas y mandatos.

Para empezar, es de gran valía contar en el presente número con dos artículos escritos por miembros del CCE. Al respecto, Antônio A. Cançado –autor de *L'EXPANSION DE LA JURIDICTION ET LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALES ET LA PRIMAUTÉ DU DROIT*– identifica la evolución del derecho internacional contemporáneo y reconoce la necesidad de enfrentar los nuevos desafíos que se plantean; asimismo, aborda la temática de la expansión de la jurisdicción en la búsqueda de la realización de la justicia, la responsabilidad y el Estado de derecho en el ámbito internacional.

Por su parte, Fabián Salvioli –en *La protección de los derechos humanos en la Organización de las Naciones Unidas: historia y actualidad*– nos invita a recorrer la evolución de los derechos humanos motivada por la necesidad de su universalización, desde la preocupación internacional por los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial hasta los mecanismos de tutela de derechos humanos vigentes y las problemáticas actuales a las que se han tenido que enfrentar los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas.

Por otro lado, Goodfred Schwendenwein –autor de *Restricción del derecho a voto de las personas privadas de libertad. Una aproximación socioeconómica*– puntualiza cómo las personas privadas de libertad son invisibilizadas y sus derechos políticos vulnerados bajo el paradigma del castigo del sistema carcelario, al limitárseles en algunos países su derecho al voto. Asimismo, explora las posturas que las naciones podrían adoptar al respecto en congruencia con la democracia y los valores que intentan proteger los derechos humanos.

Raimy Reyes, en *The case of Gelman v. Uruguay: a case of human trafficking*, visibiliza las diversas formas de esclavitud

moderna en contraste con los derechos humanos que intentan prohibirlas. Examina cómo se ha interpretado el artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana”) en diversos casos; en ese marco, argumenta que los hechos ocurridos en el caso de Gelman contra Uruguay constituyeron trata de personas y explica cómo considera que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH”) debió haber determinado y declarado la responsabilidad del Estado.

En *El uso de la fuerza en la jurisprudencia de la Corte IDH: retos para una garantía adecuada de los derechos humanos*, Emilio G. Terán Andrade analiza la coerción estatal considerando el rol de las instituciones, el funcionariado y las sentencias que ha emitido la Corte IDH; además, identifica los estándares internacionales y la jurisprudencia regional en torno al uso de la fuerza. Finalmente, realiza un estudio sobre los retos que se han encontrado en el camino para garantizar los derechos humanos –de manera efectiva– cuando se deba emplear la fuerza.

María José Jara Leiva, en *Beneficios penitenciarios a condenados por delitos de lesa humanidad*, analiza su otorgamiento a la luz de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante “el sistema interamericano”); asimismo, evidencia las tensiones que pueden existir entre la necesidad de otorgar dichos beneficios y el deber estatal de sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos. Al respecto, la autora explica la solución que ha entregado la Corte IDH conciliando ambas obligaciones internacionales y buscando que se disminuyan las tensiones surgidas en tal escenario; también, facilitando la labor de los jueces internos al momento de ejercer el control de convencionalidad y ofreciendo una sistematización de los criterios respectivos.

Mariane Monteiro da Costa, en *O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Paz na América Latina*, plantea cómo este contribuye a la búsqueda y la consolidación de tal aspiración en la subregión. Asociando lo anterior con la Convención Americana, realza la importancia de la participación de los Estados en la protección de los derechos humanos y argumenta cómo el sistema interamericano puede corroborar la paz en la región a partir de dos casos litigados en la Corte IDH.

Pascal Jean-Baptiste, en *La condition juridique de l'individu comme sujet de droit dans le droit interaméricain des droits de l'homme*, analiza diferentes perspectivas de la condición jurídica del individuo como sujeto de derecho en el ámbito interamericano. El estudio avanza desde la concepción de la persona como sujeto del derecho internacional, el derecho interamericano (su normativa y particularidades procedimentales), y las distinciones entre los “sujetos de derechos” y “titulares de derechos”. Tras el análisis, se plantean los escenarios y debates que de acuerdo a la concepción de la condición jurídica del individuo que se tenga, podrían permitir –o no– el acceso directo de la persona a la Corte IDH a futuro.

Por otra parte, en el ensayo *Movilidad humana y derecho a la seguridad social: una sinergia urgente y necesaria*, los autores Valentina Lucio Paredes Aulestia y Víctor D. Cabezas Albán abordan los orígenes, el desarrollo, los principios y las principales prestaciones de la seguridad social. A partir de ello, exploran el tratamiento que se le ha dado a esta en los diversos sistemas de derechos humanos. Analizan también los estándares aplicables en el contexto de procesos de movilidad humana y examinan las directrices de los organismos internacionales especializados, así como las experiencias que los países han desarrollado para su garantía. Finalmente, presentan recomendaciones concretas

para que los Estados puedan diseñar políticas públicas sobre la materia en el contexto de procesos de movilidad humana.

Las coautoras María Soledad Figueroa y María José Marcogliese –en *Visas humanitarias. La experiencia del Programa Siria en Argentina*– ante las situaciones de desplazamiento humano forzado, presentan y discuten esta como respuesta para el caso argentino. En ese marco, examinan el desarrollo de la implementación de programas de visas humanitarias en áreas de conflicto armado con la finalidad de favorecer la coordinación y el apoyo entre distintos actores de la sociedad civil, individuos y gobiernos, utilizando como referencia el caso sirio.

En *Protección internacional en zonas de frontera: revisión de políticas estatales a la luz de las decisiones de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos*, César Francisco Gallegos Pazmiño expone los conflictos a los que se enfrentan los Estados cuando por una parte tienen que lidiar con sus compromisos de derecho internacional, a la vez que ejercen soberanía sobre sus fronteras. Al respecto, el autor examina la forma en que los Estados tratan a las y los solicitantes de asilo que buscan ingresar a su jurisdicción territorial, en contraste con la manera cómo deberían tratarlos.

En *Desplazamiento interno, ambiente y derechos humanos en América Latina*, las autoras Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville y Erika Pires Ramos junto a Ignacio Odriozola, abordan la temática de la movilidad humana en América Latina que es producto del cambio climático generador de riesgos y desastres naturales. Puntualizan la urgencia de adoptar medidas al respecto, ante la inexistencia actual de instrumentos internacionales o regionales vinculantes que reconozcan y protejan a las personas desplazadas por motivos ambientales.

Finalizo esta presentación agradeciendo a la cooperación noruega que hace posible la producción y difusión de la Revista, al CCE por sus aportes y valoraciones, y a las autoras y los autores por los artículos que elaboraron para esta nueva edición, los que valiosamente contribuyen al debate y a la búsqueda de soluciones en lo relativo a asuntos de actualidad y relevancia en el campo de los derechos humanos.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

Protección internacional en zonas de frontera: revisión de políticas estatales a la luz de las decisiones de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos

*César Francisco Gallegos Pazmiño**

Introducción

En este artículo, se examina la forma en que los Estados tratan y deberían tratar a los solicitantes de asilo que buscan ingresar a su jurisdicción territorial. Esta cuestión es relevante para muchos gobiernos que tienen que lidiar, por un lado, con sus compromisos de derecho internacional –incluidas sus obligaciones en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951¹ y que a su vez ejercen soberanía sobre sus fronteras. Hay muchas políticas públicas que ejemplifican esta tensión, entre las cuales se encuentra el plan de Australia de enviar solicitantes de asilo

* Abogado de los Tribunales y juzgados de la República del Ecuador por la Universidad Central del Ecuador; asesor adscrito del comité ejecutivo del Centro Educativo Latinoamericano de Investigaciones Sociales para el Siglo XXI; secretario del comité ejecutivo del Centro Educativo Latinoamericano de Investigaciones Sociales para el Siglo XXI.

1 Organización de las Naciones Unidas. *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, Universidad de Minnesota. 19 UST 6259, 189 UNTS 150, (entró en vigor el 22 de abril de 1954, disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/instree/spanish/sv1crsf.html>)

a Malasia y en su lugar recibir refugiados reconocidos². Otro ejemplo es el traslado a un “tercer país seguro”, parte del acuerdo entre Estados Unidos de América y Canadá, que faculta la remisión de solicitantes de refugio a otro país en el marco de la política de “devolución directa”³. Una decisión sobre casos específicos de repatriados consideraba esta práctica como una violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la CADH”)⁴. Finalmente, en febrero del 2012, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el Tribunal Europeo” o “el TEDH”) declaró ilegal la política italiana de interceptar a los migrantes en alta mar –en su mayoría procedentes de Eritrea y Somalia– y enviarlos de regreso a Libia, en razón de un acuerdo bilateral entre los dos Estados.⁵

Se analiza esta cuestión tanto en términos generales como a la luz del sistema europeo e interamericano de protección de

-
- 2 High Court of Australia. *Plaintiff M70/2011 v. Minister for Immigration and Citizenship & Anor*, M70/2011, Australia, 31 de Agosto de 2011, disponible en <http://eresources.hcourt.gov.au/downloadPdf/2011/HCA/32>
 - 3 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. John Doe y otros, Canadá , Informe N. 78/11, Caso 12.586, , 21 de julio del 2011, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9078.pdf>
 - 4 Cfr. *Ibid.*, párr. 128. También debe mencionarse que anteriormente, en el 2008, la Corte Suprema de Canadá no otorgó licencia en un caso que impugnaba el Acuerdo de Tercer País Seguro entre Canadá y Estados Unidos confirmando así una decisión anterior de la Corte Federal de Apelaciones, que permitió al gabinete canadiense para designar su país como seguro. Véase Richard C.J., Noël and Evans J.J.A. *Her Majesty The Queen (Appellant) v. Canadian Council for Refugees, Canadian Council of Churches, Amnesty International and John Doe (Respondents)*, Toronto, 21 de mayo y Ottawa, 27 de junio, 2008, párr. 105, disponible en <https://www.amnesty.ca/sites/amnesty/files/imce/images/STCA%20FCA%20Judgment%202008%20FCA%20229.pdf>
 - 5 Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Hirsi Jamaa y otros v. Italia*, Aplicación N° 27765/09, 23 de febrero del 2012, párrs. 9, 13 y 40, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109231>

derechos humanos, dada la actual coyuntura política y social, como un caso de prueba particularmente relevante debido al aumento en el número de solicitantes de asilo provenientes desde Venezuela⁶. Además, los debates intergubernamentales parecen estar conduciendo a la creación de una barrera diplomática entre Caracas y las capitales libres de la región, acompañada de políticas restrictivas frente a los flujos migratorios provenientes del país sudamericano y han dado como resultado la implementación de políticas, que se analizan a continuación.⁷

En aras de esta discusión, el artículo se referirá principalmente a las personas que son parte de aquellos flujos migratorios como “solicitantes de asilo”, a pesar de la posibilidad de que algunos no se hubieran constituido como tal incluso si se les hubiera dado la oportunidad. Esta elección de terminología refleja la creencia de que —sin evidencia clara de lo contrario— se debe suponer que estas personas, de hecho, estaban buscando protección internacional⁸. Las mismas permanecieron en zonas de frontera y muchas se encuentran en la obligación de retornar, sin ninguna oportunidad de protestar contra su regreso. Si bien estos incidentes no son nuevos en la región, principalmente sobre el retorno de potenciales solicitantes de asilo, fue significativo debido a la gran cantidad de personas involucradas⁹.

6 Cfr. Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Marco de cooperación internacional para la respuesta nacional a las personas venezolanas en situación de movilidad humana en Ecuador*, Ecuador, 2018, disponible en https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/12/marco_cooperacion_internacional.pdf

7 Debido a que la barrera aún no se ha erigido completamente, el enfoque en este artículo está en la política de rechazo al migrante venezolano. Sin embargo, la mayoría de los argumentos legales y morales también se aplican a la construcción del muro diplomático.

8 La distinción entre migrantes y solicitantes de asilo se discutirá con más detalle a continuación en la Parte II de este artículo.

9 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Refugiados y*

Aunque este artículo se enfoca principalmente en la conducta actual de los Estados frente a los flujos migratorios a nivel global, que en la actualidad consiste en la aplicación de procedimientos administrativos, este examen puede ser relevante frente a los actuales y futuros problemas migratorios sudamericanos tales como la construcción de barreras físicas, el endurecimiento de las políticas internas que resulten en una mayor resistencia a la inclusión social de refugiados en los territorios de acogida y el crecimiento del riesgo de vulnerabilidad frente a la violación de sus derechos.

En el apartado I se discute si los Estados tienen el deber moral con respecto a los solicitantes de asilo que buscan ingresar a sus jurisdicciones territoriales. De esta obligación se deriva, a su vez, un deber moral de aplicar procedimientos justos en la frontera. En el apartado II se pasa a una discusión legal, explicando las normas que imponen obligaciones a los Estados de cara a los solicitantes de asilo en sus fronteras. Se explica que el principio de no rechazo en la frontera deriva de la prohibición de devolución y en algunos casos también se aplica a los traslados hacia terceros países. También se argumenta que el rechazo en la frontera es permisible solo si está respaldado por un examen sustantivo de la solicitud de asilo de una persona y si ha tenido la oportunidad de apelar.

La decisión de tomar en seria consideración el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el CEDH”) no se tomó porque el mismo es más relevante que otro derecho internacional, sino porque el Tribunal Europeo ha desarrollado una jurisprudencia suficientemente extensa sobre los temas en cuestión, tanto como lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH”, la “Corte Interamericana” o “el Tribunal Interamericano”) mediante el

migrantes de Venezuela superan los cuatro millones: ACNUR Y OIM, 7 de junio del 2019, disponible en <https://www.acnur.org/noticias/press/2019/6/5cfa5eb64/refugiados-y-migrantes-de-venezuela-superan-los-cuatro-millones-acnur-y.html>

desempeño de sus facultades interpretativas de la Convención Americana.

I. Implicaciones del rechazo de migrantes en zonas de frontera

Es necesario partir mencionando que las políticas fronterizas deben examinarse contra dos puntos de referencia: la moral y la ley. En esta apartado se formula la pregunta más general: ¿Es justo que un Estado rechace a los solicitantes de asilo en la frontera? O, en otras palabras, ¿tiene un país el deber moral de asistir a los refugiados que desean ingresar?

Esta cuestión preliminar se puede dividir en dos preguntas. La primera: ¿Tienen los Estados un deber moral de cuidado o una responsabilidad hacia los solicitantes de asilo, antes que estas personas ingresen a su jurisdicción territorial o a la que controlan efectivamente y mientras todavía están en su frontera? Una respuesta negativa a esta pregunta significará que los Estados no están obligados a abstenerse de rechazar a los solicitantes de asilo en sus fronteras. Una respuesta positiva supone que sus obligaciones legales y morales hacia los refugiados, comienzan en o incluso antes de llegar a sus fronteras.

La segunda interrogante: ¿Incluyen estas obligaciones el deber de aplicar procedimientos justos para determinar si una persona es realmente solicitante de asilo? Esta respuesta depende de la anterior. Si creemos que los Estados tienen el deber de abstenerse de rechazar a los refugiados en la frontera, entonces también debemos creer que el ejercicio de esta obligación debe ser no discriminatorio, no arbitrario y justo¹⁰.

10 Esta conclusión no solo es moral, sino que también se deriva de los fundamentos del derecho constitucional, administrativo, el concepto de derecho natural y las obligaciones contraídas por los estados respecto de los instrumentos

En consideración de lo anterior, la discusión se centrará en la primera pregunta. Incluso si se asume que los Estados pueden rechazar a los solicitantes de asilo en la frontera, siempre argumentaríamos que deben usar procedimientos justos al decidir ejercer ese poder. Determinar si un Estado tiene una obligación hacia las personas en la frontera es particularmente difícil, si se tiene en cuenta el hecho de que no entra voluntariamente en esta relación, más bien, estas relaciones se imponen en circunstancias que no implican una aceptación explícita y voluntaria de tal deber¹¹. Por lo tanto, argumentar que no tenemos un deber especial hacia los solicitantes de asilo en las zonas de frontera nos aleja de una visión voluntaria en el cumplimiento de las obligaciones estatales respecto de los derechos humanos. Argumentar que los Estados tienen un deber general frente a las personas en su frontera, también refleja la creencia de que la territorialidad –al menos en su sentido estricto, como en el territorio dentro de las fronteras– es importante para determinar si un Estado tiene un deber hacia una persona o si una persona tiene derecho frente al mismo. Hay una serie de posibles fuentes del deber de un Estado frente a los solicitantes de asilo en sus fronteras, tres de las cuales se discutirán aquí.

A. Prohibición del rechazo en zonas de frontera como un deber derivado del derecho de asilo

Primero, se debe examinar el argumento según el cual el deber de no rechazo se deriva del derecho a solicitar asilo¹².

internacionales sobre derechos humanos.

11 Samuel Scheffler, *Relationships and Responsibilities*, Philosophy & Public Affairs/ Volume 26, Issue 3, 15 de junio de 2006.

12 En los instrumentos legales internacionales, el derecho humano relevante se

Este argumento presupone que las personas tienen un legítimo derecho a huir de la persecución y la tortura. No se busca justificar esta presunción ampliamente aquí, simplemente señalar que esta se basa en la noción moral de que las personas no deben ser sometidas a crueldad. Por lo tanto, si las personas son sometidas a formas graves de crueldad en su propio país que no pueden detener, deben tener el derecho de escapar de ella. El argumento central aquí es que si las personas tienen derecho a solicitar asilo y protección contra la tortura, también los Estados tienen el deber correlativo de abstenerse de someter a las personas a regímenes donde sus vidas y su libertad puedan estar en peligro o donde puedan estar sometidas a tortura. Este derecho y este deber no tendrían sentido si cada Estado al que estas personas puedan llegar, cierra herméticamente sus fronteras o las rechaza sistemáticamente en los centros de control fronterizos. El argumento se basa en una interpretación deliberada¹³ del derecho a solicitar asilo y protección contra la tortura. A la luz del propósito de estos derechos, este argumento considera irrelevante la distinción entre las personas que ingresan al territorio (como los posibles solicitantes de asilo sujetos a acuerdos y prácticas de retorno) y las personas que están a punto

expresó en términos de un derecho a solicitar asilo, en lugar de un derecho a obtener asilo, que es más difícil de imponer a un Estado específico. Véase por ejemplo: Louis Henkin, *Refugees and Their Human Rights*, Fordham International Law Journal, Volume 18, Issue 4 (1994), disponible en: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1430&context=ilj>

- 13 De acuerdo con el enfoque de interpretación intencional, toda interpretación legal debe comenzar estableciendo una gama de significados semánticos para el texto dado, a partir del cual el significado se dibuja entonces. El “propósito” del texto es el criterio para establecer cuál de los significados semánticos produce el significado legal. Al respecto, ver: Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr.139

de ingresar (como potenciales solicitantes de asilo cuya entrada a un país se ve impedida por una barrera física)¹⁴.

Cabe señalar, sin embargo, que si bien el derecho a solicitar asilo en ciertas condiciones impone obligaciones a los Estados para prevenir y abstenerse de devolución, este derecho no impone estas obligaciones a ninguno en específico¹⁵ fuera de los suscritos bajo el sistema interamericano de protección de los derechos humanos¹⁶. En otras palabras, aunque la realización del derecho a ser protegido contra la devolución depende de la capacidad de cada Estado y la voluntad de cumplir con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos (particularmente si se trata de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y específicamente que hayan ratificado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), no requiere la cooperación de ninguno en particular. Por lo tanto, para que este deber trascienda lo enunciado como el mero cumplimiento del principio *pacta sunt servanda* del derecho internacional, es imperativo asignar la responsabilidad de acuerdo con algunos criterios moralmente significativos¹⁷ que representen un compromiso mucho más arraigado en los principios que fundamentan la garantía de las sagradas libertades en que se cimientan las democracias occidentales.

14 Ver Christian Tomuschat. *A Right to Asylum in Europe*, Human Rights Law Journal, Volume 13 (1992)

15 Tally Kritzman-Amir, *Not in My Back Yard: On the Morality of Responsibility Sharing in International Law*, 34 Brooklyn Journal of International Law, Volume 34 (2009).

16 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, Supra nota 14, párr.152

17 Por lo tanto, una discusión completa sobre el deber moral de los estados de abstenerse del rechazo en la frontera también debe incluir una discusión sobre la moralidad de las formas en que los estados comparten sus responsabilidades con los refugiados. Tal discusión queda fuera del alcance de este artículo.

En la práctica internacional, independientemente de cualquier consideración moral, el deber de no devolución se impone típicamente a los Estados que están en condiciones de ayudar a los refugiados: aquellos que están en contacto inmediato con ellos o aquellos que están en la mejor posición para ayudarlos¹⁸. Así, parece obvio que la única responsabilidad respecto de los solicitantes de asilo recae en el Estado que en la medida de sus capacidades pudieron alcanzar, puesto que sería el único capaz de poder materializar la protección que necesitan. En la medida en que esto resulte en una carga desproporcionadamente pesada sobre un Estado en particular, dicha carga puede aliviarse posteriormente mediante la aplicación de mecanismos para compartir responsabilidades¹⁹.

El derecho a solicitar asilo requiere la cooperación de un Estado potencial de asilo y el cumplimiento de ciertas obligaciones respecto de los derechos humanos. Se puede hacer un argumento similar sobre la asignación no específica de un deber con respecto a otros derechos cuando la realización requiere la cooperación de otra parte. Por ejemplo, no se puede afirmar que un hombre no disfruta del derecho a casarse simplemente porque la persona con la que elige contraer matrimonio no desea hacerlo (o ninguna persona lo hace). Por el contrario, sostendríamos que una persona podría afirmar que sus derechos de asilo y protección contra la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes son vulnerados si todos los Estados lo rechazan en la frontera²⁰. Esa diferencia se relaciona con la

18 Tally Kritzman-Amir & Yonatan Berman, *Responsibility Sharing and the Rights of Refugees: The Case of Israel*, *George Washington International Law Review*. Volume 41 (2011).

19 Astri Suhrke, *Burden-Sharing During Refugee Emergencies: The Logic of Collective Versus National Action*, *Journal of Refugee Studies* Volume 11, N°4. (1998);

20 Ver por ejemplo: Seyla Benhabib, *The Rights of Others: Aliens, Residents, and*

naturaleza diferente de los derechos. El derecho a poder contraer matrimonio es relativo y está sujeto a la libertad de los demás a negarse a hacerlo, mientras que el derecho a solicitar asilo no está limitado de la misma manera y no está sujeto a una facultad de los Estados a negarse arbitrariamente de permitir la posibilidad de solicitar asilo. Esto se debe a que, como señala Veit Bader:

The recognition of the right to refuge and asylum presupposes that state sovereignty and self-determination have to yield in cases of “well-founded fear of being persecuted” or, in another language, that the basic right or need to security is strong enough to outweigh other rights and competing ethicopolitical, prudential, and realist arguments²¹.

El reconocimiento del derecho de refugio y asilo presupone que la soberanía y la autodeterminación del estado deben ceder en casos de “temor fundado a ser perseguido” o, en otras palabras, que este derecho básico o la necesidad de seguridad es lo suficientemente fuerte como para superar otros derechos y argumentos éticos, políticos, prudenciales y realistas en competencia (Traducción hecha por el autor).

El derecho de toda persona a ser protegida prevalece sobre los derechos facultades e intereses en conflicto, incluida la soberanía estatal, de una manera que otros derechos no lo hacen. Por lo tanto, según este argumento, el deber de no rechazo en la frontera se correlaciona con el derecho a solicitar asilo y se deriva de él.

Citizens (2004) (analizando los argumentos esgrimidos por la autora).

21 Veit Bader, *The Ethics of Immigration*, Constellations Volume 12, Issue 3: 331-340 (2005).

B. Prohibición de rechazo en zonas de frontera en relación con la aplicación de la coerción estatal

En segundo lugar, el deber de abstenerse del rechazo en la frontera está estrechamente relacionado con el hecho de que los Estados aplican su poder coercitivo en la frontera. Michael Walzer, aborda el tema de manera particularmente interesante puesto que su pensamiento proviene de una presunción comunitaria²². Walzer hace referencia implícita al deber de no rechazo en la frontera en su breve discusión sobre los refugiados, destacando el dilema de limitar el alcance de la protección de los refugiados a quienes están físicamente presentes, en lugar de ofrecerlo a las personas en sus países de origen o en otro lugar que también podría necesitar dicha protección (“¿Por qué marcar a los afortunados, que de alguna manera han logrado cruzar nuestras fronteras, de todos los demás?”²³). Si bien admite no tener una justificación moralmente convincente para abstenerse de ofrecer protección a las personas que aún se encuentran en sus países de origen, da dos explicaciones relevantes sobre el deber de otorgar protección a las personas que están físicamente presentes: “porque su negación requeriría que usemos la fuerza contra personas indefensas y desesperadas, y porque los números que probablemente estén involucrados, excepto en casos inusuales, son pequeños y las personas se absorben fácilmente”²⁴. Estas dos consideraciones son también, normalmente (aunque no siempre), ciertas en situaciones que implican el no rechazo en la frontera. El rechazo de los refugiados en la frontera requiere que el poder coercitivo del Estado se use contra personas indefensas y desesperadas, especialmente en contextos inusuales como

22 Michael Walzer, *Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality*. Journal of Philosophy Volume 83, Issue N° 8. 457-468 (1983).

23 *Ibidem* en 51.

24 *Ibidem*.

el caso exclusivamente del Ecuador y los flujos de migración venezolana²⁵.

El argumento de Walzer, por lo tanto, no se basa en la territorialidad como fuente del deber hacia los refugiados, sino más bien en el hecho de que la autoridad del Estado debe ejercerse incluso fuera del territorio²⁶ y por lo tanto de conformidad con normas morales. Benhabib comparte esta conclusión hasta cierto punto, señalando que el hecho de que los inmigrantes tienen algunos derechos independientemente de su Estado y de mayor relevancia para el contexto actual, independientemente de su ubicación²⁷. Estos derechos se derivan del contacto que tienen con el Estado y su gente (es decir, aquellos que actúan en nombre del Estado, activistas de derechos humanos y otras personas)²⁸. Estos derechos incluyen el derecho a impugnar la decisión sobre su solicitud de asilo o su eventual deportación²⁹.

Tanto Walzer como Benhabib no elaboran con gran detalle el contenido sustantivo de estos derechos, no obstante, desarrollan las consecuencias jurídicas sobre las acciones estatales y las circunstancias particulares en que el rechazo en la frontera constituirían una violación de los derechos de un migrante³⁰.

25 Diario “El Universo”, “*Ecuador es un país de paso para mayoría de venezolanos*”, 19 de febrero de 2019, disponible en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/02/19/nota/6630208/ecuador-es-pais-paso-mayoria-venezolanos>

26 Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la base de este deber es el poder o la autoridad del Estado, en lugar de la mera interacción con los solicitantes de asilo. Ver Scheffler, *supra* nota 12, en 189.

27 Benhabib, *supra* nota 21, en 125-126.

28 *Ibidem*.

29 *Ibidem*.

30 Benhabib, *supra* nota 21, en 138. Aquí Benhabib sugiere un modelo para determinar si los migrantes pueden convertirse en miembros de un Estado, o que podría aplicarse, *mutatis mutandis*, a su no rechazo en la frontera: *If you and I enter into a moral dialogue with one another, and I am a member*

C. Prohibición de rechazo en zonas de frontera como derivado de la falta de justificación moral de las fronteras

Por último, otra explicación del deber de no rechazo en la frontera podría ser el rechazo de la moralidad de las fronteras desde una perspectiva cosmopolita.

Las raíces del igualitarismo cosmopolita se remontan a los escritos de John Rawls, quien argumenta que solo las instituciones sociales se forman en una “posición original” caracterizada por el hecho que sus decisiones se toman mediante “un procedimiento justo dispuesto de manera que asegure un resultado justo”³¹. Según Rawls, las partes deberían situarse detrás del “velo de la ignorancia”, al no considerar rasgos particulares, pero conscientes de las características básicas de la sociedad y la cultura, por lo que serían lo suficientemente informados, pero no sesgados por el interés propio al decidir sobre la opción más justa³². Rawls

of a state of which you are seeking membership and you are not, then I must be able to show you with good grounds, with grounds that would be acceptable to each of us equally, why you can ever join our association and become one of us. These must be grounds that you would accept if you were in my situation and I were in yours. Our reasons must be reciprocally acceptable; they must apply to each of us equally.

Si usted y yo entramos en un diálogo moral el uno con el otro, y yo soy parte de un Estado al que usted busca pertenecer y no lo es, entonces debo poder mostrar buenos motivos, igualmente aceptables para cada uno de nosotros, por qué usted no puede unirse a nuestra sociedad y convertirse en uno de nosotros. Estos deben ser motivos que aceptaría si estuviera en mi situación y yo en la suya. Nuestras razones deben ser recíprocamente aceptables; deben aplicarse a cada uno de nosotros por igual. (traducción hecha por el autor)

31 John Rawls, *Teoría de la justicia*, Traducción de María Dolores González, Sexta reimpresión, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, en 189.

32 *Ibidem*.

afirma que estas condiciones garantizarán resoluciones justas ya que eliminan todos los elementos moralmente arbitrarios del proceso de toma de decisiones y explica los principios de justicia que prevalecerán³³.

Esta noción de justicia, si se aplica internacionalmente³⁴, puede servir como base para afirmar que debido a que la nacionalidad es un rasgo moralmente arbitrario, los Estados tienen el mismo deber imperioso hacia los no ciudadanos que tienen hacia sus propios ciudadanos. Este paradigma teórico también puede servir como base para reclamar fronteras abiertas y el igualitarismo cosmopolita. Según algunos estudiosos cosmopolitas, la percepción de Rawls sobre los Estados como “autónomos” es incorrecta³⁵. Los Estados interactúan de muchas maneras significativas, especialmente a través de la economía y el comercio. Si los estados no son percibidos como “autónomos”, hay alguna justificación para creer en una organización internacional, rawlsiana y original. De esto se deriva la afirmación de que las fronteras nacionales no tienen importancia moral, que todos deberían ser incluidos en una **posición original** hipotética, detrás del “**velo de la ignorancia**” y su nacionalidad debería ser ignorada.

33 Al elegir entre alternativas en la posición original, se espera que las partes que están detrás del velo de la ignorancia apliquen la “regla máxima para elegir bajo incertidumbre”. En otras palabras, las partes adoptarían la alternativa cuyo peor resultado sea superior al peor de los resultados de las otras alternativas” *Ibidem*, en 150. En esta “**posición original**” presentada por Rawls, dos principios de justicia están obligados a constituirse. La primera posición es que cada persona debe “tener la mayor libertad igual concorde con una libertad similar para los demás” *Ibidem*, en 301-302. La segunda posición es que “las desigualdades sociales y económicas habrán de disponerse de tal modo que sean tanto a) para el mayor beneficio de los menos aventajados, como b) ligadas con cargos y posiciones asequibles a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades”. *Ibidem* en 88.

34 *Ibidem* en 464.

35 Ver por ejemplo: Thomas W. Pogge, *The Law of People: The Incoherence Between Rawl's Theories of Justice*, Fordham Law Review (2004).

Si aceptamos la presunción cosmopolita de que las fronteras no tienen importancia moral, no podemos atribuir ninguna importancia a la cuestión de dónde tiene lugar el rechazo y deberíamos creer que los refugiados deben ser protegidos independientemente de si han cruzado físicamente la frontera. Esta conclusión se apoya en la noción de que los derechos humanos son universales y que toda persona tiene derecho a su disfrute³⁶. También se afirma por la tradición del derecho natural según la cual los derechos surgen a través del reconocimiento de la dignidad inherente de una persona³⁷.

II. Legalidad de la prohibición de rechazo en zonas de frontera

Habiendo presentado los argumentos que apoyan la prohibición de rechazo en las fronteras, hay que examinar ahora cómo se corresponden estos argumentos con los deberes del derecho internacional.

A. Prohibición de rechazo y solicitantes de asilo

Se mencionó anteriormente que una justificación moral de un deber de no rechazo en la frontera es la creencia de que este deber deriva del derecho a solicitar asilo. ¿Cómo se traduce esto en un deber legal? El deber legal más importante impuesto a los

36 Bente Puntervold Bo, *Control de Inmigración, Ley y Moralidad: Políticas de visas para visitantes y solicitantes de asilo: una evaluación de las políticas de visas noruegas dentro de un marco legal y moral de referencia*, 404–405 (tesis no publicada, Oslo Univ. Coll.).

37 Ann Dummet, *Derecho natural y migración transnacional*, en *Movimiento Libre: Cuestiones Éticas en la Migración Transnacional de las Personas y del Dinero* 169, 172, 177 (Brian Barry y Robert E. Goodin eds.) (1992).

estados en relación con el derecho a solicitar asilo es el deber de no devolución³⁸. Por lo tanto, la primera cuestión que debe abordarse es cuando se aplica la prohibición de devolución es: ¿Se aplica solo a aquellos a quienes las autoridades han reconocido como refugiados? Esta posición inicialmente parece plausible, ya que el Artículo 33 de la Convención sobre los Refugiados prohíbe el regreso de personas a un país donde tienen un temor fundado de ser perseguidos por razones de raza, religión, nacionalidad, opinión política, identificación o grupo social en particular; en otras palabras, prohíbe el retorno de los refugiados³⁹.

No obstante, afirmar que la prohibición de devolución se aplica solo a refugiados reconocidos haría que esa prohibición sea ineficaz. Facultaría a deportar a una persona que hubiera sido reconocida como refugiada si su solicitud de asilo hubiera sido revisada. Tal acción sería un mal uso del poder coercitivo del Estado. Por esta razón existe consenso, tanto en la doctrina como en la práctica internacional. La prohibición de devolución se aplica independientemente de si las personas han sido formalmente reconocidas como refugiados⁴⁰, considerando que este reconocimiento no convierte a una persona en refugiada, sino que la declara como una⁴¹.

38 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, *supra* nota 2, art. 33.

39 *Ibidem*.

40 Cornelis Wolfram Wouters, *Normas Legales Internacionales para la Protección Contra la Reforma* 47–48 (Kate Elliott ed., 2009); Guy Goodwin-Gill y Jane Mcadam, *El Refugiado en el Derecho Internacional* 51, 244 (2007); James C. Hathaway, *Los Derechos de los Refugiados Bajo el Derecho Internacional* 278 (2005); Elihu Lauterpacht y David Bethlehem, *El alcance y el contenido del principio de no devolución: Opinión*, en *Protección De Refugiados En Derecho Internacional: Consultas Globales del ACNUR sobre protección internacional* 87, 116-18 (2003); Atle Grahl-Madsen, *El Estado de los Refugiados en el Derecho Internacional* 340 (Vol. I 1966).

41 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar el estatuto de refugiado en virtud de*

Sin embargo, parte del problema en la práctica actual del asilo es que los Estados devuelven a las personas que habrían solicitado asilo si se les hubiera dado la oportunidad de hacerlo. El grupo de personas devueltas de esta manera es mixto, aunque no todos los migrantes que regresaron habrían solicitado asilo, algunos ciertamente lo habrían hecho. ¿Están estas personas, o algunas de ellas, protegidas por la prohibición de devolución? Una de las ideas detrás del rechazo en la frontera es evitar que los migrantes accedan al sistema de asilo, por ejemplo, sobre la base de la experiencia con los migrantes que ingresaron a Australia y su reubicación en Malasia provenientes de algunos países, entre ellos Afganistán⁴². Esto también fue cierto para aquellos que fueron regresados de Italia a Libia después de su interceptación en alta mar, siendo -la mayoría de ellos- de Somalia y Eritrea⁴³. Por lo tanto, una pregunta crucial es si un Estado es libre de rechazar a un migrante indocumentado sin que pueda invocar la prohibición de devolución, o si en cambio, tal rechazo dejaría sin sentido el derecho de asilo y la prohibición de devolución⁴⁴; formulado de otra manera, ¿Cuándo deberían interpretarse ciertos comportamientos o declaraciones de migrantes como posibles apelaciones para la no devolución?

Este problema llega a la esencia de la prohibición de devolución. La aplicación de requisitos muy estrictos para decidir si un migrante solicita la no devolución puede hacer que el

la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados, Párr. 28, UN Doc. HCR/IP/4/Eng/REV.1 (enero de 1992) [en adelante Manual del ACNUR].

42 Demandante M70/2011 v. Ministro de Inmigración y Ciudadanía [2011] HCA 32 (Australia).

43 Hirsi Jamaa y otros v. Italia, App. 27765/09, Supra nota 6, Párr. 9, 13, 40.

44 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto a la firma el 16 de diciembre de 1966, UST 521, 999 UNTS 171 (entró en vigor el 23 de marzo de 1976).

principio carezca de efecto. No se puede exigir razonablemente a un migrante, por ejemplo, que se refiera a los argumentos jurídicos que lo respaldan e incluso una argumentación legal en legítima defensa de sus intereses basados en algún instrumento jurídico internacional en particular, como la Convención sobre los Refugiados o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Debería ser suficiente que un migrante se refiera a los riesgos relacionados con problemas de asilo, como riesgos para su vida, libertad, seguridad y similares. Además, si el migrante es de un país conocido por ser el origen de refugiados (que, en el contexto ecuatoriano, puede incluir particularmente Venezuela, Colombia, Haití o Cuba), el estado a menudo asume (o debería asumir) que la persona quiere invocar el principio de no devolución.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado esta cuestión en su sentencia *Hirsi Jamaa*, que se refiere a la interceptación de migrantes eritreos y somalíes en alta mar y su posterior regreso a Libia⁴⁵. El gobierno italiano argumentó que los migrantes no habían descrito los riesgos que enfrentaban en Libia y no habían solicitado asilo⁴⁶. En respuesta, el Tribunal señaló que los solicitantes, cuya versión de los hechos fue corroborada por declaraciones de testigos, contradijeron esta cuenta. Pero luego, significativamente, continuó:

En cualquier caso, el Tribunal considera que correspondía a las autoridades nacionales, al constatar una situación de violación sistemática de derechos humanos como la descrita *supra*, el deber de investigar sobre los tratos a los que los demandantes estarían expuestos tras su regreso. A la vista de las circunstancias del caso, el hecho de que las partes en

45 *Hirsi Jamaa y otros v. Italia*, App. 27765/09, *Supra* nota 6, Párr. 9-14.

46 *Ibidem*. Párr. 132.

cuestión no solicitaran asilo formalmente no eximía a Italia de cumplir con sus obligaciones en virtud del artículo 3⁴⁷.

De la misma manera, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció al respecto en el caso Interdicción de Haitianos vs. Estados Unidos, también mencionando que en cuanto a la interceptación de solicitantes de asilo en aguas internacionales para no permitir que sus peticiones sean evaluadas en potenciales Estados de acogida, la Corte entiende que esta práctica resulta contraria al principio de no devolución, pues no permite evaluar los factores de riesgo concretos de cada persona⁴⁸.

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto, en el Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia mencionó que bajo la protección de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, cuyo artículo 33.1 establece que ningún Estado parte puede expulsar o devolver a ningún refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por cualquier causa⁴⁹, continuando: “Esto necesariamente implica que esas personas **no pueden ser rechazadas en la frontera** o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones”⁵⁰.

47 *Ibidem*. Párr. 133.

48 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe de fondo No. 51/96, Caso 10.675, Interdicción de Haitianos vs. Estados Unidos, 13 de marzo de 1997, Párr. 156, 157 y 163

49 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, *Supra* nota 14, párr.153.

50 CIDH. Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40. Rev. 1. 28 de febrero de 2000. Párr. 111.

Por lo tanto, si un Estado va a rechazar a un migrante en la frontera (y se puede presumir que la persona no está de acuerdo con su regreso), una interpretación efectiva de la prohibición de devolución requiere que ese Estado investigue sobre las razones por las que la persona no puede ser devuelta. Por muchas razones, desde su trauma pasado hasta dificultades de comunicación o incapacidad para presentar evidencia de apoyo, no se debe esperar que el solicitante de asilo inicie una declaración sobre este asunto; por lo tanto, un Estado no puede cumplir satisfactoriamente los requisitos de no devolución sin realizar tal consulta. Las respuestas del migrante deben evaluarse cuidadosamente para determinar si se puede considerar que está apelando por la no devolución. Es difícil establecer reglas generales para esa evaluación, ya que dichas reglas serán inherentemente contextuales, pero para que el principio de no devolución sea efectivo, la evaluación debe ser liberal, pues debe tenerse en cuenta que esta evaluación no se refiere a la sustancia de la solicitud en ningún sentido, sino a si el migrante desea presentar una solicitud. Una persona a la que se le va a rechazar la entrada a un Estado debe tener la oportunidad de solicitar asilo.

¿Qué sucede si un Estado se abstiene de establecer un sistema para evaluar cuidadosamente si los candidatos para el rechazo quieren solicitar asilo? Un Estado puede afirmar, por ejemplo, que es seguro que las personas que serán devueltas no desean solicitar asilo, pero que pueden hacerlo si la idea se les sugiere mediante el cuestionamiento explícito de los guardias fronterizos. Permitir que los Estados ignoren las posibles solicitudes de asilo socava la esencia de la prohibición de devolución. Por esta razón, tanto

el TEDH⁵¹ como la Corte IDH⁵² han sostenido sistemáticamente que devolver a una persona sin una evaluación adecuada de una posible solicitud de asilo es en sí misma diferente de la prohibición de devolución.

B. Traslado de refugiados hacia terceros países

Una segunda cuestión es si el retorno de migrantes a un país vecino que no es su país de origen puede ser contrario a la prohibición de devolución. Tales devoluciones pueden ser problemáticas por dos razones. En primer lugar, el posible solicitante de asilo puede correr el riesgo de ser perseguido o torturado en el propio tercer país. En otras palabras, puede ser que el regreso al tercer país constituya una devolución directa⁵³. Sin embargo, los posibles solicitantes de asilo también pueden ser tratados adecuadamente en el tercer país, pero afirman que el tercer país puede devolverlos a su país de origen, donde enfrenta

51 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *ZNS v. Turquía*, App. No. 21896/08, Enero 19 de 2010. Párr. 47, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96773>; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Jabari v. Turquía*, App. No. 40035/98, Julio 11, 2000. Párr. 40 *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58900>; *Ver también*: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *KRS v. Reino Unido*, App. No. 32733/08, Diciembre 2, 2008. Párr. 16, *disponible en*: <http://echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90500>.

52 Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo v. Bolivia*, supra nota 14, párr. 151, citando Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, Conclusiones Generales sobre la protección internacional de los refugiados, UN Doc. 65 (XLII)-1991, publicadas el 11 de octubre de 1991, párr. c; *Ver también*: Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, Párr. 138.

53 CIDH, Informe de fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Interdicción de Haitianos vs. Estados Unidos*, Supra nota 48

persecución o tortura. En ese caso, el regreso al tercer país puede constituir una devolución indirecta⁵⁴.

1. Devolución directa

Si un individuo es devuelto a un tercer país donde enfrenta persecución, tortura o trato inhumano, su regreso a ese tercer país constituye una violación de las mismas disposiciones del derecho internacional en las que se basa el derecho de asilo en general: Convención de Refugiados, Artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta noción fue aplicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del caso *MSS v. Bélgica y Grecia*⁵⁵. El Tribunal había encontrado previamente en dos casos individuales que Grecia sometió a los solicitantes de asilo a un trato inhumano durante la detención⁵⁶. En la sentencia del caso *MSS v. Bélgica y Grecia*, el Tribunal dictaminó que Bélgica había violado la prohibición de devolución directa al exponer a sabiendas al demandante MSS a condiciones de detención contrarias al Artículo 3 del CEDH, cuyo contenido es muy similar al del Artículo 7 del PIDCP⁵⁷.

54 *Ibidem*.

55 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Mss v. Bélgica y Grecia*, App. No. 30696/09. Enero 21 de 2011, *disponible en*: <http://echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-100015>

56 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *SD v. Grecia*, App. No. 53541/07. Junio 11 de 2009, *disponible en* <http://echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-93036>; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *AA v. Grecia*, App. No. 12186/08. Julio 22 de 2010, *disponible en* <http://echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-100015>.

57 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Mss v. Bélgica y Grecia*, App. No. 30696/09, *Supra nota* 56, Párr. 367. El Tribunal también consideró que las condiciones de vida en Grecia eran contrarias al Artículo 3. Sin embargo, al llegar a esta conclusión, se basó ampliamente en las obligaciones de Grecia en virtud de la legislación de la Unión Europea. Por lo tanto, no se puede confiar en

De la misma manera, en la sentencia Hirsi Jamaa discutida anteriormente, el Tribunal observó que:

...la existencia de normas internas y la ratificación de tratados internacionales que garanticen el respeto de los derechos fundamentales no son suficientes, *per se*, para proporcionar una protección adecuada contra el riesgo de malos tratos en casos como el presente en el que fuentes fiables han informado de que las autoridades hacen uso de o toleran prácticas contrarias a los principios establecidos por el Convenio⁵⁸.

...el Tribunal observa que Italia no puede eludir sus propias responsabilidades invocando sus obligaciones derivadas de sus acuerdos bilaterales con Libia. Incluso suponiendo que estos acuerdos dispusieran expresamente que los migrantes interceptados en alta mar debían ser devueltos a Libia, la responsabilidad de las Altas Partes Contratantes continúa existiendo aunque se hayan comprometido a cumplir con acuerdos firmados⁵⁹

El Tribunal describió la situación de los migrantes irregulares, señalando que corrían el riesgo de ser devueltos a sus países de origen en cualquier momento y cuando permanecieron en Libia, el riesgo de condiciones de vida precarias, marginación social, aislamiento y vulnerabilidad a la xenofobia y actos racistas⁶⁰. Por lo tanto, concluyó que en el momento de la expulsión, las autoridades italianas sabían o deberían haber sabido que los migrantes retirados no estarían protegidos en Libia⁶¹.

el razonamiento del Tribunal para los países a los que no se aplica la legislación de la UE.

58 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hirsi Jamaa y otros v. Italia, App. 27765/09, *Supra* nota 6, Párr. 128.

59 *Ibidem*, Párr. 129.

60 *Ibidem*, Párr. 125.

61 *Ibidem*, Párr. 131.

De la jurisprudencia del Tribunal, podemos concluir que las cuestiones doctrinales planteadas por la devolución directa a terceros países no son diferentes de las relacionadas con la devolución directa a los países de origen.

2. Devolución indirecta

La cuestión de la devolución indirecta también está estrechamente relacionada con las dos consideraciones morales discutidas en la sección anterior. El punto de partida es que el país en el que se presentan los solicitantes de asilo fronterizos suele estar en la mejor posición para ayudarlos. Por lo tanto, la capacidad de este país para devolver a los solicitantes de asilo a terceros países está sujeta a limitaciones en la forma del principio de no devolución. En otras palabras, el Estado puede devolver a los solicitantes de asilo a terceros países siempre que aplique su poder coercitivo moralmente. En términos generales, el traslado forzoso de los solicitantes de asilo a un tercer país puede estar de conformidad con la prohibición de devolución, incluso si no se ha determinado el estado del solicitante de asilo, siempre que se haya establecido que el tercer país proporcionará protección si es necesario. Por lo tanto, mientras que los solicitantes de asilo que son trasladados a un tercer país no está necesariamente prohibido, incluso si su *status* no ha sido determinado; no obstante, la prohibición de devolver a los refugiados a su país de origen “de cualquier manera” implica la prohibición de devolverlos a un tercer país donde no estarán protegidos contra la devolución⁶².

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos abordó la cuestión en dos decisiones de admisibilidad, así como en una sentencia reciente, sobre situaciones en las que tanto los países emisores

62 Wouters, *Supra* nota 41, en 140-147, 320-323, 407.

como los receptores eran miembros del Consejo de Europa (por lo tanto, partes en el CEDH) como también de la Unión Europea. En una decisión de admisibilidad de 2000, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ocupó de la expulsión de un solicitante de asilo de Sri Lanka del Reino Unido a Alemania. Habiendo concluido que la expulsión del solicitante a Alemania fue “un eslabón en una posible cadena de eventos que podría resultar en su regreso a Sri Lanka, donde se alega que correría el riesgo real”⁶³ de un tratamiento contrario al artículo 3 del CEDH, el Tribunal proporcionó normas generales sobre la responsabilidad en virtud del artículo 3 de los estados que trasladan personas a terceros países⁶⁴. Según el Tribunal, el traslado indirecto a un país intermediario, que en este caso también era parte en el CEDH, no afecta la responsabilidad del Estado que lo retira para garantizar que el solicitante no esté expuesto a un tratamiento contrario al Artículo 3 como resultado de su expulsión⁶⁵. El país que lo retira no puede confiar automáticamente en los acuerdos de la legislación europea⁶⁶.

Where [s]tates establish international organisations, or mutatis mutandis international agreements, to pursue co-operation in certain fields of activities, there may be implications for the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose and object of the Convention if [c]ontracting [s]tates were thereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution⁶⁷.

63 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *TI v. Reino Unido*, App. No. 43844/98. Marzo 7 de 2000. Párr. 2, disponible en: <http://echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-5105>.

64 *Ibidem*. En 15.

65 *Ibidem*.

66 *Ibidem*.

67 *Ibidem*.

Cuando los estados establecen organizaciones internacionales, o acuerdos internacionales *mutatis mutandis*, para buscar la cooperación en ciertos campos de actividades, puede haber implicaciones para la protección de los derechos fundamentales. Sería incompatible con el propósito y el objeto de la Convención si los estados contratantes fueran de ese modo absueltos de su responsabilidad bajo la Convención en relación con el campo de actividad cubierto por dicha atribución. (Traducción hecha por el autor)

Al aplicar esta norma al caso en cuestión, el Tribunal declaró que su “principal preocupación (era) si existen garantías procesales efectivas de cualquier tipo que protejan al solicitante de ser expulsado de Alemania a Sri Lanka”⁶⁸. Después de una evaluación detallada del efecto de la ley de asilo alemana para este caso en particular, el Tribunal concluyó que no se había establecido que existiera un riesgo real de que Alemania expulsara al solicitante a Sri Lanka en violación del artículo 3 del CEDH⁶⁹. Por lo tanto, al Reino Unido se le permitió trasladar al solicitante a Alemania⁷⁰.

En una decisión sobre admisibilidad de 2008, el Tribunal consideró que la solicitud era inadmisibile (y por lo tanto permitió el regreso de un solicitante de asilo por parte del Reino Unido a Grecia sin una determinación de estatus) por dos razones⁷¹. En primer lugar, señaló que el tercer país, Grecia, en el momento relevante no estaba trasladando personas al país de origen en cuestión (Irán), mientras que la armonización de las regulaciones

68 *Ibidem*. En 16

69 *Ibidem*. En 16-18

70 *Ibidem*.

71 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *KRS v. Reino Unido*, App. No. 32733/08. Diciembre 2 de 2008. Párr. 18, *disponible en*: <http://echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90500>.

sobre el asilo en Europa dio lugar a la presunción de que Grecia podría volver a hacerlo solo si esa acción estaría en conformidad con sus obligaciones bajo las leyes europeas⁷². En segundo lugar, el Tribunal señaló que el solicitante de asilo, que confiaba en el procedimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con respecto al Reino Unido, aún podría presentar una queja contra Grecia desde su territorio si Grecia decidía más tarde deportarlo a Irán en violación del artículo 3 de la CEDH⁷³. Solicitar medidas provisionales de conformidad con la Regla 39 (es decir, una solicitud del Tribunal de no trasladar al solicitante a Irán hasta que haya tramitado la solicitud) proporcionaría protección efectiva⁷⁴. Por lo tanto, el traslado de la persona por parte del Reino Unido no privaría definitivamente al solicitante de la oportunidad de dirigirse a la corte:

*On that account, the applicant's complaints under Articles 3 and 13 of the [European] Convention [on Human Rights] arising out of his possible expulsion to Iran should be the subject of a Rule 39 application lodged with the [c]ourt against Greece following his return there, and not against the United Kingdom.*⁷⁵

Por ese motivo, las quejas del solicitante en virtud de los artículos 3 y 13 del Convenio [Europeo] [de Derechos Humanos] derivadas de su posible expulsión a Irán deberían ser objeto de una solicitud de la Regla 39 presentada ante el Tribunal contra Grecia después de su regreso allí, y no contra el Reino Unido. (Traducción hecha por el autor)

72 *Ibidem.* En 17

73 *Ibidem.* En 17-18

74 *Ibidem.* En 18

75 *Ibidem.*

El 21 de enero de 2011, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó su sentencia en el caso de *MSS v. Bélgica y Grecia*, mencionado lo anterior⁷⁶. *MSS*, un solicitante de asilo afgano, había sido devuelto por Bélgica a Grecia porque Grecia fue el Estado responsable de manejar su solicitud de asilo de acuerdo con las normas de la UE⁷⁷. El Tribunal sostuvo que Grecia había sometido a *MSS* a un trato degradante respecto a sus condiciones de detención y a condiciones de vida inaceptables al momento de su liberación⁷⁸. También sostuvo que Grecia había violado el derecho de *MSS* a un recurso efectivo porque el deficiente procedimiento de asilo griego conllevaba el riesgo de que fuera devuelto a Afganistán sin un examen serio de los méritos de su solicitud de asilo y sin acceso a un recurso efectivo⁷⁹. Además, el Tribunal sostuvo que al ser trasladado a Grecia, Bélgica había violado la prohibición de devolución al exponer a *MSS* a los riesgos derivados del inadecuado sistema de asilo griego y a tratamientos degradantes (en violación del artículo 3) debido a la inaceptable detención y condiciones de vida. El Tribunal también sostuvo que Bélgica violó su derecho a un recurso efectivo porque el procedimiento contra su expulsión a Grecia no contenía suficientes garantías⁸⁰.

Con esta tenencia, el Tribunal confirmó sus decisiones en los casos de *TI v. Reino Unido* y *KRS v. Reino Unido* discutidos anteriormente⁸¹ y reformuló su posición de tal manera que surgen dos principios:

76 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Mss v. Bélgica y Grecia*, App. No. 30696/09, *Supra* nota 56.

77 *Ibidem*. Párr. 9-17

78 *Ibidem*. Párr. 220-264

79 *Ibidem*. Párr. 265-332

80 *Ibidem*. Párr. 333-361

81 *Ibidem*. Párr. 342-343

- Cuando un estado retira a un solicitante de asilo a un tercer Estado, el Estado que lo retira debe asegurarse de que el procedimiento de asilo del tercer país ofrezca garantías suficientes para evitar que un solicitante de asilo sea trasladado, directa o indirectamente, a su país de origen sin una evaluación de los riesgos que enfrenta desde el punto de vista del artículo 3 del CEDH (es decir, el derecho a no ser sometido a un trato inhumano, que incluye la no devolución)⁸²;
- En ausencia de evidencia en contrario, se debe suponer que el tercer Estado cumple con sus obligaciones en virtud del derecho internacional⁸³.

Luego, el Tribunal abordó la cuestión de si Bélgica debería haber considerado como refutada la presunción de que las autoridades griegas respetarían sus obligaciones de derecho internacional en materia de asilo⁸⁴. Bélgica argumentó que MSS no había especificado sus objeciones a ser expulsado a Grecia en su procedimiento en Bélgica⁸⁵. Sin embargo, el Tribunal dictaminó que había numerosos informes sobre las deficiencias del procedimiento de asilo griego y la práctica de devolución directa o indirecta en forma individual o colectiva⁸⁶. Con base en esta información, concluyó que las autoridades belgas conocían la situación general en Grecia y no se debe esperar que el solicitante cargue con toda la carga de la prueba⁸⁷. Las garantías de Grecia frente al cumplimiento de sus obligaciones en el derecho internacional se consideraron insuficientes ya que éstas simplemente se refirieron, en términos generales, a la

82 *Ibidem*. Párr. 342

83 *Ibidem*. Párr. 343

84 *Ibidem*. Párr. 345

85 *Ibidem*. Párr. 346

86 *Ibidem*. Párr. 347

87 *Ibidem*. Párr. 352

legislación pertinente que Grecia claramente no estaba aplicando correctamente⁸⁸.

El Tribunal rechazó la posibilidad de presentar una nueva queja ante su jurisdicción contra Grecia porque los obstáculos que enfrentan los solicitantes de asilo eran tales que las solicitudes ante la magistratura eran ilusorias⁸⁹. El Tribunal concluyó que las autoridades belgas sabían o debían haber sabido que no había garantías suficientes para que las autoridades griegas examinarían seriamente la solicitud de asilo de MSS⁹⁰. El Tribunal rechazó el argumento de las autoridades belgas de que MSS no había establecido que los problemas generales en el sistema de asilo griego se materializarían en su situación individual⁹¹. Dada la información disponible sobre el sistema de asilo griego, era responsabilidad de las autoridades belgas:

...no sólo asumir que el demandante recibiría un trato conforme a las exigencias del Convenio, sino por el contrario investigar previamente la manera en que las autoridades griegas aplican la legislación en materia de asilo en la práctica. Al hacerlo, podrían haber constatado que el riesgo invocado por el demandante era suficientemente real e individualizado para depender del artículo 3⁹².

Podemos ver que, en el contexto europeo, el Tribunal trabaja con una presunción refutable de que los Estados cumplirán con las obligaciones que tienen en virtud del derecho internacional y europeo. Sin embargo, si hay indicios de que los estados han violado las normas de derechos humanos, la presunción ya no

88 *Ibidem*. Párr. 353-354

89 *Ibidem*. Párr. 357

90 *Ibidem*. Párr. 358

91 *Ibidem*. Párr. 359

92 *Ibidem*.

se aplica. En tales casos, los Estados han argumentado que las garantías diplomáticas del país al que se va a expulsar al individuo pueden servir para justificar la expulsión⁹³. Pero las sentencias relativas a la expulsión a los países de origen muestran que las simples garantías diplomáticas pueden no ser suficientes para absolver a un Estado respecto de sus responsabilidades legales frente a un solicitante de asilo⁹⁴.

En otro caso, el Tribunal sostuvo que la existencia de leyes nacionales y la adhesión a tratados internacionales que garanticen el respeto de los derechos fundamentales en principio no son suficientes en sí mismos para garantizar una protección adecuada contra el riesgo de malos tratos donde, fuentes confiables han recurrido a prácticas informadas o tolerado por las autoridades que son manifiestamente contrarias a los principios de la Convención⁹⁵. Además, sostuvo que las garantías diplomáticas siempre deben evaluarse para determinar si proporcionan “en su aplicación práctica, una garantía suficiente de que el solicitante

93 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Mss v. Bélgica y Grecia*, App. No. 30696/09, Supra nota 56. Párr. 354.

94 *Ibidem*.

95 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Saadi v. Italia*, App. No. 37201/06, Febrero 28 de 2008. Párr. 147, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85276>.; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Ismoilov v. Rusia*, App. 2947/06, Abril 24 de 2008, Párr. 127, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?I=001-86086>; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Ryabikin v. Rusia*, App. No. 8320/04, Junio 19 de 2008, Párr. 119, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-87132>; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Muminov v. Rusia*, App. 42502/06, Diciembre 11 de 2008, Párr. 97, *disponible en* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-101558>; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Kaboulov v. Ucrania*, App. 41015/04, Noviembre 19 de 2009, Párr. 108, 113, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?I=001-95771>; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Daoudi v. Francia*, App. No. 19576/08, Diciembre 3 de 2009, Párr. 64, *disponible en*: <http://echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90014>.

estaría protegido contra el riesgo de tratamiento prohibido por la Convención⁹⁶.

En la sentencia *Hirsi Jamaa*, el Tribunal también tuvo que abordar la posibilidad de devolución indirecta, es decir, el riesgo de que al devolver a los migrantes a Libia, Italia los exponga al riesgo de ser repatriados a Eritrea y Somalia. Las autoridades italianas habían interceptado a migrantes en alta mar y los habían trasladado a Libia. En dos párrafos en términos generales, el Tribunal dictaminó que la expulsión a un tercer país requiere que el estado expulsor se asegure de que el tercer país tenga suficientes garantías para evitar que los migrantes sean devueltos a sus países de origen en violación de la prohibición de devolución:

Corresponde al Estado autor de la expulsión asegurarse de que el país intermediario ofrece suficientes garantías para evitar que el individuo en cuestión sea devuelto a su país de origen sin haber procedido a realizar una evaluación de los riesgos potenciales. El Tribunal observa que esta obligación cobra todavía mayor importancia cuando, como en el presente asunto, el país intermediario no es un Estado parte al Convenio⁹⁷.

En el presente asunto, el deber del Tribunal no es el de pronunciarse sobre la posible violación del Convenio en caso de que los demandantes hubieran sido repatriados, sino el de examinar si existían suficientes garantías de que los demandantes no iban a ser devueltos a sus países de origen, siendo así que disponían de un argumento defendible según

96 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Saadi v. Italia*, App. No. 37201/06, *Supra* nota 96. Párr. 148.

97 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Hirsi Jamaa y otros v. Italia*, App. 27765/09, *Supra* nota 6, Párr. 147.

el cual su repatriación supondría una violación del artículo 3 del Convenio⁹⁸.

El Tribunal observó que la información general sobre Eritrea y Somalia indicaba que la situación en esos países presentaba amenazas graves y generalizadas a la seguridad y descubrió que solo por ese hecho, los solicitantes tenían un argumento discutible de que la repatriación constituiría devolución⁹⁹. Libia no ha firmado la Convención sobre los Refugiados y no existe un procedimiento de asilo en Libia, aunque hay una oficina de ACNUR en Trípoli, pero no fue reconocida por el gobierno y el *status* de refugiado otorgado por ACNUR no garantizaba ningún tipo de protección en Libia¹⁰⁰. El Tribunal concluyó que:

...cuando los demandantes fueron trasladados a Libia, las autoridades italianas sabían, o deberían de haber sabido, que las garantías que supuestamente debían proteger a los demandantes del riesgo de ser devueltos arbitrariamente a sus países de origen eran insuficientes, teniendo en cuenta, especialmente, la ausencia de cualquier tipo de procedimiento de asilo y la imposibilidad de hacer que las autoridades libias reconociesen los estatutos de refugiado otorgados por ACNUR¹⁰¹.

El Comité contra la Tortura se ocupó de los retornos a terceros países en dos casos individuales¹⁰². En *Korban v. Suecia*, primero evaluó si la deportación del solicitante a su país de origen, Iraq, constituiría una violación del artículo 3 de la Convención

98 *Ibidem*. Párr. 148

99 *Ibidem*. Párr. 149-152

100 *Ibidem*. Párr. 143-154

101 *Ibidem*. Párr. 156

102 Wouters, *Supra* nota 41, en 508-510.

contra Tortura, que prohíbe explícitamente la devolución¹⁰³. Habiendo concluido que lo haría, el Comité evaluó si el traslado del solicitante a Jordania como tercer país desde Suecia, sería permisible¹⁰⁴. Se encontró que en Jordania, refugiados iraquíes como Korban “no estaban del todo protegidos de ser deportados a Irak”¹⁰⁵. Esta conclusión se basó en parte en un informe del ACNUR que indica dos casos de expulsión forzada a Irak que ocurrieron en 1997¹⁰⁶. En un segundo caso, el Comité encontró que el traslado al país de origen no constituiría una violación del artículo 3 de la Convención contra la Tortura; por lo tanto, el traslado a un tercer país tampoco fue problemático¹⁰⁷. Dos aspectos de la posición del Comité merecen atención. Primero, empleó una metodología diferente a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que primero decidió si la expulsión al país de origen sería compatible con la Convención y solo después de eso se abordó la cuestión de la expulsión a un país intermediario. En segundo lugar, en el único caso en el que se ocupó de la sustancia del problema, aplicó un umbral bajo para determinar que la deportación viola la Convención (“no totalmente protegida” del regreso al país de origen)¹⁰⁸.

103 Comité contra la Tortura, *Avedes Hamayak Korban v. Suecia*, Opiniones del Comité contra la Tortura bajo el Artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. CAT/C/21/D/088/1997. 16 de noviembre de 1998. Párr. 3.1-3.2, 6.2.

104 *Ibidem*. Párr. 4.6-4.12

105 *Ibidem*. Párr. 4.10

106 *Ibidem*. Párr. 4.8

107 Comité contra la Tortura, *ZT v. Australia*, Opiniones del Comité contra la Tortura bajo el Artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. CAT/C/31/D/142/2000. 19 de noviembre de 2003. Párr. 6.5.

108 Comité contra la Tortura, *Avedes Hamayak Korban v. Suecia*. Párr. 4.10

En 2011, el Tribunal Superior de Australia dictaminó que los solicitantes de asilo no podían ser devueltos a Malasia antes de la determinación de su *status*, invalidando un acuerdo australiano-malayo de julio de 2011 a tal efecto¹⁰⁹. Según el Tribunal, los solicitantes de asilo solo podían ser devueltos a un tercer país de acuerdo con la ley australiana, “informado por la obligación central de no devolución, que es una protección clave asumida por Australia bajo la Convención de Refugiados”¹¹⁰; si la protección de los refugiados fuera parte de las “obligaciones internacionales o legislación nacional pertinente”¹¹¹; y si se hubiera establecido que el país receptor “cumple con sus obligaciones internacionales, garantías constitucionales y estatutos nacionales que son relevantes para los criterios”¹¹². Estos criterios no se cumplieron porque Malasia:

...first, does not recognise the status of refugee in its domestic law and does not undertake any activities related to the reception, registration, documentation and status determination of asylum seekers and refugees; second, is not party to the Refugees Convention or the Refugees Protocol; and, third, has made no legally binding arrangement with Australia obliging it to accord the protections required by those instruments... The Minister's conclusions that persons seeking asylum have access to UNHCR procedures for assessing their need for protection and that neither persons

109 Demandante M70 / 2011 v. Ministro de Inmigración y Ciudadanía (2011) Párr. 258.

110 *Ibidem*. Párr. 66

111 *Ibidem*.

112 *Ibidem*. Párr. 67. El Tribunal también estableció que la obligación legal del tercer país de proporcionar el reconocimiento y la protección necesarios de los refugiados es un requisito mínimo para hacer que el retorno de los solicitantes de asilo sin determinación de estatus sea compatible con la Convención de Refugiados. *Ibidem*. Párr. 245.

*seeking asylum nor persons who are given refugee status are ill-treated pending determination of their refugee status or repatriation or resettlement did not form a sufficient basis for making the declaration.*¹¹³

...en primer lugar, no reconoce el *status* de refugiado en su derecho interno y no realiza ninguna actividad relacionada con la recepción, registro, documentación y determinación del *status* de solicitantes de asilo y refugiados; segundo, no es parte en la Convención de Refugiados o el Protocolo de Refugiados; y, tercero, no ha hecho ningún acuerdo legalmente vinculante con Australia que lo obligue a otorgar las protecciones requeridas por esos instrumentos...

Las conclusiones del Ministro de que las personas que solicitan asilo tienen acceso a los procedimientos del ACNUR para evaluar su necesidad de protección y que ni las personas que solicitan asilo ni las personas que reciben el estatuto de refugiado reciben malos tratos hasta que se determine su condición de refugiado, su repatriación o reasentamiento base para hacer la declaración. (Traducción hecha por el autor)

En resumen, se consideró que Malasia no era un tercer país seguro porque su ordenamiento jurídico no contenía ninguna obligación de determinar el *status* de refugiado y proteger a los refugiados, ni cumplía sus obligaciones en la práctica¹¹⁴. Por lo tanto, la expulsión de un solicitante de asilo no puede tener lugar si el país de expulsión “sabe o debería saber que no hay garantía de que su solicitud de asilo sea examinada seriamente”

113 High Court of Australia. *Plaintiff M70/2011 v. Minister for Immigration and Citizenship & Anor*, M70/2011, Australia, 31 de Agosto de 2011. *Supra* nota 3. Párr. 135, 249.

114 *Ibidem*. Párr. 254

en el tercer país¹¹⁵. Segundo, incluso ante la ausencia de tales informes, una persona que invoca la prohibición de devolución siempre debe ser capaz de refutar la presunción de que en el tercer país puede estar a salvo. En otras palabras, los individuos siempre deben tener la oportunidad de argumentar que, aunque el tercer país puede ser “seguro” en general, no es así en su caso individual. En cuanto al criterio que se aplicará en tales circunstancias, la jurisprudencia internacional ofrece poca orientación. La aplicación de criterios, como los utilizados por el Comité contra la Tortura (“no totalmente protegido”) o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“garantías adecuadas” y “garantías suficientes”), se originan a la luz de la naturaleza de la prohibición de devolución y según la redacción del Artículo 33, párrafo 1, de la Convención sobre los Refugiados (“en cualquier forma”)¹¹⁶.

C. Revisión de las solicitudes de asilo

La jurisprudencia citada en las secciones anteriores indica que todos los migrantes deben tener una oportunidad realista de presentar una solicitud de asilo y que esta solicitud debe ser examinada de forma individual. La posibilidad de traslado a un tercer país puede ser relevante para el resultado del examen, pero no puede eliminar la obligación de un examen. La eliminación sin un examen riguroso de la solicitud de asilo es en sí misma contraria a la prohibición de devolución¹¹⁷. Dicha eliminación

115 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Mss v. Bélgica y Grecia*, App. No. 30696/09, *Supra* nota 56, Párr. 358.

116 *Ibidem*. Párr. 55-56.

117 CIDH. Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América. OAS/Ser.L/V/II.155 Doc. 16, 24 julio 2015, párr.168; CIDH. Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema

deja sin sentido el derecho de asilo y es un abuso del poder coercitivo del Estado. Este es también el caso en una situación de afluencia masiva, porque no hay bases normativas sobre las cuales se pueda argumentar que la naturaleza de los derechos y deberes involucrados cambia simplemente por las dificultades prácticas que conlleva su cumplimiento. En otras palabras, los migrantes deben tener una oportunidad real de invocar la prohibición de devolución y si lo hacen, bloqueará su expulsión hasta que se haya llevado a cabo un examen individual adecuado de la sustancia de su reclamo¹¹⁸.

¿Existen criterios para la sustancia de este examen? Existen numerosas posiciones del ACNUR sobre este tema¹¹⁹. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que el examen no puede limitarse a una aplicación automática y mecánica de las normas procesales nacionales: los solicitantes deben ser conscientes del hecho de que pueden ser “devueltos” o “rechazados” en caso de que no justifiquen un reclamo contra su expulsión¹²⁰. Los solicitantes deben tener una oportunidad realista de probar su reclamo; las reglas de procedimiento deben garantizar que el Artículo 3¹²¹ tenga pleno efecto. El Comité de Derechos Humanos opina que los solicitantes de asilo deben tener acceso a asistencia jurídica y traductores o intérpretes de

Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40. Rev. 1. 28 de febrero de 2000, párr. 25; Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, Párr. 210.

118 Lauterpacht y Belén, *Supra* nota 41, en 118.

119 Wouters, *Supra* nota 41, en 164-173.

120 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Hirsi Jamaa y otros v. Italia*, App. 27765/09, *Supra* nota 6, Párr. 203-207.

121 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Jabari v. Turquía*, App. No. 40035/98, *Supra* nota 52; Párr. 40.

manera gratuita y oportuna¹²². El Comité también ha insistido en procedimientos especiales para las solicitantes de asilo y menores de edad¹²³ al igual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹²⁴.

En las observaciones sobre la situación en los Estados que son parte de la Convención contra la Tortura, el Comité contra la Tortura ha insistido en la importancia de las audiencias formales e individuales¹²⁵; la posibilidad de reunir pruebas (la detención de los solicitantes lo dificulta, debiéndose tener en cuenta en la evaluación de un reclamo); la naturaleza transparente, imparcial y contradictoria de la evaluación; la independencia de la autoridad que tenga en su poder la toma de decisiones y servicios de interpretación gratuitos para los demandantes y capacitación adecuada para dichas autoridades.

En resumen, no existen normas precisas en el derecho internacional para el examen de las solicitudes de asilo. En cambio, hay estándares, que pueden considerarse para proporcionar a cada individuo garantías adecuadas contra la remoción en violación de la prohibición de devolución. Este estándar solo puede tener una forma definida en el sistema legal interno de los Estados individuales y tienen una gran libertad en cómo lo hacen. La pregunta obvia que surge a menudo es si un estado está dando forma a este estándar o si, por el contrario, está tratando de eliminar la garantía provista por el estándar.

122 Wouters, Supra nota 41, en 411.

123 *Ibidem*.

124 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Supra nota 126. Párr. 210.

125 Wouters, Supra nota 41, en 514-515.

D. Prohibición de rechazo en las fronteras y protección judicial

La capacidad de un solicitante de asilo para apelar una decisión sobre su situación migratoria parece crucial. Sin derecho a apelar, el Estado puede aplicar su poder coercitivo arbitrariamente ya que esta solicitud no será examinada críticamente. Esto puede dejar sin sentido el derecho de asilo. Un Tribunal es la institución más apropiada para revisar una decisión de devolver a una persona porque los Tribunales son típicamente independientes y más adecuados para presentar reclamos sobre violaciones de los derechos humanos de poblaciones marginadas y sub representadas, mientras que otras instituciones están más inclinadas a aplicar consideraciones políticas mayoritarias. Sin embargo, están cubiertos por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que garantiza un recurso efectivo a todos con una afirmación discutible de que uno o más de los derechos garantizados por la Convención han sido violados por un Estado parte¹²⁶. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha indicado que, en casos de asilo, el derecho a un recurso efectivo conlleva cuatro consecuencias prácticas. Primero, el procedimiento de apelación debe permitir el hecho que:

*it may be difficult, if not impossible, for the person concerned to supply evidence within a short time, especially if... such evidence must be obtained from the country from which [the asylum seeker] has fled. Accordingly, time-limits should not be so short, or applied so inflexibly, as to deny an applicant for recognition of refugee status a realistic opportunity to prove his or her claim*¹²⁷

126 Antônio A. Cançado Trindade, *Voto Razonado del Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

127 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Bahaddar v. Países Bajos, App. 25894/94, Mayo 24 de 1995, Párr. 45, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/>

Puede ser difícil, si no imposible, que la persona interesada proporcione pruebas en poco tiempo, especialmente si... dicha evidencia debe obtenerse del país del que [el solicitante de asilo] ha huido. En consecuencia, los límites de tiempo no deben ser tan cortos, o aplicarse de manera inflexible, como para negarle al solicitante de reconocimiento de la condición de refugiado una oportunidad realista para probar su reclamo. (Traducción hecha por el autor)

El procedimiento de apelación no puede limitarse a formalidades, y debe tratar con el fondo de la reclamación, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta la información actual¹²⁸. Segundo, corresponde al solicitante “presentar evidencia capaz de probar” que su traslado sería contrario a la prohibición de devolución¹²⁹. Este criterio en realidad no requiere que el solicitante establezca que la eliminación constituiría devolución. Una vez que el solicitante ha establecido una afirmación discutible de que esto sería así, corresponde al Estado en cuestión “disipar cualquier duda al respecto”¹³⁰. En tercer lugar, los Tribunales deben someter la denegación de asilo a una revisión completa, no restringida a una prueba de racionalidad. El Tribunal no debe limitarse a considerar si las autoridades podrían concluir razonablemente que la remoción del solicitante no violaría la prohibición de devolución, sino que debería abordar la cuestión de si la remoción realmente violaría esa prohibición. Cuarto, las apelaciones deben tener un efecto suspensivo automático

sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58136.

128 *Ibidem*.

129 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Saadi v. Italia, App. No. 37201/06, *Supra* nota 96. Párr. 148.

130 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. NA. v. Reino Unido, App. 25904/07, Julio 17 de 2008, Párr. 111, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-87458>.

para evitar que una solicitante de asilo sea retirado en espera de una apelación que finalmente gana¹³¹. El artículo 2, párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también establece el derecho a un recurso efectivo, que se aplica en el caso de “una decisión de expulsar a un riesgo discutible de tortura”¹³², incluso si una solicitud de asilo ha sido declarada inadmisibles o manifiestamente infundada¹³³. Igualmente, un remedio es efectivo solo si tiene efecto suspensivo¹³⁴.

III. Conclusión

Las siguientes cinco conclusiones pueden extraerse del derecho internacional tal como se lo ha descrito en el presente artículo: primero, los migrantes deben tener una verdadera oportunidad de solicitar asilo cuando son detenidos en la frontera, esto se debe a que el Estado en el que se presentan generalmente está en la mejor posición para ayudarlos y porque de lo contrario el derecho de asilo sería casi sin sentido. El hecho de que a

131 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Čonka v. Bélgica*, App. 51564/99, Febrero 2 de 2002, Párr. 82–83, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60026>; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Gebremedhin v. Francia*, App. 25389/05, Abril 26 de 2007, Párr. 58, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80333>; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Affaire Sultani c. Francia*, App. No. 45223/05, Septiembre 20 de 2007, Párr. 50, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-82337>.

132 Comisión de Derechos Humanos, *Alzery v. Suecia*, *Opiniones del Comité de Derechos Humanos en virtud del Artículo 5, Párrafo 4, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, CCPR/C/88/D/1416/2005. 10 de noviembre de 2006, Párr. 11.8 [en adelante CDH *Alzery Views*].

133 Wouters, *Supra* nota 41, en 413-414.

134 CDH. *Alzery Views*, *Supra* nota 133, Párr. 11.8; Wouters, *Supra* nota 41, en 413-414.

un solicitante aún no se le haya permitido ingresar al Estado es irrelevante, siendo el asunto crucial si los agentes estatales ejercen una autoridad efectiva sobre el individuo en cuestión. En segundo lugar, una vez que se haya presentado una solicitud y hasta que sea examinada, la expulsión del solicitante a otro país debe suspenderse. Tercero, cualquier solicitud debe ser sometida a un examen sustantivo por parte de las autoridades estatales competentes. Cuarto, en caso de que la solicitud sea denegada, el solicitante debe tener el derecho de apelar ante un Tribunal o una entidad independiente, similar a un Tribunal, que puede analizar la denegación de asilo en esencia (este derecho existe independientemente de los motivos de denegación). Quinto, esta apelación debe suspender la expulsión del solicitante. Sin un examen sustantivo de las solicitudes y un derecho de apelación, habría un mal uso del poder coercitivo del Estado.

En este documento se ha discutido las consideraciones morales y legales que impiden que los países rechacen a los posibles solicitantes de asilo en sus fronteras. Muchos Estados occidentales se enfrentan a una afluencia de inmigrantes indocumentados, muchos de los cuales ingresan irregularmente dentro de sus jurisdicciones territoriales y solicitan asilo. Las políticas migratorias restrictivas implican una violación sistemática de las normas de asilo de naturaleza moral y legal; por lo tanto, a pesar de la falta de voluntad de los Estados para tomar una decisión clara sobre este asunto, por muchas razones las obligaciones morales y legales de los gobiernos regionales hacia los solicitantes de asilo no pueden evitarse.

De igual manera, erigir una barrera física no resolverá el problema por al menos dos razones: en primer lugar, las personas pueden atravesar muros, como es sabido entre las fronteras de alta congestión migratoria. En segundo lugar, los argumentos discutidos a lo largo del presente artículo se aplican igualmente

a los migrantes en las fronteras o fuera de ellas, como los que solicitan asilo dentro de las respectivas jurisdicciones territoriales. Además, es muy probable que un muro conduzca a un comportamiento más arriesgado entre los migrantes (incluidos los solicitantes de asilo), lo que en última instancia dará como resultado un mayor número de muertes. La construcción de una barrera física simplemente creará problemas morales y legales propios.