

Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

Año VIII – Nr. 2 – 2º semestre 2020



Cofinanciado por el
programa Erasmus+
de la Unión Europea



Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época
Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet
(2013 - 2019)

Año VIII – N° 2 – segundo semestre 2020

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar

Se permite la copia o redistribución parcial de la presente obra exclusivamente haciendo referencia a la revista, con indicación del nombre, número, año de publicación, nombre del autor o autora y nombre del artículo original, indicando asimismo la fuente con un hipervínculo operativo que conduzca al sitio web oficial de la revista. Asimismo, debe dejarse constancia de cualquier cambio que se haya introducido al contenido. Fuera de este supuesto, la revista se reserva todos los derechos.

Por consultas dirigir la correspondencia epistolar o digital a las direcciones indicadas.

**EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN:
¿EMERGE UNA NORMA *JUS COGENS*?¹**

Ezequiel M. Rodríguez Miglio²

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 12 de enero de 2021

Resumen

El presente artículo analiza el principio de *non refoulement* (no devolución), como piedra angular de la protección contra la devolución de personas a aquellos lugares donde sus derechos fundamentales podrían ser vulnerados. Para ello, el autor verifica su incorporación en los distintos ordenamientos jurídicos internacionales e intenta determinar su alcance y sus efectos. Este último aspecto cobra especial relevancia a la hora de valorar su efectividad. Asimismo, se repasan los elementos disponibles en el ordenamiento internacional que nos permitan analizar la relación entre las normas imperativas de derecho internacional general y el principio de no devolución. Ese análisis resultará de ayuda en la tarea de determinar si en la actualidad este principio puede ser considerado una norma *jus cogens* y, por tanto, no admite excepciones en su aplicación.

Palabras clave: Jus cogens – Principio de no devolución – Derecho internacional de los derechos humanos – Derecho internacional de refugiados – Personas migrantes - Políticas migratorias

Title: The principle of non-refoulement: does it emerge as a *jus cogens* norm?

¹ Este trabajo forma parte de la Introducción y del Capítulo I de la tesis del autor (en elaboración), en el marco de la Maestría en Derechos Humanos y Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Lanús, Argentina.

² Abogado (Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina). Maestrando en Derechos Humanos y Políticas Públicas (Universidad Nacional de Lanús, Argentina). Docente de Derecho Internacional Público (Universidad de Palermo). Correo electrónico: erodriguezmiglio@gmail.com.

Abstract

This article analyzes the non-refoulement principle as a cornerstone for the protection against the return of people to those places where their fundamental rights could be violated. To do this, the author verifies its incorporation into the different international legal systems and attempts to determine its scope and effects. This last aspect is especially relevant to assess its effectiveness. The author also reviews the elements available in the international order that allows us to analyze the relationship between peremptory norms of general international law and the non-refoulement principle. This analysis will help us in the task of determining whether at present that principle can be considered a *jus cogens* norm and, therefore, does not allow exceptions in its application.

Keywords: Jus cogens - Non refoulement principle - International human rights law - International refugee law – Migrant people - International migration policies.

I. Introducción

En el ámbito del estudio del derecho internacional de refugiados (en adelante “DIR”) resulta muy habitual hacer referencia a la piedra angular del sistema de protección internacional: el principio de no devolución (*non refoulement*). Su existencia, claramente establecida en el ordenamiento positivo internacional, no deja dudas respecto de su importancia.

Asimismo, distintas fuentes auxiliares del derecho internacional (en adelante “DIP”) han avanzado en su extensión y delimitación. Así, observamos que en la actualidad el concepto de no devolución excede largamente la prohibición de expulsar de un territorio a una persona en determinadas circunstancias. En cambio, vemos que dicha protección se ha extendido a otros casos que, en principio disímiles, pueden generar el mismo efecto no deseado por el derecho internacional, esto es, la puesta en peligro de las personas necesitadas de esa protección.

Para comenzar podríamos entonces ensayar una definición del principio de no devolución, entendido como la prohibición que pesa sobre la comunidad internacional de colocar a una persona en las fronteras de territorios donde se encuentre en riesgo o peligro. Esta idea se centra en la noción de responsabilidad que tienen los Estados respecto de todas las personas sujetas a su jurisdicción. Pero esta restricción no se reduce a la facultad de expulsión estatal de personas extranjeras, sino que asimismo abarca los supuestos de extradición³ y rechazo en frontera.⁴

Ahora bien, ya que la prohibición de devolución constituye una obligación estatal, podemos sostener que la necesaria contracara de esa obligación está dada por la existencia de un derecho a no ser devuelto (MARTÍNEZ MONGE, 2012: p. 30; BELOFF, 2014: p. 498, entre otros). Sobre esa base, corresponderá entonces indagar acerca del origen del principio de no devolución como norma del derecho internacional.

II. El principio de no devolución como norma del derecho consuetudinario

En el derecho internacional se denomina costumbre al proceso espontáneo de creación de normas, a la vez que también se identifica con esa denominación al resultado de ese proceso (MONCAYO, VINUESSA Y GUTIÉRREZ POSSE, 1997: p. 82). Por su parte, el derecho consuetudinario es el conjunto de costumbres de carácter internacional.

La costumbre, como uno de los modos de creación del derecho internacional, es definida como la práctica generalmente aceptada como derecho, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional

³ La extradición es el acto por el cual un Estado entrega por imperio de una norma expresa (tratado o ley) un individuo a otro Estado, que lo reclama con el objeto de someterlo a un proceso penal o al cumplimiento de una pena (Ossorio, 1997:417).

⁴ Al respecto, cabe señalar que en estos casos se suele echar mano a una ficción jurídica que consiste en negar el ingreso de una persona a un determinado territorio, pero utilizando la normativa de ese Estado. En efecto, los Estados suelen sostener que determinadas personas no han ingresado en su territorio, aunque para ello aplican sus propias normas. Esta herramienta es usufrutuada usualmente por los Estados para evitar “abrir” la instancia administrativa, en la que toda decisión estatal respecto del ingreso, permanencia de personas necesariamente debería permitir la interposición de recursos administrativos (y, eventualmente, judiciales) a fin de cuestionarlos.

de Justicia. Ese mismo tribunal la ha definido como la práctica común, constante y uniforme generalmente aceptada como derecho.⁵

Este tipo de normas ha sido la fuente de derecho internacional más habitual dentro del ordenamiento preclásico. A partir del siglo XIX y, en especial, del siglo XX se produjo un profundo y constante proceso de codificación de las normas consuetudinarias, plasmándolas en instrumentos internacionales escritos. Asimismo, se ha dado de manera complementaria a este proceso, un desarrollo progresivo del DIP avanzando en ámbitos no reglados hasta ese momento por el derecho consuetudinario.

Al tratarse de una norma no escrita, para su configuración se necesitarán dos elementos: la práctica y la conciencia de obligatoriedad (u *opinio iuris sive necessitatis*). Esta última es la que la distingue de los usos, entendidos tales como aquellos actos o prácticas que se llevan a cabo repetida y uniformemente, pero cuya inobservancia no produciría efectos jurídicos.

Por su parte, pueden identificarse distintos tipos de costumbres, entre las que se encuentran las particulares y las generales. Mientras que las primeras nacen de la voluntad de dos partes (o de un número reducido) las generales involucran a toda la comunidad internacional. Por ello, una vez que se determina su existencia, podemos asegurar que estaremos en presencia de verdaderas normas jurídicas –aunque no escritas, positivizadas o codificadas– obligatorias para toda la comunidad internacional, con independencia de haber participado del proceso de su creación o no.

Esta última característica mencionada –la obligatoriedad de la norma a pesar de la ausencia de participación en la formación– resulta una nota distintiva respecto del proceso de creación de otro tipo de normas, tanto en el DIP como en los ordenamientos jurídicos internos. En efecto, en esos casos la voluntad de los órganos creadores no puede ser inferida o asumida a partir de su propia inacción. En el derecho internacional puede, entonces, crearse una norma obligatoria sin que medie la voluntad expresa de algunos sujetos de derecho, debido al modo de generación de carácter espontáneo antes mencionado.

⁵ Corte Internacional de Justicia, 20/02/69, “Caso de la Plataforma continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Países Bajos)”; I.C.J. Reports 1969, p. 45, párr. 77-78, entre otros.

Ahora bien, respecto del principio de no devolución debemos identificar su nacimiento como parte del DIR. Reiteradamente se ha sostenido que este principio resulta una norma esencial y constituye la piedra angular de la protección internacional de los refugiados (ACNUR, 1991⁶ y 2007)⁷. A su vez, representa un componente esencial e inderogable de ella. Asimismo, se entiende que el principio es vinculante tanto para los Estados Parte de la Convención de 1951⁸, como para los del Protocolo de 1967⁹.

Pero más allá de su recepción en instrumentos internacionales de carácter vinculante como la Convención de 1951, podemos advertir que el principio de no devolución también pertenece al dominio del derecho consuetudinario. De esa manera, constituye una norma obligatoria para la comunidad internacional con independencia de la ratificación o adhesión de un Estado en particular a la Convención de 1951 o a su Protocolo Adicional (ACNUR, 2007).

Este aspecto está lejos de ser cuestionado. Muchos/as autores/as coinciden en que la práctica estatal llevada a cabo con conciencia de obligatoriedad —y la falta de objeciones respecto de ello— resultan suficientes para acreditar la existencia de una costumbre internacional de carácter general y, en consecuencia, una norma obligatoria para todos los Estados (GOODWIN-GILL, 1998:167-170; ALLAIN, 2001:533-558; LAUTERPACHT Y BETHLEHEM, 2003: pp.140-164, entre otros/as). Ello, inclusive, con independencia de su calidad de Estado parte en los tratados internacionales que regulan la materia.

⁶ ACNUR (Comité Ejecutivo). Conclusiones Generales sobre la protección internacional de los refugiados, UN Doc. 65 (XLII)-1991. Octubre de 1991.

⁷ Ver también: 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. 151; y Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984). Accesible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0008.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0008>.

⁸⁸ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. United Nations Treaty Collection, UNTC, https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=_en.

⁹ Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967. United Nations Treaty Collection, UNTC, accesible en https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-5&chapter=5&clang=_en. De acuerdo con el artículo I.1 del Protocolo, los Estados Parte se obligan a aplicar los artículos 2 al 34 de la Convención de 1951. La importancia de esta disposición radica en la circunstancia de que algunos Estados no han ratificado o adherido a la Convención de 1951 pero si lo han hecho respecto del Protocolo de 1967.

III. El principio de no devolución en las distintas ramas del derecho internacional: derecho de refugiados y derechos humanos

Ahora bien, el punto de partida para analizar la recepción normativa del principio de no devolución puede encontrarse en el artículo 3 de la Convención sobre el Estatuto Internacional de los Refugiados del año 1933.¹⁰ En ese instrumento, ratificado por unos pocos Estados, se plasmó la intención de la Sociedad de las Naciones de proteger a los refugiados de nacionalidad armenia y rusa causados por la Primera Guerra Mundial (art. 1). Asimismo, fue el primer instrumento en el que se plasmó el principio mencionado a los fines de proteger a los refugiados de una posible repatriación forzosa en los casos en los que sus vidas corrieran peligro (GOODWIN-GILL, 2014: p. 39).

De todas formas, tendríamos que esperar casi dos décadas para encontrar el primer instrumento internacional de carácter universal en el que se incorpore este principio: la ya mencionada Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, instrumento fundamental para comprender sus alcances. La redacción del artículo que incorpora el *non refoulement* dice:

“Artículo 33. -- Prohibición de expulsión y de devolución (“*refoulement*”)

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

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.”

Asimismo, su artículo 32.1 establece que “los Estados contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público”.

¹⁰ Biblioteca digital mundial. Accesible en <https://www.wdl.org/es/item/11580/>.

Pero al adentrarnos en el análisis del principio de no devolución podemos advertir que su vigencia dentro del marco de la protección contra la devolución de personas refugiadas y solicitantes de asilo en el ámbito universal ha sido excedida en un doble sentido. Por una parte, en los diversos ámbitos regionales también se ha abordado la regulación del principio de no devolución, ampliándose la mirada que sobre dicho principio poseía el DIP. Por la otra, la garantía contra la devolución ha excedido el marco del DIR al ser acogido por el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante "DIDH"). Ello significa que la protección contra las devoluciones debe ser entendida como aplicable incluso a personas que no han sido reconocidas como refugiadas ni son solicitantes del reconocimiento de dicha condición.

i. Protección en ámbitos regionales

En cuanto a la protección regional de refugiados, podemos destacar la Convención de la Organización para la Unión Africana de 1969 por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. En su artículo 2.3, este instrumento establece:

"Ninguna persona será sometida por un Estado miembro a medidas tales como la negativa de admisión en la frontera, la devolución o la expulsión que la obligarían a regresar o a permanecer en un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas por las razones enumeradas en los párrafos 1 y 2 del artículo 1."¹¹

¹¹ La Convención de la Organización para la Unión Africana fue aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en su sexto período ordinario de sesiones (Addis Abeba, 10 de setiembre de 1969). Entrada en vigor: 20 de junio de 1974, conforme con lo dispuesto en el artículo 2. Accesible en <https://www.refworld.org/es/docid/50ac934b2.html>.

Los párrafos mencionados establecen:

"1. A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera regresar a dicho país.

2. El término "refugiado" se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro

A su vez, en el año 1984 se adoptó en el ámbito interamericano la Declaración de Cartagena que, si bien se trata de un instrumento no vinculante, ha sido en la práctica adoptado por los Estados de la región.¹² En su conclusión quinta, los Estados americanos han sostenido la necesidad de “[R]eiterar la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados”.¹³

Como se advierte entonces, en diversos ámbitos regionales se ha acogido el principio de no devolución. Incluso se ha considerado aplicable a diversas situaciones que no se encontraban previstas en la Convención de 1951.

ii. Expansión del principio al derecho internacional de los derechos humanos

En cuanto al segundo aspecto, esto es, la expansión del principio a otras ramas del derecho internacional podemos citar el artículo 22.8, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴ (en adelante, “la CADH”), en el que se sostiene que:

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

Si bien el artículo hace una innegable referencia a los motivos para que una persona pueda ser reconocida como refugiada, su texto no restringe la aplicación

lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad.” United Nations Treaty Collection, UNTC, disponible en internet en <https://www.refworld.org/es/docid/50ac934b2.html> (último acceso, octubre de 2020).

¹² Y no sólo en la práctica: la Argentina, por ejemplo, ha incorporado la definición ampliada de ese instrumento en el artículo 4 inc. b de su Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado, N° 26.165. Accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/122609/norma.htm> (último acceso, octubre de 2020).

¹³ Declaración de Cartagena sobre Refugiados, conclusión quinta.

¹⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969. Accesible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

del principio al reconocimiento mencionado. Así, la CADH amplía el ámbito de protección incluso a personas que no ostentan el estatuto de refugiados, sea porque no lo ha solicitado, sea porque el Estado no lo ha reconocido como tal. Incluso, se aplicará en los casos en los que el solicitante hubiera sido excluido de la condición de refugiado (O'DONNELL, 2007: pp. 228-232), en los términos del artículo 1.F de la Convención de 1951.¹⁵ Esta interpretación no se ve restringida a los casos de solicitudes de asilo, aun advirtiéndose que el inciso anterior del artículo 22 se refiera a ello¹⁶ ya que ambos incisos no se encuentran expresamente vinculados, más allá de su continuidad en el texto.

Por su parte, en el ámbito universal podemos encontrar una mención fundamental respecto de la ampliación de la prohibición de devolución, dada por el artículo 3 de la Convención de 1984 contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.¹⁷ Este artículo establece la prohibición absoluta de violación de este principio, en el marco de la temática regulada. En efecto, sostiene que:

“1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un

¹⁵ Las cláusulas de exclusión de la condición de refugiado están establecidas en el artículo 1.F, que sostiene:

“Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

¹⁶ CADH, artículo 22, inc. 7: “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”. Disponible en internet en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm (último acceso, octubre de 2020).

¹⁷ Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, 1984. Accesible en United Nations Treaty Collection, UNTC, disponible en internet en https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-9&chapter=4&clang=_en.

cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.”

En esa misma línea, en el marco europeo encontramos el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,¹⁸ que estableció la prohibición de la tortura, la que rige de manera inderogable (cfr. art. 15.2). Así, vale señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha entendido esta prohibición en el sentido de impedir a los Estados enviar a personas extranjeras a países donde se verifique la existencia de un riesgo de ser sometidos a torturas o a tratos crueles, inhumanos o degradantes.¹⁹

De más está decir que este repaso sobre los instrumentos más relevantes no resulta exhaustivo. En efecto, existen otros –ya sean de carácter vinculante como no vinculante o *soft law*–, en los que explícita o implícitamente se ha enunciado este principio, tales como el IV Convenio de Ginebra de 1949 (art. 45),²⁰ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7),²¹ la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 8)²² y los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (principio 5),²³ entre otros²⁴. Asimismo, pueden citarse los instrumentos regionales sobre

¹⁸ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950. Accesible en https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

¹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 07/07/89, “Soering v. Reino Unido”, Serie A, N° 161.

²⁰ Convenio IV de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949. Accesible en www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm.

²¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966. Accesible en https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en.

²² Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Accesible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1428.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1428>.

²³ Consejo Económico y Social. Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias. Resolución 1989/65, 24 de mayo de 1989. Accesible en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/RES/1989/65>.

²⁴ Para mayor detalle ver: ACNUR, 2001:14.

extradición: el Convenio Europeo de Extradición de 1957 (art. 3.2)²⁵ y su equivalente en el ámbito americano, la Convención Interamericana sobre Extradición de 1981 (art. 4.5).²⁶

De lo dicho hasta aquí, resulta evidente la relevancia que ha tenido la incorporación del principio de no devolución en el elenco de garantías fundamentales que brinda el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, del análisis conjunto de los diversos instrumentos internacionales – vinculantes o no– advertimos que el principio bajo análisis encuentra en el marco del DIDH un ámbito más amplio de protección, al incorporar a la prohibición clásica situaciones tales como aquellas en las que se ha aplicado una cláusula de exclusión en el marco de un procedimiento de asilo. Esto redundaría en una comprensión más amplia y abarcadora del principio, en cuanto los Estados deben “abstenerse de devolver a estas personas al país del que huyen o a cualquier otro respecto del cual existan temores fundados de peligro para sus vidas o integridad física” (BELOFF, 2014: p. 500).

IV. ¿Dos principios distintos?

Ahora bien, en la práctica de los Estados puede existir el problema de la aplicación del principio de no devolución en el marco de los procedimientos de asilo estrictamente bajo la óptica del DIR. Por tanto, si acordamos en sostener que la protección del principio de no devolución que brinda el DIDH es más amplia que la del DIR, ¿eso significa que estamos en presencia de dos principios distintos? ¿Existe un principio de no devolución estricto para los procedimientos de asilo y otro más amplio cuando analizamos una situación bajo la lente del DIDH?

La respuesta que proponemos en este trabajo es negativa y ello encuentra su fundamento en que, más allá de su identidad nominal, indudablemente nos hallamos en presencia de un instituto destinado a la protección de personas. Lo

²⁵ Convenio Europeo de Extradición, 1957. Accesible en la página del Boletín Oficial del Estado español: <https://www.boe.es/boe/dias/1982/06/08/pdfs/A15454-15462.pdf>.

²⁶ Convención Interamericana sobre Extradición, 1981. Accesible en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo12.pdf.

dicho significa que la interpretación de las normas aplicables (en este caso, la extensión del principio de no devolución) deberá estar regida por los principios que gobiernan el DIDH. Ello, en virtud de la ya asentada doctrina de la convergencia entre las diversas ramas del derecho internacional público (CANÇADO TRINDADE, 1997: p. 321-349).

Uno de esos principios aplicables es el criterio *pro homine*, cuyos efectos han sido analizados de la siguiente manera:

“A la luz del criterio *pro homine*, que informa todo el derecho de los derechos humanos, debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria” (PINTO, 1997:81).

En suma, se ha dado cuenta de que el principio de no devolución protege derechos humanos fundamentales de todas las personas. Por tanto, solo cabría acudir a la interpretación más amplia, más benigna y que mejor asegure la vida, integridad y libertad de ellas. Reafirmando lo dicho, se ha sostenido que la convergencia entre el DIR y el DIDH ha tenido el efecto de ampliar el contenido normativo del principio del principio de no devolución (CANÇADO TRINDADE, 2002: p. 59).

En definitiva, estas ideas se buscan no perder de vista uno de los principales objetivos del derecho internacional contemporáneo: la protección de todas las personas y sus derechos y libertades fundamentales.²⁷

V. ¿Es el principio de no devolución una norma *jus cogens*?

i. Recapitulación

Hasta aquí hemos intentado brindar un marco conceptual acerca del principio de no devolución, analizando sus características, desarrollos y

²⁷ Cfr. artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas. Accesible en <https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter-all-lang.pdf>.

alcances. Este repaso nos permitirá analizar la interrelación entre el principio de no devolución y las normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*). Es decir, hasta qué punto podemos afirmar que el principio de no devolución constituye, en el estadio actual de derecho internacional, una norma de tal carácter.

En efecto, del estudio del derecho internacional podemos advertir que las normas *jus cogens* han sufrido diversos cuestionamientos desde su conceptualización, aunque en la actualidad son una realidad dentro del ordenamiento jurídico internacional. En efecto, han atravesado exitosamente el proceso de positivización, lo que derivó en su inclusión en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.²⁸

Asimismo, podemos señalar que poseen características distintas al resto del ordenamiento jurídico internacional y ello se ha debido a la propia voluntad de los Estados, sujetos principales de este ordenamiento. Así, dentro de sus características principales encontramos la de ser normas inderogables, a la vez que encarnan los principios y valores del orden público internacional.²⁹

Por otra parte, debemos hacer hincapié en su superioridad jerárquica respecto del resto del resto de las normas internacionales y de su efecto nulificador sobre aquellas que se le opongan. Por último, señalaremos que la comunidad internacional no ha alcanzado los consensos necesarios a los fines de darse una lista –ni siquiera una abierta– de las normas que consideran incluidas en esta categoría: ése será trabajo de las fuentes auxiliares del derecho internacional.

Ahora bien, al analizar los orígenes del principio de no devolución podemos advertir también las diferencias que sobre él se han plasmado en diversas regulaciones internacionales. Así, hemos podido observar que en la actualidad ese principio encuentra mayor cobertura en el DIDH que en el propio DIR.

²⁸ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969. Accesible en United Nations Treaty Collection, UNTC, https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf. Para un mayor desarrollo de la historia del *jus cogens*, ver Gómez Robledo, 2003.

²⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17/09/03. Seria A, No. 18. Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, párr. 68 *in fine*.

También hemos dado cuenta de que el *non refoulement* se ha concebido como la piedra de toque del sistema de protección internacional de refugiados. Asimismo, se destaca su pertenencia al derecho internacional consuetudinario como una costumbre general y, por tanto, obligatoria para todos los Estados sean parte o no de los tratados internacionales que lo regulan. Incluso se ha sostenido que resulta un componente esencial e inderogable de la protección internacional de las personas refugiadas.

Llegados a este punto podemos permitirnos analizar la posibilidad de sostener que el principio de no devolución haya alcanzado, además, la consideración de los Estados en cuanto a su carácter *jus cogens*. En otras palabras, si se trata de una “norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”³⁰. La importancia de encontrar una respuesta a esa cuestión radicará en la posibilidad de repensar las obligaciones emergentes de los Estados, lo que redundaría en un mayor respeto del derecho de buscar protección internacional del que gozan todas las personas sujetas a sus respectivas jurisdicciones.

ii. Antecedentes relevantes³¹

Como punto de partida, debemos señalar que la doctrina generalmente ha entendido que el carácter imperativo no abarcaba el principio de no devolución en toda su extensión. En efecto, la postura más aceptada sostiene que solamente podría ser considerada como norma imperativa la obligación de no devolución cuando el retorno, expulsión o rechazo de una persona hacia un país cuando existiera riesgo de ser sometida a tortura (ACNUR, 2008).

Pero esta postura ha sido discutida por diversos/as autores/as quienes han sostenido que la consideración como norma imperativa de dicho principio no admite recortes ni condiciones (ALLAIN, 2001: pp. 533-558; FARMER, 2008: p. 1;

³⁰ Conforme el art. 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

³¹ Para mayor detalle ver LUTERSTEIN Y RODRÍGUEZ MIGLIO, 2017: pp. 75-80.

VIEIRA DE PAULA, 2008: pp. 430-439, entre otros/as). De igual manera se ha caracterizado en el ámbito interamericano, donde podemos encontrar el reconocimiento del principio de no devolución como norma *jus cogens* sin limitaciones ni excepciones.

En efecto, en el instrumento regional conocido como la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, los Estados de la región sostuvieron que el “(...) *principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de jus cogens.*” Esta postura fue reafirmada en el Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina,³² en el que se reconoció el carácter de *jus cogens* del principio de no devolución.

En cuanto a la jurisprudencia interamericana, podemos señalar el voto concurrente del juez Cançado Trindade en la Opinión Consultiva OC 18/03, al analizar diversas “manifestaciones doctrinales que sostienen el proceso de gradual formación del derecho individual de asilo, al mismo tiempo en que afirman el carácter de *jus cogens* del principio del *non-refoulement*”.³³

Por su parte, en ocasión de analizar el art. 3 del Convenio Europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha remarcado su carácter incondicional al prohibir la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes con independencia de la conducta de la víctima.³⁴ En el caso *Soering*, el TEDH sostuvo que la deportación de una persona hacia un país en donde existía el riesgo de sufrir tratos crueles e inhumanos resultaba contrario al espíritu y la intención del artículo 3 del Convenio.³⁵ De esta manera puede advertirse cómo el TEDH amplió el espectro de protección prevista en el art. 33 de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951, la que ha establecido

³² Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, 2004. Accesible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3016.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3016>.

³³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17/09/03, Serie A, No. 18, punto 41.

³⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 07/07/78, “Irlanda v. Reino Unido”, Serie A, No. 25.

³⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “*Soering v. Reino Unido*”, citado.

en su inciso b) excepciones a la aplicación de este principio,³⁶ aunque de todas formas, la regulación resulte menos protectoria que el ámbito interamericano.

Por último, en el ámbito universal, existen posicionamientos tanto de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) como del Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). La AGNU ha planteado la necesidad que los Estados respeten el principio de no devolución y recordó que éste “*no está sujeto a derogación*”.³⁷

En cuanto al Comité Ejecutivo (EXCOM) se ha podido advertir cómo sus pronunciamientos y conclusiones han ido ampliando lenta pero progresivamente la consideración del principio de no devolución como una norma *jus cogens*, aunque no lo manifieste estrictamente en esos términos.

Así, desde el año 1977 ha sostenido que “*el principio humanitario de no devolución se ha expresado en varios instrumentos internacionales aprobados a nivel universal y regional y es generalmente aceptado por los Estados*” (Conclusión No. 6)³⁸. Tres años después remarcó “*el carácter fundamental del principio de no devolución universalmente reconocido*” (Conclusión No. 17)³⁹. Posteriormente, el EXCOM expresó que el principio de no devolución “*estaba adquiriendo progresivamente el carácter de una norma perentoria del derecho internacional*” (Conclusión No. 25)⁴⁰. Por último, sostuvo que “*el principio de no devolución no puede ser objeto de derogación*” (Conclusión No. 79)⁴¹.

³⁶ El art. 33 establece: 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

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.

³⁷ Naciones Unidas. Resoluciones aprobadas por la Asamblea General 51/75, de 12 de febrero de 1997 [A/RES/51/75], párrafo 3; y 52/132, de 27 de febrero de 1998 [A/RES/52/132], párrafo preambular 12.

³⁸ ACNUR (Comité Ejecutivo). Conclusión No. 6 (XXVIII) No devolución, 1 de enero de 1977. Accesible en <https://www.refworld.org.es/docid/5d7fc64113.html>.

³⁹ ACNUR (Comité Ejecutivo). Conclusión Nro. 17 (XXXI) Problemas relativos a la extradición que afectan a los refugiados, 1 de enero de 1980. Accesible en <https://www.refworld.org.es/docid/5d7fc634a.html>.

⁴⁰ ACNUR (Comité Ejecutivo). Conclusión No. 25 (XXXIII) Conclusiones Generales, 1 de enero de 1982. Accesible en <https://www.refworld.org.es/docid/5d7fc62c2.html>.

⁴¹ ACNUR (Comité Ejecutivo). Conclusión Nro. 79 (XLVII), Conclusión general sobre la protección internacional, 1 de enero de 1996. Accesible en <https://www.refworld.org.es/docid/5d7fc5f0a.html>.

Este breve repaso sobre las posturas del Comité Ejecutivo da cuenta del avance progresivo que experimenta la consideración de la inderogabilidad del principio entre la comunidad de Estados. Estados que, en definitiva, resultan los sujetos obligados por este tipo de normas internacionales, debiendo no solo observarlas, sino también adecuar sus legislaciones internas a tal efecto.⁴²

iii. ¿Hacia la imperatividad del principio de no devolución?

Ahora bien, a partir de lo dicho hasta aquí, ¿puede sostenerse que la inderogabilidad es sinónimo de imperatividad? Los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional señalaban que la inderogabilidad es un elemento de las normas imperativas, a la vez que una consecuencia de ellas⁴³.

A la luz de los ejemplos citados en este trabajo, algunos autores han expresado con certeza que los Estados han concluido por consenso que el principio de no devolución era de hecho una norma perteneciente al *jus cogens* toda vez que ninguna derogación resultaba permitida (ALLAIN, 2001: pp. 533-558). Otras posturas, han manifestado que el hecho de considerar un derecho como inderogable podría sugerir su inclusión dentro de la categoría del *jus cogens* o, al menos, impedir que dicha norma sea pasible de ser regionalizada o bilateralizada, afectando su universalidad (ORAKHELASHVILI, 2006: p. 38-40).

En una posición expectante, se presenta la aceptación del principio de no devolución como una emergente norma imperativa del derecho internacional (FARMER, 2008: pp. 23-28).

VI. A modo de conclusión

La asunción por parte de los Estados de una nueva norma como perteneciente al *jus cogens* posee algunas complejidades provenientes, principalmente, de la propia lógica del derecho internacional público. Esto es así,

⁴² Conforme al principio de derecho internacional plasmado en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

⁴³ Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Primer Informe sobre el *jus cogens* del Relator Especial Dire Tladi. 8 de marzo de 2016, A/CN.4/693.

debido al doble carácter que aquellos poseen en el ordenamiento internacional, en tanto creadores de las normas y sujetos obligados por ella. Por ello, resulta dificultoso encontrar casos en los que los Estados acepten reconocer pacíficamente la categoría de *jus cogens* respecto de una norma en particular, cuando luego serán ellos mismo los sujetos obligados a someterse a la mencionada imperatividad. En consecuencia, menores serán los márgenes de maniobra para los Estados (leyes, políticas públicas, prácticas administrativas, etc.) y mayores las obligaciones emergentes.

El principio de no devolución no escapa a esa dinámica toda vez que reconocer su inclusión en el catálogo del *jus cogens* internacional implicaría profundas restricciones en cuanto al diseño y ejecución de las políticas migratorias de los Estados. Asimismo, reduciría la amplitud del ejercicio del derecho soberano de controlar el ingreso y la permanencia de personas extranjeras en su territorio.

Llegados a este punto, advertimos la importancia capital de la jurisprudencia internacional y de la doctrina. Éstas serán quienes, en definitiva, podrán llevar adelante el proceso de internalización del carácter *jus cogens* de este principio en la consideración de la comunidad internacional.

En palabras del ex juez de la Corte IDH Cançado Trindade, puede sostenerse que el *jus cogens* “es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación”.⁴⁴ Es probable que, a este respecto, la llama de la conciencia jurídica universal no haya sido aun avivada por completo, pero de los aspectos y antecedentes hasta aquí analizados no parecen caber dudas de que éste es un proceso ya iniciado. Podrá demandar más o menos tiempo y – seguramente– muchos esfuerzos, pero cada día que pase resultará más difícil sostener que el principio de no devolución pueda admitir excepciones o derogaciones.

⁴⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17/09/03, Serie A, No. 18, punto 68.

VII. Bibliografía.

ALLAIN, J. (2001). *The jus cogens nature of non-refoulement*. International Journal of Refugee Law, vol. 13 No. 4, pp. 533-558.

BELOFF, M. (2014). *Derecho a la nacionalidad*. Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario. Bogotá: Ed. Temis.

CANÇADO TRINDADE, A. (1997). *Derecho internacional de los refugiados y derecho internacional de los derechos humanos: aproximaciones y convergencias*. *Estudios Internacionales*, 30, pp. 119-120. Accesible en: doi:10.5354/0719-3769.2011.15126.

—(2002). *Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la conciencia Jurídica Universal*. La Nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del Siglo XXI. 2da. Edición. San José de Costa Rica: ACNUR.

FARMER, A. (2008). *Non-refoulement and jus cogens: limiting anti-terror measures that threaten refugee protection*. Georgetown Immigration Law Journal, vol. 23, Nro. 1.

GÓMEZ ROBLEDO, A. (2003). *El ius cogens internacional* (1ª reimpresión). México D.F: Universidad Nacional de México.

GOODWIN-GILL, G. (1998). *The Refugee in International Law*, Nueva York: Oxford University Press.

—(2014). *The International Law of Refugee Protection*. The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies. Oxford University Press.

LAUTERPACHT, E. Y BETHLEHEM, D. (2003). *The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement: Opinion*. Feller, Erika - Türk, Volker - Nicholson, Frances

(eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR Global Consultations on International Protection*. Cambridge: Cambridge University Press.

LUTERSTEIN, N. Y RODRÍGUEZ MIGLIO, E. (2017). *Asilo en La Haya: Acerca de la protección internacional de refugiados en los procesos ante la Corte Penal Internacional*. Revista Jurídica de Buenos Aires, año 42, Nro. 95. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

MONCAYO, VINUESSA Y GUTIÉRREZ POSSE. (1997). *Derecho Internacional Público*, T. I, Buenos Aires: Ed. Zavalía.

O'DONNELL, D. (2007). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile.

ORAKHELASHVILI, A. (2006). *Peremptory norms in international law*, Oxford, Oxford University Press.

OSSORIO, M. (1997). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 24º ed., Buenos Aires: Heliasta.

PINTO, M. (1997). *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires: Ediciones del Puerto.

Seguí las actividades

del Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH en:

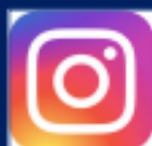
www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/



CentrodeExcelenciaIRDH



@centro_dh



centrodeexcelenciajmbairdh



Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH