

La aplicación extraterritorial del principio de no devolución

Por: Fernando Freddi¹.

VOCES: LEY – APICACION TERRITORIAL – PRINCIPIO DE NO DEVOLUCION – REFUGIADOS – PROTECCION - JURISPRUDENCIA

Sumario: La intención del artículo es desarrollar el principio de no devolución, haciendo hincapié en su rol de piedra angular en la protección internacional de los refugiados, como así también, determinar la correspondencia de su aplicación extraterritorial; todo ello, mediante el examen de diversos instrumentos internacionales y jurisprudencia de interés.

I. Introducción

A partir de las siguientes líneas, mi intención será desarrollar el principio de no devolución, haciendo hincapié en su rol de piedra angular en la protección internacional de los refugiados, como así también, determinar la correspondencia de su aplicación extraterritorial; todo ello, mediante el examen de diversos instrumentos internacionales y jurisprudencia de interés.

Inicialmente, a raíz de la lectura de diversos tratados internacionales de derechos humanos y análisis de los conceptos ofrecidos por el propio derecho internacional consuetudinario, podemos concluir en que los Estados tienen la obligación de no enviar a ningún individuo a otro país si pudiera quedar expuesto a sufrir una grave violación de sus derechos humanos, en especial, la privación arbitraria de la vida² o la tortura³.

¹ Secretario Penal de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza.

² El derecho a la vida está garantizado en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés) y, por ejemplo, el artículo 2 de la Convención Europea 1950 para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (ECHR, por sus siglas en inglés), artículo 4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969 (ACHR por sus siglas en inglés).
Revista Jurídica AMFJN www.amfjn.org.ar/revista-juridica/ -Ejemplar N°12 enero/junio 2023 ISSN 2683-8788

En este sentido, el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes del 1984, contiene una disposición explícita de no devolución que prohíbe la expulsión de una persona a un país cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura.

Esta última, también forma parte del derecho internacional consuetudinario, y ha obtenido el grado de norma perentoria del derecho internacional o *jus cogens*⁴. Dicha norma impone la prohibición absoluta de cualquier forma de retorno forzado cuando exista el peligro de sufrir tortura, y es obligatoria para todos los estados, incluyendo aquellos que no han suscrito los instrumentos relevantes.

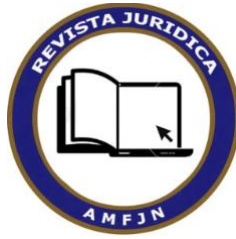
Las obligaciones según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tal como las interpreta el Comité de Derechos Humanos y los tratados regionales de derechos humanos, también incluyen en sus disposiciones relevantes la prohibición de devolución, además de otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, como parte de la prohibición absoluta e inderogable.

En virtud de lo todo lo anteriormente detallado, se puede entender que “...*La prohibición de devolución a un país donde la persona concernida pueda enfrentar un riesgo real de daño irreparable, tales como la violación del derecho a la vida o del derecho a ser libre de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se extiende a todas las personas que se encuentran en el territorio del Estado o que estén sujetas a su jurisdicción, incluyendo a los solicitantes de asilo y a los refugiados, y se aplica con respecto al país al que se efectúa la deportación, o a cualquier otro país a donde la persona más adelante pueda ser*

inglés), artículo 4 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), artículo 5 de la Carta de Árabe de los Derechos Humanos.

³ El derecho a ser libre de tortura se garantiza en el artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o degradantes de 1984, artículo 7 ICCPR (por sus siglas en inglés) y, por ejemplo, el artículo 3 ECHR (por sus siglas en inglés), artículo 5 (2) ACHR (por sus siglas en inglés), artículo 5 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) y el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985.

⁴De conformidad con los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, las normas *jus cogens* prevalecen sobre las disposiciones de los tratados. Además, tienen un grado más alto que las normas generales consuetudinarias que no tengan la misma fuerza.



deportada. 28. *Es inderogable y se aplica en cualquier circunstancia, sin importar la naturaleza de las actividades a las que se hubiera dedicado dicha persona...*⁵.

Con este marco, e ingresando lentamente sobre a la problematización del presente trabajo, considero acertado conceptualizar previamente el principio en trato, para luego entender su aplicación extraterritorial.

2. Concepto del Principio de no devolución.

La Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, establece el principio de no devolución o *non refoulement* en el numeral I del artículo 33; en este se dispone lo siguiente:

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

Igualmente, la Convención Americana de Derechos Humanos establece dicho principio en el numeral 8 del artículo 22, de la siguiente manera:

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

Así pues, el principio de no devolución prohíbe a los Estados receptores de los refugiados, la devolución de estos al Estado donde su vida corre peligro debido a determinada situación, pues tal como lo menciona la ACNUR,

⁵ACNUR, “Nota del ACNUR sobre las Garantías Diplomáticas y la Protección Internacional de los Refugiados”. Disponible en: [<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7130.pdf>].

“...antes de aplicar cualquier medida de deportación, los Estados tienen el deber de establecer que la persona a quien pretenden deportar de su territorio o jurisdicción no quedará expuesta al peligro de graves violaciones a sus derechos humanos (...). De existir tal peligro, el Estado debe descartar la expulsión forzosa de la persona en cuestión...”

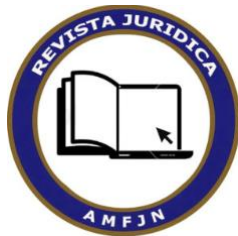
En atención a lo establecido en el apartado precedente, como así también, de la primera aproximación ofrecida por los conceptos antes analizados, ya podemos indicar que las características del principio de no devolución son las siguientes:

- **Limita el poder de los Estados sobre su territorio.**
- **Es una norma del derecho internacional consuetudinario.**
- **Es de carácter relativo.**
- **Es oponible a todos los refugiados, aunque aún no les haya sido reconocido el estatus de refugiado o asilado.**

Como se mencionó anteriormente, este principio resulta ser de carácter relativo, lo cual quiere decir que los Estados no tienen siempre la obligación absoluta de aplicarlo.

Las excepciones al principio de no devolución de conformidad con la Convención de 1951, se permiten solo en las circunstancias que expresamente prevé el artículo 33 (2), en donde se estipula que:

Artículo 33, 2.- *“Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.”*



La aplicación de esta disposición requiere que el país haga una determinación individualizada y que, como resultado, el refugiado se encuentre dentro de una de las dos categorías previstas en el artículo 33 (2) de la Convención de 1951.

Estas últimas no afectan las obligaciones de no devolución del país de acogida en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, que no permite excepciones. Así, el país de acogida se le prohíbe expulsar a un refugiado si como resultado de esto se le expusiera, por ejemplo, a un peligro importante de tortura. Se aplican consideraciones similares con respecto a la prohibición de devolución a otras formas de daños irreparables.

Esta afirmación del ACNUR pone de relieve la naturaleza de dicho principio ya que va más allá del artículo 33 (1) y (2) de la Convención de 1951. Esto fue declarado así por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “*Saadi contra Italia*”⁶, en donde se analizó lo siguiente:

“...el solicitante era un nacional tunecino condenado en rebeldía en Túnez a veinte años de prisión por pertenencia a organización terrorista. El solicitante también había sido condenado por conspiración en Italia por asociación de malhechores. El Tribunal consideró que la posibilidad de que el solicitante pudiera suponer una amenaza grave para la comunidad no reducía, en ningún caso, el riesgo de que pudiera sufrir daños en caso de expulsión. Por otra parte, en informes fiables sobre los derechos humanos se registraban malos tratos a los presos en Túnez, y en particular a los condenados por delitos terroristas. Las garantías diplomáticas aportadas en este asunto no negaban este riesgo. Por lo tanto, el Tribunal consideró que existían motivos serios para creer que había riesgo real de que el solicitante fuera sometido a tratos contrarios al artículo 3 del CEDH si era expulsado a Túnez...”

En el plano interamericano, no podemos dejar de mencionar el *leading case* “*Pacheco Tineo*”⁷, en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos puntualizó

⁶TEDH, *Saadi contra Italia*, n° 37201/06, 28 de febrero de 2008; También en: TEDH, “*Mannai contra Italia*”, n° 9961/10, 27 de marzo de 2012.

⁷CIDH, “*Familia Pacheco Tineo v. Bolivia*”, 23 de diciembre de 2013.

en el principio de no devolución como eje central en la protección de las personas refugiados.

Sobre dicho caso, los Dres. Pérez Curci y Parma precisan que el mismo “se presenta como un antes y un después en materia de protección de derechos de migrantes y solicitantes de refugio en sede administrativa, ya que no solamente obliga a los Estados a cumplir con ciertas prerrogativas en materia de estándares convencionales en el proceso administrativo (fundamentalmente las previstas en los arts. 8º y 25 de la CADH), sino que al mismo tiempo fortalece la idea de revisión jurisdiccional de las decisiones de la administración, garantizando de ese modo la tutela judicial efectiva de las resoluciones del órgano ejecutivo que impliquen una restricción de derechos para los peticionantes”⁸.

En definitiva, el principio de no devolución como garantía inderogable, obliga al estado a otorgar la protección al asilado o refugiado si éste se encuentra en grave riesgo de sufrir los daños enumerados previamente. En este caso, la naturaleza de *ius cogens* del principio de no devolución y de la prohibición de la tortura prevalecen inclusive sobre la solicitud de cooperación penal por parte del agente perseguidor.

3. Aplicación extraterritorial del principio de no devolución.

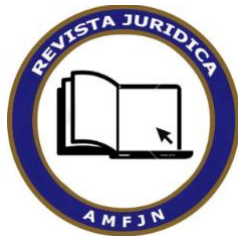
Sobre este tópico, entiendo sustancial remitirme a lo establecido por el ACNUR, en cuanto señala:

*“el ACNUR es de la opinión que el propósito, intención y significado del artículo 33 (1) de la Convención de 1951 son inequívocos y establecen una obligación de no devolver a un refugiado o solicitante de asilo al país donde pueda correr el peligro de persecución u otro daño grave, que aplica siempre que un Estado ejerce jurisdicción, incluyendo en las fronteras, en alta mar o en el territorio de otro Estado.”*⁹

El principio de no devolución contiene un interesante componente de extraterritorialidad, según el cual un Estado no puede devolver a un refugiado al

⁸PEREZ CURCI, Juan Ignacio (dir), *“Migrantes y refugiados en conflicto con la ley penal. Protección jurídica interdisciplinaria”*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2022, pagina 330.

⁹ACNUR, *“Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.”*, página 5.



territorio en el que este tiene fundados temores de ser perseguido, ni desde su propio territorio, ni desde un lugar en que no ejerza soberanía. Esto sin importar si se trata de altamar, fronteras o de cualquier otro espacio geográfico distinto al suyo.

Ello, dado que el factor determinante no es el territorio como tal, sino el control efectivo del Estado, bajo el que se pudiere encontrar la persona; esto significa que, debido a la materia, una persona puede estar bajo la jurisdicción de un Estado independientemente del territorio en que se encuentre. Esto se traduce a en que el Estado debe limitarse en su propio poder bajo tales paradigmas, bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional.

Sobre este particular, Yara Zulay Riascos Valencia indica que: “...*la aplicación extraterritorial es la responsabilidad que recae sobre un Estado cuando, bien sea por acción u omisión, perpetra una violación a tan importante principio, en un territorio ajeno al propio del Estado. Es decir que, sin importar que la persona se encuentre en otro país distinto al Estado en cuestión, el hecho de que por medio de sus agentes o con la aquiescencia del gobierno de dicho territorio, se atente contra la persona, lo hace responsable.*

Siendo así, la prohibición establecida en el artículo 33.1 de la Convención de 1951, no se puede limitar geográficamente al territorio de un Estado al cual arribó un refugiado, de tal manera que el principio de no devolución no tiene restricciones geográficas...”¹⁰.

En virtud de lo anterior, cuando de la obligación del principio de *non refoulement* se trate, no hay lugar a limitar su alcance *ratione loci* frente al territorio del Estado, ya que desdibuja la verdadera esencia del derecho de los refugiados, que versa sobre la real protección y salvaguarda de sus derechos humanos, especialmente de su vida e integridad.

Por lo cual, la esencia del presente principio no radica en límites territoriales o la jurisdicción en la cual el Estado posee autoridad y control; sino en la persona, y la puesta en peligro de su vida e integridad por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opciones políticas, violencia generalizada,

¹⁰RIASCOS VALENCIA, “Principio de no devolución y su aplicación extraterritorial: Pilar fundamental en el marco del derecho de Refugiados”, en revista “Trans-Pasando Fronteras”, Cali –Colombia-, Editorial Universidad ICESI, Nro. 16, 2020.

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

Además, es menester resaltar que está prohibida la devolución no sólo hacia el Estado de peligro para la persona, sino también hacia un territorio desde el cual pueda ser enviada subsecuentemente a dicho Estado.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvo ocasión de pronunciarse al respecto de dicha cuestión en el caso de la devolución a Haití de personas interceptadas en alta mar por buques guardacostas de los Estados Unidos¹¹, oportunidad en la cual la Corte Suprema de ese país determinó que el Artículo 33 (1) de la Convención de 1951 es aplicable únicamente a las personas que se encuentran dentro del territorio de los Estados Unidos.

Esta postura, en clara oposición de los conceptos desarrollados *ut supra*, fue condenado por la Comisión en su dictamen, estableciendo que el artículo 33 de la Convención de 1951 no reconoce limitaciones geográficas.

De esta manera se establece que el principio de no devolución tiene una aplicación extraterritorial respecto de la soberanía del Estado, independientemente del lugar donde este se encuentre ejerciendo su soberanía.

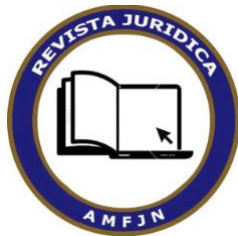
Ahora bien, ¿en dónde encontramos el fundamento para sostener la aplicación de extraterritorial del principio bajo estudio?, más allá de la protección de los derechos humanos inherentes a las personas.

Sobre este punto, el ACNUR ha realizado un análisis de la expresión “devolución”, en su sentido corriente y a la luz de los trabajos preparatorios de la Convención de 1951, sosteniendo que la traducción al castellano de “*refouler*” incluye sinónimos como “rechazar”, “repeler” o “hacer regresar.”

En este sentido se ha determinado que el sentido corriente de los términos “devolver” y “*refouler*” no admite una interpretación que restringiera su alcance dentro del territorio del Estado en cuestión, ni hay indicios de que estos términos fueran entendidos por los redactores de la Convención de 1951 como limitados en esta forma.

El mismo representante de los Estados Unidos propuso que las palabras “no expulsar o devolver” remplazaran a las palabras “no hacer regresar”, para disipar

¹¹CIDH, “Comité Haitiano de DD.HH. vs. Estados Unidos”; Dictamen de la Comisión; 13 de marzo de 1997. Informe N° 51/96.



cualquier duda de que la no devolución aplicaba a los refugiados, ya sea que hubiesen sido admitidos o no de forma regular para residencia, expresando lo siguiente:

“...Ya se trate de cerrar la frontera a un refugiado que pidió admisión o de devolverle después de que hubiese cruzado la frontera o incluso de su expulsión después de haberle admitido como residente en el territorio, el problema es más o menos el mismo. Independientemente del caso, si realmente el refugiado estuviera en una situación regular, no debería ser devuelto a un país donde su vida o libertad podrían estar amenazadas...”¹²

En el mismo sentido interpretativo se debe tomar en cuenta que de los instrumentos internacionales sobre refugiados y de derechos humanos producidos a partir de 1951 en ninguno se establecieron restricciones territoriales sobre las obligaciones de no devolución de los Estados.

Sentado ello, se puede sostener que los Estados están obligados a no devolver a ninguna persona sobre la que ejerzan jurisdicción al peligro de daño irreparable, sin resultar vital o decisivo si la persona se encuentra en el territorio nacional del Estado o en un territorio que está *de jure* bajo el control soberano del Estado.

Finalmente, me gustaría ofrecerle al lector algunos casos en los cuales organismos internacionales se expidieron con relación a dicha aplicación extraterritorial.

En tal sentido, y como bien lo señalan María del Carmen Rangel Medina y Dante Jonathan Armando Zapata Plascenci¹³, la Comisión Interamericana se ha pronunciado en el mismo sentido en la decisión sobre “*Coard y otros v. los Estados Unidos*” afirmando que:

¹²Declaración del señor Henkin, representante de los Estados Unidos, documento de la ONU E/AC.32/SR.20, 1 de febrero de 1950, párrafos 54–55.

¹³Representantes de la Sociedad Civil, en la Opinión Consultiva N°4-3-21/2016 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 4 de mayo 2017.

“Si bien la aplicación extraterritorial de la Declaración Americana no ha sido cuestionada por las partes, la Comisión encuentra pertinente señalar que, en ciertas circunstancias, el ejercicio de su jurisdicción sobre actos ocurridos en un lugar extraterritorial no sólo será congruente sino requerido por las normas pertinentes.”¹⁴

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “*Issa y Ors vs Turquía*” menciona:

“un Estado puede ser responsabilizado por violaciones a los derechos y libertades garantizados por el Convenio de personas que se encuentran en el territorio de otro Estado, pero bajo la autoridad y control del primer Estado y por medio de sus agentes que operen, ya sea legal o ilegalmente en ese Estado. En tales situaciones, la responsabilidad emana del hecho de que el artículo 1 del Convenio no puede interpretarse de forma que le permita a un Estado Parte perpetrar violaciones al Convenio en el territorio de otro Estado, que no podría perpetrar en su propio territorio.”¹⁵

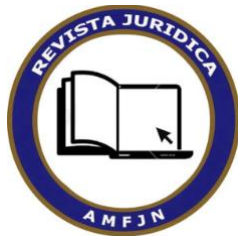
A la luz de estos criterios, observamos a la aplicación extraterritorial del principio de no devolución como una parte esencial en las obligaciones y compromisos de los Estados respecto de la garantía de no devolver al asilado.

4. Conclusión.

De lo reseñado, entiendo necesario remarcar que el limitar la aplicación del principio de no devolución a un territorio geográfico determinado es inadmisibles e incluso considerado como una amenaza directa a este principio, toda vez que los Estados -bajo esa falsa interpretación- pueden consumir violaciones contra este principio para impedir de forma anticipada el arribo de refugiados a su territorio.

¹⁴CIDH, “*Coard y otros v. los Estados Unidos, Caso No. 10.951, Informe No. 109/99*”, 29 de septiembre de 1999, párrafo 37.

¹⁵TEDH, “*Issa and Ors v. Turquía, Demanda No. 3821/96*”, sentencia del 16 de noviembre de 2004, párrafo 71.



Tal circunstancia es detallada de forma esclarecedora por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas, en los siguientes términos:

“...Otra amenaza a la aplicación universal del principio de no devolución ha sido la alegación de los Estados de que ese principio no es obligatorio fuera de su propio territorio nacional, de manera que un gobierno puede devolver directamente a los refugiados a lugares en que pueden ser perseguidos siempre que no hayan llegado todavía a su frontera ni hayan entrado en su territorio. Esta alegación es claramente incompatible con el propósito de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, contraria a su espíritu y, en general al del derecho internacional de los refugiados...”¹⁶

Dicho esto, considero que el principio de no devolución y su concepto de extraterritorialidad, tampoco buscan que el Estado se vea obligado definitivamente a aceptar el ingreso y la permanencia de un migrante en su territorio; su objetivo radica en ofrecerle ciertas condiciones de seguridad, mientras se resuelve su situación, independientemente de si estas ingresaron de forma regular o irregular.

Es que, más allá de las irregularidades de cada caso en particular, nunca se debe dejar de tener en cuenta que los Estados tienen la obligación de llevar a cabo el proceso que sea necesario para investigar la situación de la persona y realizar el acompañamiento pertinente para resolver su estadia y salvaguardar sus derechos, siempre y cuando se den los supuestos establecidos en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967.

¹⁶Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (1993). Nota sobre Protección Internacional, A/AC.96/815.