

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.

EXPULSIONES COLECTIVAS Y PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN

Lucas Agustín Papini¹

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 12 de enero de 2021

Resumen

El objetivo de este trabajo es trazar un paralelismo entre las políticas de control migratorio realizadas tanto en Europa como en América y hacer un análisis crítico de las diferentes sentencias de los tribunales internacionales y de su abordaje sobre esta problemática, cada vez más recurrente. Con ese fin, se plantea un estudio jurídico-doctrinario del cuerpo normativo que existe en relación con la protección de las personas migrantes y refugiados, pero entendiendo que aún falta mucho en materia migratoria para brindar una solución efectiva y real a los problemas abordados.

Palabras clave: Derechos Humanos. Derecho Internacional. Expulsiones colectivas. Migración. Principio de no devolución. Garantías Procesales. Extraterritorialidad. Soberanía. Personas Migrantes. Jurisprudencia TEDH. Jurisprudencia CIDH.

Title: Collective expulsions and the principle of non-refoulement.

Abstract

The objective of this work is to draw a parallel between the migration control policies carried out both in Europe and in America and to make a critical analysis of the different judgments of international tribunals and their approach to this increasingly recurrent problem. Therefore, it presents a legal-doctrinal study of the normative body that exists in relation to the protection of migrants and

¹ Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires (UBA), fundador del portal web *Justicia Internacional Global* (<https://justiciainternacio.wixsite.com/website>). Realizo estudios de posgrado en materia de Derechos Humanos. Actualmente desarrolla su actividad profesional en el sector privado y realiza representaciones legales "pro bono" para personas migrantes en la Ciudad de Buenos Aires.

refugees, but understanding that there is still a long way to go in migration matters to provide an effective and real solution to the problems addressed.

Keywords: Human rights. International right. Collective expulsions. Migration. Principle of non-refoulement. Procedural Guarantees. Extraterritoriality. Sovereignty. Migrant People. ECHR jurisprudence. IACHR Jurisprudence.

I. Introducción

Los procesos de movilidad humana son acontecimientos que se han desarrollado a lo largo de toda la historia de la humanidad y que responden a diversos factores que los aceleran, los transforman y en muchas ocasiones los criminalizan. La historia marca a la migración como una valiente manifestación de la voluntad humana de sobreponerse a la adversidad en busca de mejores condiciones de vida. En la actualidad, la globalización, los avances tecnológicos y de comunicación, acompañados de un incremento considerable en las desigualdades que separan a los países desarrollados de los emergentes, ha hecho que aumente considerablemente el número de personas que busca dejar su país de origen para instalarse en uno nuevo.

Los Estados Nación legitiman sus políticas y prácticas de control migratorio a través del ejercicio de su soberanía². Sin embargo, la potestad de los estados de regular lo relativo al ingreso y permanencia de personas “no

² Concepto de Derecho Internacional que comprende tres dimensiones (externa, interna, y territorial). La dimensión externa de la soberanía radica en el derecho de un Estado a definir sus relaciones con otros Estados y entidades sin limitación o control alguno por parte del otro Estado. Esta dimensión también se denomina “independencia”. La dimensión interna de la soberanía consiste en el derecho exclusivo o la competencia exclusivas de un Estado para determinar la naturaleza de sus propias instituciones, promulgar las leyes que considere apropiadas y garantizar la observancia de estas. La dimensión territorial de la soberanía remite a los derechos de un Estado sobre su territorio y a la autoridad ejercida por él sobre todas las personas y cosas que se encuentren situadas sobre su territorio, o debajo o por encima de este. Un componente importante de la soberanía territorial en el ámbito de la migración es la prerrogativa soberana del Estado para determinar la admisión y exclusión de extranjeros de su territorio, dentro de los límites que le impone el Derecho Internacional.

nacionales” en sus territorios y jurisdicciones tienen un límite en el respeto y garantías de los derechos humanos.

Esto ha significado un nuevo punto de análisis para los Estados que se ven atravesados por este fenómeno migratorio, ya sea que sean países de tránsito³ o un país de destino, entendiéndose este último en el contexto de la migración, como aquel país que corresponde al destino final de una persona o grupo de personas, independientemente de si migra de forma regular o irregular.

Cuando el número de movilidad humana que se traslada entre un lugar y otro, muchas veces cruzando fronteras entre Estados y poniendo en riesgo sus vidas, es considerable y difícil de regular, estamos ante lo que se conoce como una crisis migratoria. Crisis migratoria es aquella que puede generar movimientos dentro o fuera de las fronteras⁴ de un país. Esto puede ocurrir repentina o paulatinamente y tanto se ve afectada por los movimientos previos a la crisis, como puede generar cambios en los patrones migratorios posteriores. Las crisis migratorias describen los flujos migratorios complejos y generalmente a gran escala, así como los patrones de movilidad ocasionados por una crisis que suele traer consigo considerables vulnerabilidades para las personas y comunidades afectadas, y plantear serios retos de gestión de la migración para todos los Estados involucrados. Pero las crisis migratorias tienen varias caras, y son un fenómeno tan complejo que sus procedencia puede situarse o bien en el momento en que los migrantes internacionales encontrándose ya en el país de destino deban enfrentar crisis preexistentes propias de ese lugar y que dificultan aún más su integración social, laboral o familiar, acentuando su estado de vulnerabilidad, o bien puede referirse a los flujos migratorios resultantes de la

³ En el contexto de la migración, es el país por el que pasa una persona o grupo de personas, en cualquier viaje hacia el país de destino, o bien desde do país de destino hacia el país de origen o de residencia habitual. “*Convención Interamericana sobre Protección de Todos los Trabajadores Migrantes y de Sus Familiares*”. Accesible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>.

⁴ Las fronteras internacionales son aquellos límites de separación definidos políticamente respecto de zonas territoriales o marítimas entre distintas entidades políticas y las zonas donde las entidades políticas ejerzan medidas de gobernanza de fronteras en sus territorios o fuera del mismo. Tales zonas comprenden los pasos fronterizos (a saber, aeropuertos, pasos fronterizos terrestres y puertos), y las zonas de inmigración y de tránsito, así como las embajadas y consulados. -*Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Principios y Directrices Recomendados sobre Derechos Humanos en las Fronteras Internacionales (2014), pág. 4.*

inestabilidad y conflictos prolongados en una región, entre otros posibles panoramas.

A la violencia, la pobreza, la falta de trabajo, el cambio climático y demás adversidades que tienen que enfrentar los migrantes, hay que agregar además en la actualidad la aparición de la pandemia ocasionada por el virus COVID-19 que ha acentuado las crisis migratorias y sus dificultades.

Las personas que están en movimiento, como las personas refugiadas y desplazadas internas que se ven obligadas a dejar sus hogares producto de la violencia o los desastres naturales, o las personas migrantes que están en situaciones precarias, deben afrontar tres crisis que se combinan en una.

En primer lugar, encaran una crisis sanitaria, ya que se exponen al virus de forma constante, debido que a menudo están en condiciones de hacinamiento en las que el distanciamiento social resulta un lujo imposible, y en las que con frecuencia es difícil acceder a servicios básicos, como los de atención de la salud, agua, saneamiento y nutrición.

Los efectos de esta crisis serán aún más devastadores para el gran número de personas en movimiento que viven en los países menos adelantados. Un tercio de la población mundial desplazada internamente vive en los diez países con mayor riesgo del COVID-19.

En segundo lugar, las personas en movimiento encaran una crisis socioeconómica, en particular las que trabajan en la economía no estructurada, sin acceso a protección social.

Por otro lado, la economía mundial ha mostrado un deterioro considerable afectando a todos los estratos de la sociedad, esta pérdida de ingresos resultante del COVID-19 provoca grandes rupturas en las condiciones laborales, como pérdida de empleos, disminuciones salariales, aumento del trabajo irregular, afectando una vez más y de forma más dura a los sectores vulnerables, entre ellos los migrantes, desplazados y refugiados.

En tercer lugar, las personas en movimiento encaran una crisis de protección.

Más de 150 países han impuesto restricciones fronterizas para contener la propagación del virus. Por lo menos 99 Estados no hacen ninguna excepción en los

casos de las personas que solicitan asilo por motivos de persecución (GUTERRES, 2020).

Al mismo tiempo, la propagación del COVID-19 y el temor a contagiarse ha exacerbado la xenofobia, el racismo y la estigmatización contra los migrantes. Por otra parte, la precaria situación de las mujeres y de los menores no acompañados⁵ se torna aun peor. Porque ambos corren un mayor riesgo de exposición a situaciones de violencia, abuso, trabajos forzados o explotación.

A todas estas condiciones desfavorables para las personas migrantes y refugiados, debemos sumarle la situación en la que se encuentran cuando llegan a un país distinto al de ellos, y son varias las respuestas que los diferentes Estados han aplicado a la regulación de las migraciones. Sin embargo, la mayoría de estas respuestas están centradas en un control migratorio estricto, y lo que es peor, en las últimas décadas estas políticas se han endurecido considerablemente, plasmándose en expulsiones colectivas en frontera, detenciones arbitrarias, y en muchos casos en el ejercicio del control migratorio más allá de sus propias fronteras territoriales, proceso que se conocen como externalización, un fenómeno que consiste en el desplazamiento de la gestión fronteriza con el objeto de frenar los flujos de personas antes de que lleguen al territorio de un Estado o territorio comunitario mediante la creación de un área de contención previa. Dicha práctica ha sido utilizada por los Estados Miembros de La Unión Europea a través de acuerdos bilaterales. En muchas oportunidades subcontratando las responsabilidades fronterizas a terceros Estados y desarrollando intervenciones en los países de origen y de tránsito (PEREZ BLANCO, 2020).

Este trabajo intentará analizar y describir de forma crítica y objetiva las políticas de control migratorio implementadas por los Estados Soberanos, las contradicciones que estas tienen con los Derechos Humanos y La Protección Internacional, materializadas en expulsiones colectivas, y como estas representan una vulneración a los derechos humanos. Por otra parte, se realizará un análisis del cambio de paradigma del Tribunal Europeo de Derechos humanos, a través de la

⁵ Menores que están separados de ambos Padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumben esa responsabilidad. "COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, OBSERVACIÓN GENERAL N°6 RELATIVA AL TRATO DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS Y SEPARADOS DE SU FAMILIA FUERA DE SU PAIS DE ORIGEN", 01/09/2005, CRC/GC/2005 de Las Naciones Unidas, párr. 7.

sentencia en el caso N.D. y N.T. contra España de 2017 y su posterior sentencia a través de La Gran Sala de dicho Tribunal.

II. Los estados y la migración

El Estado en una perspectiva institucional lo podemos definir a partir del monopolio de dominación coactiva autoritaria en un área territorialmente demarcada que cuenta con un conjunto de instituciones y relaciones políticas que irradian del centro a la superficie (WEBER, 1964, p. 47). Estas dimensiones funcionales y espaciales de los Estados ordenan las estructuras de autoridad, los límites y las capacidades de autodeterminación sobre los territorios, aquí entra su discrecionalidad para imponer sus políticas migratorias. La soberanía de los Estados ha sido el principio a través del cual, la autonomía se consolida como práctica e ideología que legitima la disposición de estas instituciones para regular, controlar y dirigir sus unidades político - territoriales. La mención anterior a la soberanía puede relacionarse con la idea de soberanía interna, la cual en efecto tiene como cualidad, la organización formal de una autoridad política para el pleno ejercicio del poder y del control dentro de los límites de un territorio. Pero podemos poner en discusión la existencia de otro tipo de soberanías, a saber, la soberanía legal internacional entendida desde la perspectiva del reconocimiento mutuo entre los Estados como unidades políticas formalmente instituidas; la soberanía westfaliana cuyo principio es la existencia de organizaciones políticas con exclusión de actores externos y la soberanía interdependiente que se caracteriza por el control de flujos de información, bienes y personas a través de las fronteras.

Un aspecto importante de la globalización, además de la conexión de los Estados a partir de actores supranacionales o transnacionales que funcionan en arenas políticas independientes del marco doméstico, y que a su vez tiene implicancias sobre los Estados nacionales y su soberanía, es la movilidad de las personas a través de las fronteras. Aunque este ha sido un hecho restringido por las barreras fronterizas de los Estados y la concepción territorial de los mismos, es sin duda, un fenómeno de gran trascendencia en el mundo contemporáneo y

en la historia de las sociedades. El fenómeno migratorio se ha convertido en uno de los más importantes retos para los Estados nacionales en la época global por ser un símbolo de la erosión de la soberanía (CASTLE, 2003, p.35). El control de la movilidad a través de las fronteras es uno de los objetivos de la soberanía interdependiente e incluye la regulación de los flujos de personas, no obstante, por cuenta del aumento de la migración irregular este hecho se ha convertido en un desafío en el sentido de que el movimiento (no autorizado) de individuos a través de los límites de los Estados, puede violar el principio de soberanía sustentado en la delimitación y cierre territorial. La concepción clásica para la gestión del fenómeno migratorio en la perspectiva de las capacidades otorgadas por la soberanía westfaliana puede transformarse a partir del influjo de actores externos sobre los Estados nacionales. La expansión de la política en escenarios que superan los espacios domésticos ha producido demandas y discursos relacionados con la migración en relación a los derechos humanos, derechos de trabajadores migrantes, política internacional sobre refugio entre otros. Esta cuestión abre la puerta para la formulación de interrogantes sobre la influencia real de estos actores y espacios en la transformación de la estructura de autoridad para la gestión de este fenómeno. Del mismo modo, la vinculación voluntaria de los Estados a mecanismos de integración regional o a tratados internacionales, puede incluir la cooperación en temas sobre movilidad lo cual podría incidir en la transformación de las políticas nacionales para el tratamiento de esta cuestión. No obstante, en la mayoría de los casos el Estado es discrecional para asumir o no las regulaciones y recomendaciones internacionales propuestas con relación a este tema, principalmente, cuando las decisiones son interestatales (dependientes de los intereses de los gobiernos) sin estructuras institucionales supranacionales que obliguen o coarten el cumplimiento de la normatividad y de los acuerdos. Los Estados se vinculan a decisiones sobre el asunto migratorio a través de convenios o tratados con actores e instancias externas, pero siempre bajo la premisa de la armonización voluntaria de lo internacional y lo doméstico.

En el plano de las regulaciones jurídicas y políticas para la gestión migratoria, el Estado puede ser discrecional, autónomo y determinar para sus

territorios decisiones que se corresponden con sus intereses y con los de los actores políticos internos, pero esta discrecionalidad muchas veces atenta contra el respeto de los derechos fundamentales de las personas “no nacionales” de dichos Estados, es decir, las personas migrantes. El caso de España por ejemplo es de profundo análisis, en tanto y en cuanto ha normativizado practicas consideradas contrarias a la protección internacional, como las expulsiones colectivas o “devoluciones en calientes”, a través de la sanción de leyes, como la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, conocida como “Ley Mordaza” haciendo un uso abusivo de su discrecionalidad soberana. La regulación de los flujos migratorios es un atributo importante de los Estados nacionales sobre la base de la necesidad de clasificar y diferenciar a la población que habita adentro de su territorio, dice DOMENECH (2009). En cierto modo, la regulación de las migraciones contribuye a la construcción del Estado como actor autónomo y soberano capaz de definir— a través de sus políticas migratorias —los controles que permitan o contengan la entrada de las personas a través de sus fronteras, así como la potestad para determinar los criterios distintivos entre propios (ciudadanos) y extraños (extranjeros). La selectividad es uno de los mecanismos a través de los cuales, los Estados producen las clasificaciones para definir los criterios de entrada y permanencia en sus territorios; de modo que, la inmigración por sí misma no es de plano rechazada sino que se filtra a través de condiciones restrictivas y ha sido uno de los aspectos que ha ayudado a la consolidación del Estado moderno y de los imaginarios sobre la identidad nacional como soportes a través de los cuales el Estado monopoliza los medios legítimos de movilidad. Esta monopolización se entiende como el derecho exclusivo que tiene el Estado para autorizar y regular los flujos de personas y las migraciones internacionales (TORPEY, 2000, p.25). Las respuestas estatales frente a la migración dependen de las perspectivas que asumen los Estados soberanamente sobre este tema. Las políticas y criterios oscilan entre concepciones que sustentadas en la soberanía restringen la entrada y residencia de personas en el territorio cerrando fronteras y marcando límites claros con los extranjeros; y otros enfoques que también desde la soberanía, les permite reconocer a los migrantes como objeto del derecho interno. Independiente del carácter de las decisiones que se

asuman, el Estado y la capacidad de regulación de la migración, en efecto le permite detentar “la monopolización de los medios legítimos de la movilidad” como un aspecto clave que pone en vigencia la existencia de los Estados, su papel y cómo se piensan a sí mismos a partir de este fenómeno. La autonomía del Estado en esta materia está directamente relacionada con la idea de Estado nación soberano. Así, la diferenciación y clasificación de quienes pertenecen o a quiénes se les adjudica el derecho de ingreso y permanencia en un territorio son acciones todas producidas a través de las políticas migratorias de un Estado, las cuales, en efecto, no son sólo respuestas burocráticas al fenómeno de la movilidad, sino que en esencia reflejan las filosofías y concepciones institucionales e ideológicas sobre la nación. Citando a CALDERÓN “[p]ara la construcción del Estado-nación los extranjeros representaron y lo siguen haciendo, la antítesis de lo que el Estado busca representar: la unidad, el conjunto, lo que unifica; exactamente lo contrario de lo que la extranjería expresa: lo distinto, lo diverso, lo opuesto” (CALDERÓN, 2010: p.15). La monopolización de los medios legítimos de la movilidad es uno de los mecanismos a través de los cuales los Estados nacionales persisten y refuerzas sus formas tradicionales. Los escenarios nacionales han dejado de ser espacios exclusivos para la deliberación y toma de decisiones, el espacio político doméstico es compartido con diversas fuerzas y agencias que muchas veces extralimitan las fronteras nacionales.

Tal como señala Arendt, los derechos humanos universales pueden resultar insuficientes a la luz de la potestad soberana de los Estados-nación, y a su reconocimiento de derechos de acuerdo con la vinculación de la ciudadanía con la nacionalidad. De esta manera es cuestionable cómo habiendo sido los derechos humanos proclamados como universales, las personas pueden ver vulnerados sus derechos más básicos sobre la base de la nacionalidad (ARENDR, 2006: p.22).

Dicho esto, debemos destacar que la idea de soberanía bajo ningún punto de vista debe permitir una habilitación y aplicación discrecional al funcionamiento arbitrario de los Estados que facilite la vulneración sistemática de los derechos fundamentales de las personas migrantes. La potestad

soberana de Los Estados no los libera de sus obligaciones de respetar los derechos de las personas extranjeras que intenten cruzar sus fronteras e ingresar al territorio. Tampoco los autoriza en materia política de inmigración para validar prácticas y políticas de control migratorio incompatibles con los tratados internacionales de derechos humanos. Los Estados tienen la obligación internacional de respetar y garantizar los derechos fundamentales reconocidos por la comunidad internacional.

III. Expulsiones colectivas

Las expulsiones colectivas o “devoluciones en caliente” forman parte de un comportamiento discrecional y muchas veces arbitrario de las autoridades estatales que, en ausencia de cualquier examen individualizado, y sin recabar ninguna información respecto de las circunstancias personales de las personas migrantes son devueltas en frontera sin que medie ningún tipo de proceso administrativo o judicial.

Las expulsiones colectivas de extranjeros, aun estando prohibidas por el Derecho Internacional, son aplicadas sistemáticamente como métodos de control de los flujos migratorios. El contexto fronterizo a lo largo de los últimos años ha sido escenario de la vulneración flagrante de los Derechos Humanos reivindicados por los instrumentos internacionales. En ese escenario, alegando la necesidad de una gestión que permita a los Estados seguir ejerciendo su soberanía, se incrementan sistemáticamente las formas de control con muros y vallas en el ámbito terrestre y todo tipo de mecanismos en el ámbito marítimo cuestionando tales derechos (DE LUCA, 2015: p. 65).

Debemos aclarar que la definición de colectivo no hace referencia al número de personas expulsadas, sino a la ausencia de un análisis individualizado de cada caso particular. Este tipo de prácticas (“devoluciones en calientes”) suelen constituirse bajo procedimientos discrecionales, y arbitrarios, dañando a los DD.HH. en su conjunto.

En una noción amplia de movilidad humana podríamos mencionar a los flujos de movilidad “mixtos” de los que habla La Organización Internacional para

las Migraciones, conformado por movimientos de población complejos, como son los refugiados, los solicitantes de asilo, los migrantes económicos y otros migrantes. Incluyendo en esta noción la inmigración, como proceso por el cual los no nacionales de un Estado entran en él con propósito de instalarse y el asilo, entendiendo al mismo como la protección concedida por un Estado a un extranjero en su territorio contra el ejercicio de la jurisdicción por el Estado de origen, basado en el Principio de No Devolución, que conduce al goce de determinados derechos internacionalmente reconocidos.

Dentro de esa amplia definición, podríamos incorporar el concepto de extranjero a los efectos de las expulsiones colectivas y la “devoluciones en calientes”. A partir del artículo 1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (en adelante CEDH), los Estados se comprometen a garantizar los derechos y libertades de cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sean sus nacionales o no. Sin embargo, no se hace una referencia expresa ni a la libertad de ingreso, residencia y circulación, ni al derecho de asilo, aunque siempre es posible recurrir a la técnica de la protección derivada de derechos y garantías reconocidos expresamente en el CEDH.

Como complemento, el Protocolo n° 4 al CEDH, en su artículo 4, expresamente prohíbe las expulsiones colectivas de los extranjeros, pero no define ninguno de los términos anteriormente mencionados. Desde una interpretación histórica de acuerdo con los precedentes y con la finalidad perseguida por esta disposición, conviene recordar que en el año 1963 cuando se redactó dicho Protocolo, constituyó el primer tratado internacional que se ocupaba de las expulsiones colectivas que no estaban expresamente incluidas en el CEDH. La principal finalidad del artículo 4 es evitar, como había ocurrido anteriormente, que los Estados hicieran que determinados extranjeros tuvieran que abandonar su territorio sin que previamente se hubieran examinado sus circunstancias personales concretas, de tal modo que, estos hubieran podido expresar, en su caso, sus argumentos en contra de la medida adoptada por la autoridad competente.

Otros Instrumentos Internacionales en el ámbito regional recogen expresamente la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros. En ese

sentido, el artículo 12.5 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos prohíbe las expulsiones “en masa” señalando que está es la que hace referencia a los “grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos”⁶.

Por su parte, el artículo 22.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe expresamente las expulsiones colectivas de extranjeros⁷. Este precepto ha sido aludido en supuestos en los que dicha práctica se realiza de modo recurrente, como es el ejemplo de las personas haitianas y dominicanas de origen haitianas. Sobre estos supuestos son emblemáticos los casos “*Nadege Dorzema y otros c. República Dominicanas*” y “*Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas c. República Dominicana*”⁸, los cuales abordaremos más adelante.

En el ámbito de Naciones Unidas, se prohíben las expulsiones colectivas en el artículo 13 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 22.1 de la

⁶ “*Todo individuo tendrá derecho a la libertad de tránsito y de residencia dentro de las fronteras de un Estado, siempre que se atenta a la ley. Todo individuo tendrá derecho a salir de cualquier país, incluido el suyo, y a retornar a su propio país. Este derecho solo está sujeto a las restricciones estipuladas por la ley para la protección de la seguridad nacional, la ley, y el orden, la salud pública o la moral. Todo individuo tendrá derecho, cuando este perseguido, a buscar y obtener asilo en otros países de conformidad con las leyes de esos países y los convenios internacionales. Un extranjero legalmente admitido en un territorio de un Estado firmante de la presente Carta, solo puede ser expulsado de él en virtud de una decisión tomada de conformidad con la ley. La expulsión masiva de extranjeros estará prohibida. Expulsión masiva será aquella dirigidas a un grupo nacional, racial, étnico o religiosos*”, Carta Africana Sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Banjul, 27 de Julio de 1981. Accesible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>.

⁷ “*Está prohibida la expulsión colectiva de extranjeros*”, Convención americana sobre derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de Noviembre de 1969. Accesible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana*”, 24 de Octubre de 2012. La sentencia señala: “154. Por lo tanto, en ejercicio de la facultad del Estado de establecer su política migratoria, debe tenerse plena observancia de la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros contenida en el artículo 22.9 de la Convención Americana, y de las consecuentes garantías intrínsecas a procesos de expulsión o deportación de extranjeros, en especial aquellas derivadas de los Derechos de debido proceso y la protección judicial”. Y Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas c. República Dominicana*”, 28 de Agosto de 2014, La Corte ratifica su jurisprudencia y dice: “348. ...las razias y las detenciones programadas y colectivas, que no se encuentran fundadas en la individualización de conductas punibles y que carecen de control judicial, son incompatibles con el respeto a los derecho fundamentales, entre otros, son contrarias a la presunción de inocencia, coartan indebidamente la libertad personal y transforman la detención preventiva en un mecanismo discriminatorio, por lo que el Estado no puede realizarlas, en circunstancia alguna”.

Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

IV. España y la migración

En el Estado español las prácticas de expulsiones colectivas o “devoluciones en calientes”, tiene su punto más alto en las fronteras de Ceuta y Melilla, dos enclaves españoles en territorio marroquí. Ambas fronteras están conformadas por muros y vallas que fueron construidas por autoridades españolas con la finalidad de impedir el ingreso de personas migrantes al país. Esta situación marca de forma clara la postura del país europeo en relación a la migración y centra sus políticas migratorias en el control, el rechazo bajo la excusa de seguridad nacional, criminalizando a las personas migrantes que intentan llegar a España por estas fronteras y en muchos casos realizando expulsiones colectivas. Pero estos no son los únicos puntos donde se realizan dichas prácticas, también existen islotes sujetos a soberanía española, donde se realizan los rechazos en frontera de quienes intentan llegar a territorio español, sin respetar ningún tipo de garantía procedimental internacionalmente reconocidas.

En el ordenamiento jurídico español, las denominadas “devoluciones en caliente”, no encontraban ningún amparo legal en las figuras que recoge la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de extranjeros en España y su integración social (LODYLE) y el Real Decreto 557/2011, por el que se aprueba su Reglamento (RLODYLE). Dichas normas se referían únicamente a la denegación de la entrada, la devolución, y la expulsión, siempre siguiendo un procedimiento con garantías. Así, se podía diferenciar entre las denegaciones de la entrada en frontera a quien solicita formalmente el acceso al país en un puesto fronterizo (Art. 25 LODYLE), las medidas de regreso obligatorio (Art. 60 LODYLE), la expulsión (Art. 53 LODYLE) y la devolución para aquellos que pretendan entrada ilegalmente en España (Art. 58.2 LODYLE). En todas estas medidas que están orientadas al alejamiento del extranjero del territorio español, la ley contempla una serie de garantías, incluso, en la devolución que es de

aplicación inmediata y con escasos trámites, no puede adoptarse sin trámite alguno (CORELLA, 2018: p.36).

Las “devoluciones en caliente” se han desarrollado de forma sistemática en las fronteras españolas, sobre todo en su frontera sur, desde la configuración de un concepto de frontera *ad hoc* que pretende justificarlas. La Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, en su disposición final primera estableció un régimen especial para Ceuta y Melilla, intentando la legalización de este tipo de prácticas.

Como se mencionó anteriormente, las prácticas de expulsiones colectivas y “devoluciones en caliente”, son políticas que afectan profundamente al Derecho Internacional y a Los Derechos Humanos, y en el caso particular de España chocan directamente con los parámetros establecidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, al vulnerar garantías de debido proceso, entre las que podemos mencionar el derecho a una asistencia jurídica, un análisis individualizado de la situación de cada migrante que pisa suelo español, el derecho a una decisión motivada y proporcional, y a recurrir una decisión administrativa y judicialmente. Así como la violación al derecho de solicitar asilo y por supuesto, al principio de no devolución.

V. Un cambio de paradigma: análisis de la sentencia del tribunal europeo de Derechos Humanos: *N.D. y N.T. c. España*.

En el año 2017 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a España por la expulsión colectiva de personas migrantes en la frontera con Marruecos⁹.

⁹ El día 13 de agosto los demandantes salieron del campamento del Monte Gurugú y trataron de entrar en España junto con un grupo de subsaharianos a través del puesto fronterizo de Melilla. Este puesto fronterizo se caracteriza por tres vallas consecutivas, las dos exteriores de 6 metros de altura y la interior de 3 metros de altura. Un sistema de cámaras de vigilancia por infrarrojos y sensores de movimiento fueron instalados. Los demandantes y otros inmigrantes treparon por la primera valla por la mañana. Dicen haber sido atacados mediante lanzamiento de piedras por parte de las Autoridades marroquíes. El primer demandante consiguió encaramarse a lo alto de la tercera valla y permaneció allí hasta por la tarde sin recibir ninguna asistencia médica o jurídica. El

El Tribunal considero que existió violación al artículo 4 del Protocolo número 4 de CEDH y el artículo 13 del dicho Convenio, al realizar la expulsión colectiva de un grupo de personas extranjeras en la frontera de Melilla en el año 2014, al no permitirles una individualización de sus situaciones particulares y por consiguiente el derecho a un recurso efectivo contra dicha situación.

El artículo 4 del Protocolo número 4 del CEDH establece que “quedan prohibidas la expulsiones colectivas de extranjeros”¹⁰, mientras que el artículo 13 del CEDH dispone que “toda persona cuyos derechos y libertades reconocidas en el presente Convenio hayan sido violadas tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante un instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”¹¹.

Estos dos artículos, así como también las circunstancias en que se desarrollaron los hechos y los informes aportados por las diferentes organizaciones internacionales, fueron analizados en conjunto por el TEDH a fin de llegar a una resolución.

Entre los documentos de análisis en el presente caso se utilizó una nota de prensa publicada el 16 de enero de 2015 tras la visita del Comisario DDHH a España (del 13 al 16 de enero de 2015) en la cual hace referencia que los Estados no deberían jamás derogar las garantías fundamentales en materia de derechos humanos, cualesquiera que sean las dificultades que la gestión de los flujos migratorios pueda plantear en ciertos contextos, y bajo esta orbita plantea:

Las migraciones son indiscutiblemente una cuestión compleja, que requieren una respuesta europea conjunta, pero esto no exonera a los Estados

segundo demandante dice haber sido alcanzado por una piedra cuando trepaba la primera valla y haber caído, pero consiguió después superar las dos primeras vallas. Entretanto, los demandantes habrían sido testigos de actos violentos cometidos por los agentes de la Guardia Civil española y por las fuerzas del orden marroquíes hacía inmigrantes subsaharianos. Hacía las 15 y las 14 horas, respectivamente, bajaron de la tercera valla con la ayuda de las fuerzas de seguridad españolas. En cuanto pusieron los pies en el suelo fueron detenidos por miembros de la Guardias Civil, quienes les esposaron y devolvieron a Marruecos. En ningún momento fueron objeto de procedimiento de identificación alguno. No tuvieron la posibilidad de exponer sus circunstancias personales ni de ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos”. TEDH, N. D. y N. T. contra España, cit., pág. 12

¹⁰ *Protocolo número 4 al Convenio para la Protección a los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.*

¹¹ *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, adoptado por el Convenio de Europa el 4 de Noviembre de 1950, entrada en vigor 1953. Accesible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

de sus obligaciones. España tiene ciertamente el derecho a establecer sus propias políticas inmigratorias y de control fronterizo, pero también debe respetar sus obligaciones en materia de derechos humanos, y en concreto aquellas que le conciernen con arreglo al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al Convenio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados.

Por otra parte, en su informe anual de actividades del año 2015 del Comisionado Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, el cual surge a partir de la visita del Comisionado a Melilla, se destaca:

Los retornos se realizan al margen de cualquier procedimiento legal y sin identificar a las personas afectadas ni evaluar sus circunstancias individuales, lo que impide a los inmigrantes ejercer su derecho a solicitar una protección internacional en España. Añade, que los inmigrantes devueltos de esa forma desde Melilla se ven impedidos de impugnar su rechazo o solicitar la reparación por los malos tratos que pudieron haber sufrido durante las operaciones de rechazo¹².

En muchas oportunidades, las expulsiones colectivas que se dan en frontera traen aparejada la devolución de las personas migrantes a un Estado del que no son nacionales, en clara violación al principio de no devolución, consagrado por el Derecho Internacional. Se observa con frecuencia que las prácticas que realizan particularmente los Estados europeos de recepción de personas migrantes, están dirigidas a la devolución inmediata de extranjeros a los países de tránsito, sin evaluar ciertas dimensiones que tienen importancia relevante en la protección de los derechos fundamentales de las personas migrantes, a saber:

- I. Si ese Estado que recibe a la persona expulsada lo reenviara a su país de origen.
- II. Si en dicho Estado se observaran las circunstancias personales que motivo la migración de dichas personas.
- III. Si ese Estado de tránsito, al que la persona migrante fue devuelto es un lugar donde podría sufrir tratos crueles, inhumanos, o degradantes.

¹² TEDH, sentencia, 12 de Septiembre de 2017, N.D. y N.T. contra España, Demandas nº 8675/15 y 8697/15, par. 41.

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas (ACNUDH), como parte interviniente en el caso analizado, alude:

*Que la prohibición de las expulsiones colectivas es una norma de derecho general internacional, inherente al derecho a un proceso equitativo, y que esta norma implica el derecho al examen individualizado por medio de un procedimiento que ofrezca garantías suficientes de la consideración real y diferenciada de las circunstancias individuales de las personas afectadas*¹³.

A su vez, en el informe del Comité para la prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos inhumanos o degradantes del Consejo de Europa (CPT) de 2015, realizado a partir de la visita de una delegación del mencionado comité a la frontera con Marruecos, específicamente en el enclave de Melilla, y el cual es materia de análisis en el caso presentado, se evidencia lo siguiente:

En lo referente al acceso a territorio español a través del dispositivo fronterizo, la delegación ha recibido denuncias coincidentes, confirmadas por imágenes de video, según las cuales los inmigrantes irregulares fueron detectados en el interior del dispositivo fronterizo o más allá del mismo por miembros de la Guardia Civil, y fueron seguidamente devueltos a la fuerza a Marruecos –a veces tras ser esposados- sin haber sido identificados. Varios ciudadanos extranjeros indicaron igualmente a la delegación haber sido detenidos por la Guardia Civil varios centenares de metros más allá de la frontera. En efecto, parece ser que el deber de la Guardia Civil incluye detener a los inmigrantes irregulares de camino al CETI de Melilla y devolverlos a Marruecos. Además, los ciudadanos extranjeros eran supuestamente devueltos a Marruecos pese a estar heridos o con serias dificultades para caminar.

Por otra parte, El CPT realiza las siguientes recomendaciones:

Recomienda que se den instrucciones claras a las fuerzas de seguridad españolas para que respeten plenamente el principio de no rechazo. Los inmigrantes que entran irregularmente en territorio español no deberían ser devueltos a la fuerza a Marruecos sin que se proceda previamente a una evaluación de aquellas personas que necesitan protección, que se analicen sus

¹³ TEDH, sentencia, 12 de Septiembre de 2017, N.D. y N.T. contra España, Demandas nº 8675/15 y 8697/15, par. 90,

necesidades y que se adopten las medidas necesarias. Además, recomienda que se adopten medidas para asegurar que la legislación nacional sigue siendo conforme con el principio de no rechazo¹⁴.

En cuanto a la postura del demandado, en este caso el Gobierno de España en el caso N.D. y N.T. c/ España, es clara, está direccionada a mantener una justificación de su accionar amparado en las facultades soberanas de cada Estado para legislar y actuar respecto al flujo migratorio. Sin embargo, El Comisario de DD.HH. en el informe presentado, sostiene con argumentos sólidos que ninguna política migratoria, sin importar el contexto coyuntural, puede vulnerar las garantías y derechos fundamentales necesarios en una sociedad democrática¹⁵.

El TEDH reafirma este sentido y considera que no es posible alegar la potestad soberana de los Estados en materia de políticas de inmigración para regular prácticas de control migratorio contrarias con El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos.

En su 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, la Oficina del Alto Comisionado

¹⁴ “Artículo 33. Prohibición de expulsión y de devolución (“refoulement”) 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner de modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causas 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”. *Convenio sobre el estatuto de los Refugiados*, adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), el 28 de julio de 1951 en Ginebra, Suiza, disponible en <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>. Si bien el principio de no devolución este enunciado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, hoy en día es una garantía de derechos humanos que ha trascendido la esfera del derecho internacional de los refugiados. Este principio está recogido en el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Accesible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>.

¹⁵ “Las migraciones son indiscutiblemente una cuestión compleja, que requiere una respuesta europea conjunta, pero esto no exonera a los Estados de sus obligaciones. España tiene ciertamente el derecho a establecer sus propias políticas inmigratorias y de control fronterizo, pero también debe respetar sus obligaciones en materia de derechos humanos y en concreto aquellas que conciernen con arreglo al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al Convenio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados”. TEDH, N.D. y N.T. contra España, cit., par. 42

de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) aborda el tema de la aplicación extraterritorial del principio de no devolución y establece que un análisis contextual del artículo 33 de la Convención de 1951, respalda la opinión de que el alcance *ratione loci* de la disposición de no devolución del artículo 33 (1) no está limitado al territorio de un Estado. Se ha adelantado la opinión de que el artículo 33 (2) de la Convención de 1951 –que permite excepciones al principio de no devolución únicamente con respecto a un refugiado que constituya un peligro para la seguridad o la comunidad del país en donde se encuentra– implica que el alcance del artículo 33 (1) también está limitado a las personas que se encuentran en el territorio del país de acogida. Sin embargo, en opinión del ACNUR esta perspectiva está en contradicción con la redacción clara del artículo 33 (1) y el 33 (2), respectivamente.

El sentido corriente de “devolver” incluye “regresar” o “volver, enviar al lugar de donde se partió”. La traducción de “*refouler*” al castellano incluye palabras como ‘rechazar’, ‘repeler’, ‘hacer regresar’. Es difícil concebir que esas palabras estén limitadas a los refugiados que ya han entrado al territorio de un Estado Contratante. 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 forma¹⁶.

Respecto a este tema el TEDH ya ha sentado precedente en el caso *Hirsi Jamaa c/ Italia*¹⁷, al sostener que desde el momento en que hay control sobre los demás, se trata en los casos de un control *de jure* ejercido por el Estado en cuestión sobre los individuos afectados. Este control al que hace referencia la sentencia contra Italia es aquel que se ejerce tanto en el interior del territorio del Estado como en sus fronteras terrestres.

¹⁶ 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. Accesible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf?vie>.

¹⁷ Los recurrentes, once ciudadanos somalíes y trece eritreos, formaban parte de un grupo de doscientas personas que, el 6 de mayo de 2009, habiéndose embarcado en Libia, con destino a las costas italianas, fueron interceptadas por la Guardia de Finanza y los guardacostas italianos a unas 35 millas náuticas al sur de la isla de militares italianos y entregados por la fuerza a las autoridades libias. Los recurrentes adujeron que durante la travesía, las autoridades italianas no les informaron que los reconducían a Libia ni procedieron a identificarlos, y, además, que les confiscaron sus afectos y documentos personales. *Hirsi Jamaa and others v. Italy*. 23/02/2012.

De esta forma, el TEDH ha extendido la noción de jurisdicción más allá de lo meramente territorial y ello conlleva un impacto en las obligaciones de los Estados hacia las personas y en la forma de concebir su organización política. Queda claro entonces que el requisito territorial de la jurisdicción admite excepciones cuando el Estado ejerce control y autoridad sobre una persona aun fuera de sus límites territoriales.

Algunas conclusiones que se pueden desplegar de esta primera sentencia son, en primer lugar, la potestad de los Estados para regular la migración en muchas ocasiones se torna arbitraria y desproporcional, sobrados son los plexos probatorios emanados de diferentes organismos internacionales que dan cuenta de un comportamiento violatorio de todas las garantías reconocida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sobre todo de los derechos de las personas migrantes. Por otra parte, el caso de España, amerita un análisis más profundo e individualizado, ya que en primer lugar, por su ubicación geográfica es la puerta de ingreso de muchos migrantes provenientes de diferentes lugares de África o Medio Oriente, quienes se encuentran en un estado de vulnerabilidad por su condición de migrantes pero que se ve aún más incrementado por las políticas represivas y violentas de las autoridades españolas que desde el año 2015, con la adopción de la L.O. 4/2015, ha reglamentado el régimen de rechazos en frontera de los inmigrantes que llegan a Ceuta y Melilla.

En Febrero de 2020, la Gran Sala del TEDH se pronunció nuevamente sobre el caso y en un giro, que a mi entender, atenta contra los derechos fundamentales de las personas migrantes y retrocede en materia de Derechos Humanos y Protección Internacional, desestimo la demanda de N.D. y N.T. c/ España en un marcado cambio de criterio respecto de la primer sentencia de Octubre de 2017. Este cambio de criterio puede marcar un retroceso en la lucha por la defensa de los derechos y garantías de los Derechos Humanos en los procesos de control de fronteras.

De todas formas, es un error pensar que este cambio de criterio legitime el rechazo en frontera o las “devoluciones en caliente”. Haciendo un análisis de esta segunda sentencia debemos decir que la misma tiene elementos

doctrinarios importantes, que marcan la diferencia entre un cambio de paradigma y la reglamentación o legitimación de este tipo de prácticas, a saber: la sentencia reconoce que los demandantes habían ingresado al territorio español y que estaban bajo jurisdicción española por lo que se debía aplicar el ordenamiento jurídico español y el de la Unión Europea. Así, con carácter general, las autoridades españolas no pueden pretender que quienes han saltado la valla sin pasar la línea de contención de las fuerzas no hayan entrado a España. Y no puede existir una norma que regule el rechazo en frontera sobre esa presuposición. En segundo lugar, El TEDH reconoce que todo procedimiento de expulsión, devolución, inadmisión de entrada o rechazo, debe respetar ciertas garantías mínimas: Identificar a la persona, conocer sus circunstancias personales, darles la posibilidad de solicitar protección y recurrir las decisiones que ordene su expulsión. Cuando se produce una expulsión colectiva o en grupo (como ya hemos mencionado no existe un número mínimo) es una violación al ordenamiento normativo europeo de DD.HH.

El aspecto más preocupante de este nuevo fallo es la postura que tomó el TEDH al desestimar la alegación de que se haya producido una expulsión colectiva por cuanto los demandantes no probaron la imposibilidad de acceder a la Oficina de Asilo y Refugio del puesto fronterizo de Beni Enzar, ni de solicitar asilo en la Embajada de España o en alguno de sus consulados. Pero este argumento no es del todo cierto y carece completamente del conocimiento de las situaciones que viven las personas migrantes en las diferentes fronteras europeas, en primer lugar porque las personas subsaharianas nunca han podido pasar los puertos de control fronterizo marroquíes para llegar a las Oficinas de Asilo y Refugio, y por otro lado no existen registros fehacientes de que este habilitada la posibilidad de solicitar Protección Internacional en la Embajada y/o consulados de España. La falta de una reglamentación que desarrolle la ley de asilo del 2009 vacía de contenido la previsión legal.

La Gran Sala, si bien desestima por unanimidad la objeción preliminar del Gobierno Español respecto a la ausencia de condición de víctima, examinanda por el TEDH desde el punto de vista de la determinación de los hechos y a su vez desestima también, por unanimidad, la excepción de competencia alegada

por el Gobierno, concederá en su resolución final que no ha habido vulneración del artículo 4 del Protocolo número 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como tampoco violación al artículo 13 de mismo Convenio¹⁸.

Con esta nueva sentencia, el TEDH si deja en claro que España estaba ejerciendo jurisdicción, no pudiéndose alegar una excepción de la misma aplicable en ciertas partes del territorio en las que pudiese excluirse la aplicación del CEDH¹⁹.

En cuanto a las expulsiones colectivas, la Gran Sala interpreta el término de “expulsión” de manera amplia independientemente de la situación de legalidad de la persona implicada²⁰. En cuanto a la colectividad de la expulsión, es importante destacar que la sentencia del Tribunal en línea, con su jurisprudencia, ha establecido que no es relevante el número de personas expulsadas sino el hecho de que no se haya podido acceder a una individualización de cada caso particular, salvo que ello sea atribuible a su conducta²¹.

En este caso, el TEDH consideró que los demandantes se opusieron y se colocaron ellos mismos en una conducta de ilegalidad al no utilizar las vías de acceso establecidas por ley. Lo que deja entrever que el Tribunal está dando una nueva interpretación al concepto de “conducta del interesado”²², esto resulta tener una gravedad importante, ya que todas las personas cuentan con ciertas garantías y Derechos Humanos básicos, vulnerar o limitar estos derechos fundamentales basándose en la conducta de las personas es contrario a cualquier Estado de Derecho.

El Tribunal apoya esta interpretación en su jurisprudencia establecidas por los casos *Khlaifa y otros contra Italia*²³, *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*²⁴, *M.A. contra Chipre*²⁵, *Berisha y Haljiti contra la Ex República Yugoslava de*

¹⁸ TEDH, sentencia de La Gran Sala 2020, N.D. y N.T. contra España.

¹⁹ TEDH, sentencia de La Gran Sala 2020, N.D. y N.T. contra España, pár. 105-111.

²⁰ TEDH, sentencia de La Gran Sala 2020, N.D. y N.T. contra España, pár. 185.

²¹ TEDH, sentencia de La Gran Sala, 2020 N.D. y N.T. contra España, pár. 200.

²² TEDH, sentencia de La Gran Sala, 2020 N.D. y N.T. contra España, pár. 231.

²³ TEDH, sentencia 15 de Diciembre de 2016, Khalifa y otros contra Italia. Demanda n° 16483/12.

²⁴ TEDH, sentencia 23 de Febrero de 2012, Hirsi Jamaa y otros contra Italia. Demanda n° 27765/09.

²⁵ TEDH, sentencia 23 de Julio de 2013, M.A. contra Chipre. Demanda n° 41872/10, pár. 245.

*Macedonia*²⁶, y *Dirtsas contra Italia*²⁷. En estas sentencias ya se había establecido “que no hay violación del artículo 4 del Protocolo número 4 si la falta de una decisión de expulsión individualizada puede atribuirse a la conducta del solicitante”.

En cuanto a las “vías legales”, el TEDH combina la argumentación de la “conducta del interesado” con el uso de la fuerza y el número elevado de personas que intentan acceder, y con la opción de realizar un ingreso de manera regular. Es así como el Tribunal sentencia que los demandantes no fueron capaces de argumentar porque no habían intentado acceder a España por vías legales, es decir, solicitado un visado en su país de origen, en los países de tránsito, o incluso en Marruecos, o pidiendo asilo en los consulados o embajadas. Está claro y demostrado que estas opciones en la práctica no son efectivas ni realistas. La posibilidad de que se conceda asilo en una embajada o consulados son mínimas, o nulas, el artículo 38 de la Ley de Asilo que regula esta opción, no está activo en la actualidad. Por otra parte según los datos del Ministerio de Interior de España, durante el año 2018, solo 0,6% de las solicitudes de asilo fueron presentadas en representaciones diplomáticas españolas y únicamente en la modalidad de extensión familiar o reunificación familiar.

En los consulados de Marruecos tampoco existe esa posibilidad, y por otro lado hay que sumarle la problemáticas de las personas subsaharianas en dicho país que son perseguidas y discriminadas por parte de las autoridades alauíes. La situación de violencia indiscriminada que sufren las personas subsaharianas en Marruecos es de notorio conocimiento y ha quedado documentada en más de una oportunidad por las diferentes ONG'S que tienen actividad en la zona y por declaraciones de terceros. Tanto España como La Unión Europea llevan colaborando con Marruecos desde hace más de una década en materia migratoria y el país africano se ha convertido en un socio clave en cuestiones de control y externalización de fronteras.

²⁶ TEDH, sentencia 16 de Junio de 2005, *Berisha y Haljiti contra la Ex República Yugoslava de Macedonia*. Demanda n°18670/03, pár. 2.

²⁷ TEDH, sentencia 1 de Febrero del 2011, *Dirtsas contra Italia*. Demanda n° 2344/02.

Podemos llegar a la conclusión de que es preocupante y contrario al Principio de No Devolución y al Derecho de Asilo, el hecho de que la sentencia este estableciendo que se permita expulsar de manera sumaria a aquellas personas como consecuencia de “su propia conducta” y que no utilicen los procedimientos oficiales de entrada, quedando por lo tanto por fuera de la protección y el Amparo que ofrece el CEDH.

El CEDH es una garantía “de mínimos”, y en base a su artículo 53, ninguna de sus disposiciones se puede interpretar limitando o perjudicando aquellos Derechos Humanos y libertades fundamentales reconocidas en la legislación de los Estados Partes o en cualquier otro convenio.

Algunas reflexiones finales:

- Por ser violatoria de Derechos Humanos e institucionales, sería necesario derogar la disposición decima de la Ley de Extranjería²⁸ que regula el “rechazo en frontera” y poner fin a las prácticas de devoluciones ilegales y contrarias a numerosos Tratados Internacionales ratificados por España y muchos países de La Unión Europea como La Convención de Ginebra de 1951, La Convención Contra la Tortura, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁹, La Carta de Derechos Fundamentales de La UE y la propia Convención Europea de Derechos Humanos.
- Toda práctica que no garantice la individualización de cada persona y su derecho a ser escuchado, así como su derecho a la asistencia letrada, un intérprete, y al control judicial efectivo, es ilegal y contrario a la protección internacional.
- Poner la responsabilidad sobre los migrantes, sin entender su situación de vulnerabilidad, es criminalizar a un sector desprotegido y legitimar prácticas violentas y contrarias a los derechos humanos.

²⁸ “Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal a España”... “Las solicitudes de protección internacional se formalizaran en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitaran conforme lo establecido en la normativa en materia de protección internacional”.

²⁹ Accesible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

- Facilitar la posibilidad de solicitar el traslado a territorio español en consulados y embajadas españolas, esto sería una medida positiva que podría contribuir a evitar situaciones de riesgos en las fronteras y desprotección a las que se ven sometidas muchas personas tratando de acceder a territorios seguros. También ayudaría a la implementación del Pacto Mundial de Refugiados³⁰ que incluye como uno de sus objetivos el reparto de responsabilidades de tal manera que se alivie la presión que sufren en materia de acogida los países limítrofes a los conflictos.
- Establecer otras vías complementarias a acceso a territorio sería de gran utilidad, como por ejemplo:
 - Facilitar la concesión de visados humanitarios.
 - Reforzar la vida de reasentamiento.
 - Flexibilización de reagrupación familiar³¹.
 - Una mayor y mejor integración intrarregional y regional.

El cumplimiento de estas vías alternativas estaría contribuyendo con el Pacto Global de Refugiados y con el Pacto sobre Migración, un acuerdo histórico donde se sientan las bases para una migración segura, ordenada y regular.

VI. El principio de no devolución en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En el Sistema Interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en numerosas oportunidades en relación del alcance y aplicación del principio de no devolución como una herramienta de protección de las personas migrantes.

En el caso "*Familia Pacheco Tineo v. Bolivia*", La Corte entendió que en el Sistema Interamericano el principio de no devolución es más amplio en su sentido y alcance, y en virtud de la complementariedad que opera en la aplicación de Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional

³⁰ *Pacto Mundial sobre los Refugiados*. Aprobado por La Asamblea General de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 2018.

³¹ Informe Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CAER), Análisis de la Sentencia N.D. y N.T. contra España. 2020.

de los DD.HH.³². La prohibición de devolución constituye a la vez la piedra angular de la Protección Internacional de las personas refugiadas o asiladas, y de las personas solicitantes de asilo. Este principio también constituye una forma consuetudinaria de Derecho Internacional y se ve reforzado en el Sistema Interamericano con el reconocimiento del derecho a buscar y recibir asilo³³.

De esta forma las personas en dicha situación están protegidas contra las devoluciones, como modalidad específica de Asilo bajo el Art. 22.8 de La Convención, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el Estado de que se trate y como un componente integral de la protección internacional de los refugiados, bajo la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, en cuyo artículo 33.1 establece que: “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner de modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o libertad peligre por causas de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o a sus opiniones políticas”³⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dice que las personas no podrán ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones. Antes de realizar una devolución, los Estados deben asegurarse que la persona que solicita asilo se encuentra legitimada para acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país de donde se lo estaría expulsando. Por otro lado, establece la Corte que los Estados también tienen la obligación de no devolver o expulsar a una persona que solicita asilo, donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución o bien a uno desde donde el cual

³² Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 151.

³³ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 151.

³⁴ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 152.

puedan ser retornado al país donde sufren dichos riesgos (devolución indirecta)³⁵.

El principio de no devolución, piedra angular de la protección Internacional, está consagrado en el artículo 13, párrafo 4to, de La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura³⁶, dicho artículo fue analizado conjuntamente con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los derechos consagrado en sus artículos 4 (derecho a la vida) y 5 (derecho a la integridad personal), así como también en relación con el Artículo 1.1 de dicha Convención por la Corte para determinar el alcance de las obligaciones del Estado frente a una solicitud de extradición en el caso Wong Ho Wing contra Perú. De las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre³⁷.

Haciendo énfasis en el derecho a la integridad personal, la Corte había hecho mención anteriormente que del artículo quinto de la Convención Americana, analizado en conjunto con las obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección de los Derechos Humanos, se desprende el deber de los Estados de no deportar, devolver, expulsar, extraditar o remover a una persona que este sujetos a su jurisdicción a otro Estado o a un tercer Estado que no sea seguro, cuando exista presunción fundada para creer que estaría en peligro de ser sometida a torturas, o tratos crueles, inhumanos o degradantes³⁸.

La Corte es clara cuando nos dice que el Principio de No Devolución tal como se encuentra regulado en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura está asociado a la protección del derecho a la vida y de

³⁵ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, pár. 153.

³⁶ “No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente”. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo 13, pár.4.

³⁷ Corte IDH, caso Wong Ho Wing v. Perú, (Fondo) Sentencia 30/07/2015, pár. 125.

³⁸ Corte IDH, caso Wong Ho Wing v. Perú, (Fondo) Sentencia 30/07/2015, pár. 125.

determinada garantías judiciales, de modo tal que no se limita únicamente a la protección contra la tortura. Es imperativo, dice la Corte, que los Estados tomen medidas positivas al respecto y en situaciones en las cuales la persona se encuentre frente a un riesgo de tortura el principio de no devolución es absoluto³⁹.

Cuando se dé la circunstancias en que alguna persona alegue ante un Estado un riesgo real en caso de devolución, las autoridades competentes de dicho Estado deberán, al menos, entrevistar a la persona, realizar una evaluación previa e individualizar sus circunstancias personales, dándole la debida oportunidad de exponer las razones que asistan en contra de la devolución, a efecto de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión⁴⁰.

En el ordenamiento jurídico del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos el principio de no devolución se encuentra de manera implícita tanto en La Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 22.6, 22.8 y 22.9, como así también en el Convenio Internacional para Prevenir y Sancionar la Tortura, como vimos anteriormente en su artículo 13.

La Convención establece en su artículo 22:

(6) *“El extranjero que se halle legalmente en territorio de un Estado Parte de la presente Convención, solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una disposición adoptada conforme ley”.*

(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”.*

(9) *“Está prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”.*

Por su parte, el Artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 nos habla exclusivamente de la prohibición de expulsión y de devolución (*“refoulement”*) y su alcance:

“1. Ningún Estado Contratante podrá por expulsión o devolución poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su

³⁹ Corte IDH, caso Wong Ho Wing v. Perú, (Fondo) Sentencia 30/07/2015, pág. 128.

⁴⁰ Corte IDH, caso Wong Ho Wing v. Perú, (Fondo) Sentencia 30/07/2015, pág. 130.

libertad peligren 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 peligro para la seguridad del país donde se encuentre o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituye una amenaza para la comunidad de tal país⁴¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, haciendo referencia a la Declaración del 2001 de los Estados Partes de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, ha establecido que el principio de no devolución constituye una norma consuetudinaria de Derecho Internacional.

En la Opinión Consultiva 21/14 sobre “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional” (OC 21/14), La Corte planteó que solo es posible asegurar la Protección Internacional admitiendo a un potencial solicitante del estatuto de refugiado en un país seguro, garantizándole el derecho a buscar y recibir asilo y el respeto del principio de no devolución.

Así, el Tribunal Interamericano ha llegado a la conclusión de que los refugiados son protegidos contra la devolución tanto como un componente del propio derecho a buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana⁴² y a partir del artículo 22.8 como extranjero al no poder ser expulsado o devuelto a otro país.

La Corte Interamericana ha considerado inclusive que el estatuto de refugiado protege a la persona más allá de sus fronteras, de modo que otros Estados en los que ingrese deben tomar en cuenta tal condición al momento de adoptar cualquier medida de carácter migratorio a su respecto, y por ende, garantizar un deber de precaución especial en la certificación de tal condición y en las medidas que puedan adoptar.

⁴¹ Convención sobre Estatuto de los Refugiados, suscrita en Ginebra, Suiza el 28/07/1951.

⁴² Convención Americana de Derechos Humanos.

El derecho a la no devolución implica que ni los refugiados ni aquellas personas solicitantes del reconocimiento de dicho estatuto pueden ser rechazados en frontera o expulsados sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones, como lo ha determinado El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), las personas nunca deben ser devueltas o expulsadas estando aún pendiente la determinación final de su estatuto (efecto suspensivo).

La Corte se expresó al respecto y estableció:

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

VII. Formas complementarias de protección y la no devolución de personas extranjeras en general.

El término “protección complementaria” ha emergido en la última década como resultado de la necesidad de atender la situación de aquellas personas que no pueden ser consideradas como refugiados, pero que si presentan la necesidad de algún tipo de Protección Internacional.

La Corte Interamericana ha definido a la “protección complementaria” como toda protección que la entidad autorizada en el país de acogida otorga al extranjero que no tiene regularidad migratoria y que no califica como refugiado bajo la definición tradicional o la amplia, consiste principalmente en no devolverlo al territorio de otro país donde su vida, libertad, seguridad e integridad se vieran amenazadas.

La Opinión Consultiva 21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dice expresamente que “...la prohibición de devolución establecido en

el artículo 22.8 de la Convención ofrece una protección complementaria para extranjeros que no son solicitantes de asilo o refugiados en casos en que sus derechos a la vida o libertad se encuentran amenazados por los motivos enlistados”.

De esta forma, podemos considerar a la protección complementaria como un mecanismo con el cual el Estado reconoce la situación de la persona, identifica su riesgo y tiene conocimiento de sus necesidades.

Esta protección se encuentra también especificada en legislaciones internas de diferentes Estados, como son el caso de México y Nicaragua.

VIII. No devolución y debido proceso.

Otro punto importante a tener en cuenta es el debido proceso en todas las medidas migratorias que se tomen en relación a la permanencia de una persona migrante en un Estado. La Corte Interamericana ha considerado en sus procedimientos que la flagrante violación a las garantías mínimas de debido proceso en procedimientos de expulsión, deportación o en procedimientos para determinar el estatuto de refugiado puede acarrear, a su vez, la violación del principio de no devolución.

En este sentido, según el Tribunal: *“Cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado deberán, al menos, entrevistar a la persona, dándole la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en contra de la devolución y realizar una evaluación previa o preliminar a efectos de determinar si existe o no ese riesgo y de constatarse, no debería ser devuelto a su país de origen o donde exista el riesgo, en el caso de niños y niñas se impone también determinar su interés superior en los términos previamente expuestos”.*

En el informe *Refugiados y Migrantes en EE.UU.: Familia y Niñez No Acompañada*, La Comisión Interamericana planteo la exigencia de que Los Estados no devuelvan a personas en riesgo de persecución al país en el cual pueden ser perseguidos y garantizar que las políticas estatales ofrezcan mecanismos suficientes para identificar este tipo de reclamos y hacer las

determinaciones administrativas y judiciales pertinentes con las correspondientes garantías de debido proceso.

Todo procedimiento judicial o administrativo que pueda afectar los derechos de una persona debe seguir un camino conforme las garantías del debido proceso, de esta forma se le brinda a la persona afectada la posibilidad de defenderse adecuadamente de cualquier acto emanado del Estado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en su artículo 8, consagra los lineamientos generales del debido proceso legal al reconocer a toda persona el derecho: a) a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley; b) a que se presuma su inocencia; c) de ser asistido gratuitamente por traductor o intérprete; d) a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada; e) a la concesión del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; f) de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; g) de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, si no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; h) de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; i) de no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y j) de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior⁴³.

Tanto la Corte Interamericana de Derecho Humanos, como la Comisión, han sido enfáticas al señalar que las garantías antes mencionadas son aplicables a toda situación en la que se determinen los derechos de las personas, entre las cuales se encuentran las migrantes, independientemente de su situación migratoria y estatus.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó, organizó, sistematizó y enumeró todas las garantías procesales, las cuales fueron plasmadas en su informe sobre los estándares interamericanos en el caso de

⁴³ Artículo 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1969.

movilidad humana, aprobado en 2015⁴⁴. Allí quedó establecido que todos los procesos migratorios deben contar con las siguientes garantías procesales mínimas:

1. Derecho a recibir una comunicación previa y detallada del procedimiento para la determinación de su situación jurídica y, en caso de que la persona sea detenida o retenida, a ser informada de las razones de su detención y notificada sin demora del cargo o cargos formulados en su contra. La CIDH ha entendido que el hecho de que un migrante no sea notificado acerca de la existencia de un procedimiento administrativo en su contra, podría conllevar la violación de las garantías del debido proceso.
2. En caso de ser retenida, la persona tiene derecho a ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad. Al respecto, la CIDH considero que “debe comparecer personalmente ante la autoridad competente, la cual debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que este proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de la liberta”⁴⁵.
3. Derecho a ser oído sin demora, a contar con un tiempo razonable y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a reunirse libremente y en forma privada con su defensor. La CIDH entiende que el derecho de argumentar en contra de una orden de deportación, es incluso anterior al derecho a la revisión del caso, por ello, la persona debe contar con la oportunidad de reunir evidencia u otros materiales para fundar su caso ante la autoridad que lo ha privado de su libertad, o al inicio del procedimiento.
4. Derecho a que los procedimientos migratorios sean llevados por una autoridad competente en la materia, independiente e imparcial. Las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios policiales o administrativos no especializados; su nombramiento y

⁴⁴ CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, párr. 307 y308.

⁴⁵ Corte IDH. Caso Vélez Loor v. Panamá, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 23 de Octubre del 2010, párr. 109.

ubicación en la estructura administrativa del Estado deben estar rodeados de garantías de imparcialidad y ser inmunes a posibles presiones e influencias, y su actuación debe ajustarse de manera estricta a la ley. La Corte determinó que “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccionales, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”.

5. Derecho a un traductor y/o intérprete libre de cargos. Deben ofrecerse servicios de traducción e interpretación en el idioma que la persona entienda.
6. Derecho a representación letrada o legal. Debe garantizarse al migrante inmerso en un proceso migratorio, la posibilidad de ser representado por abogados de su elección o tener a su disposición alguna forma de asesoría especializada sobre los derechos que asisten al migrante. La Corte ha señalado que el derecho a las garantías y a la protección judicial, se vulnera por la negativa a la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de los migrantes, lo cual impide que hagan valer sus derechos en juicio.
7. Derecho a que la decisión que se adopte sea debidamente motivada. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra [...] Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”. Para eso deben demostrar que “han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado”⁴⁶.
8. Derecho a ser notificado de la decisión que se adopte en el marco del procedimiento. La falta de notificación es en sí misma violatoria del

⁴⁶ Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela (Fondo, Reparaciones, Costas), sentencia del 01/09/2011. Serie C N° 233, párr. 141.

artículo 8 de la Convención América sobre Derechos Humanos, ya que coloca a la persona en un estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica y torna impracticable el ejercicio del derecho a recurrir el fallo sancionatorio.

9. Derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos. La revisión por parte de un juez o un tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan los derechos fundamentales. Sin embargo, a efectos de la eficacia del derecho a recurrir y la correspondiente protección judicial, es necesario que el recurso judicial mediante el cual se impugna una decisión en materia migratoria tenga efectos suspensivos. Solo de esa forma se puede proteger de manera efectiva los derechos de las personas migrantes.
10. Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular. Las personas extranjeras tienen derecho, en las causas penales, y administrativas a comunicarse sin dilación alguna con su representante consular conforme lo establecido con el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. De acuerdo con la interpretación de la Corte, la notificación consular debe darse en el momento en que el migrante es privado de su libertad, y en todo caso, antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad competente⁴⁷.

IX. Respecto a las expulsiones colectivas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Respecto de las expulsiones colectivas de personas extranjeras, la Corte Interamericana ha tenido una postura alineada con el Sistema Europeo, al considerar que el carácter “colectivo” de una expulsión implica una decisión que no desarrolla un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero, y por ende recae en arbitrariedad.

⁴⁷ Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, OC-16/99 del 1/10/1999. Serie A, N° 16, párr. 106.

La Corte ha aclarado que el solo número de extranjeros objeto de decisiones de expulsión no es el criterio fundamental para la caracterización de una expulsión colectiva, sino más bien que el proceso que resulta de la expulsión o deportación de un extranjero tenga un carácter individual con el fin de evaluar circunstancias personales de cada sujeto, a fin de cumplir con la prohibición de expulsión colectiva.

Por otra parte, la Corte señala, haciendo eco de lo manifestado por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos que: “El procedimiento de expulsión de un grupo de no ciudadanos debe apoyarse en suficientes garantías que demuestren que las circunstancias personales de cada uno de esos no ciudadanos afectados han sido genuinas e individualmente tenidas en cuenta”.

La Comisión Interamericana se ha referido también al tema, y ha manifestado que la política de inmigración debe otorgar a los extranjeros legales el derecho jurídico a no ser deportados sin una decisión firme respaldada por ley y en consecuencia debe prohibir la expulsión colectiva de extranjeros, independientemente de su estatuto jurídico. Ha señalado asimismo que los Estados deben tomar acciones necesarias a efectos de cesar las expulsiones masivas de extranjeros y en caso de procederse a la deportación de personas que se encontrasen en el territorio, garantizar plenamente los requisitos del debido proceso.

X. Excepciones al principio de no devolución.

Las excepciones al principio de no devolución de conformidad con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza en 1951, se permite solo en circunstancias que expresamente prevé el artículo 33 (2) de dicho Convenio, el cual estipula:

“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”.

Las disposiciones del artículo 33 inciso 2 no afectan las obligaciones de no devolución del país de acogida en virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que no permiten excepción. Así, al país de acogida se le prohíbe expulsar a un refugiado si como resultado de esto se lo expusiera, por ejemplo, a un peligro importante de tortura. Esta afirmación del ACNUR pone de relieve la naturaleza de dicho principio ya que más allá del artículo 33 (1) y (2) de la Convención de 1951, las obligaciones de no devolución derivan también del artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, así como del Derecho Internacional general.

Esto fue declarado así por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Saadi c/Italia”. El solicitante, un nacional tunecino condenado por rebeldía en Túnez a 20 años de prisión por pertenencia a una organización terrorista. El solicitante también había sido condenado por conspiración en Italia, por asociación con malhechores. El TEDH considero que las posibilidades de que el solicitante pudiera suponer una amenaza grave para la sociedad no reducía, en ningún caso, el riesgo de que pudiera sufrir daños en caso de expulsión. Por otra parte, en informes fiables sobre derechos humanos se registraban condiciones desfavorables y malos tratos a los presos en Túnez y en particular a los condenados por delitos de terrorismo. Las garantías diplomáticas aportadas en este asunto no negaban dicho riesgo. Por lo tanto, El TEDH considero 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 Túnez⁴⁸.

En el caso de Saadi contra Italia, es menester analizar el interés del Reino Unido, el cual se remonta al revés sufrido por dicho país en el asunto *Chahal c. Reino Unido*⁴⁹, en el que el TEDH reitera el carácter absoluto del artículo 3 de la Convención de Roma. Desde dicha sentencia, emitida en 1996, el Reino Unido

⁴⁸ TEDH. Sentencia del 28-02-2018, Saadi c. Italia, 37201/06.

⁴⁹ *Vid.* Chahal v. the United Kingdom, 11 November 1996, Reports of Judgements and Decisions, 1996-V.

ha luchado por cambiar la interpretación jurisprudencial del artículo 3, introduciendo en la valoración del riesgo de tortura la seguridad nacional: en el asunto *Chahal c. Reino Unido*, dicho país ya fue condenado en aplicación del artículo 3 de la CEDH y ello puede suponer un incremento notable de las peticiones de asilo en Gran Bretaña, utilizadas de forma interesada por presuntos terroristas, según Gran Bretaña, por lo que solicita una relectura de la interpretación que el TEDH debería dar al artículo 3 de la Convención de Roma al menos en casos de terrorismo.

XI. Aplicación extraterritorial al principio de no devolución.

En cuanto a la aplicabilidad extraterritorial del principio de no devolución, es ACNUR, quien señala:

“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 riesgo de persecución u otro daño grave, que aplica siempre que un Estado ejerce jurisdicción, incluyendo en las fronteras, en alta mar o en territorio de otro Estado”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvo ocasión de pronunciarse al respecto de dicha cuestión, en el caso de devolución a Haití de personas interceptadas en alta mar por buques de guardacostas de Los Estados Unidos de América, la Corte Suprema de ese país determinó en esa ocasión que el artículo 33 (1) de la Convención de 1951 es aplicable únicamente a la persona que se encuentra dentro del territorio de los Estados Unidos.

Esta cuestión fue negada y condenada por la Comisión en su dictamen, estableciendo que el artículo 33 de la Convención de 1951 no reconoce limitación geográfica alguna. 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.

Se concluye así que los Estados están obligados a no devolver a ninguna persona sobre la que ejerzan jurisdicción al peligro de daño irreparable. Al

determinar si están en discusión las obligaciones de derechos humanos de un Estado con respecto a una determinada persona, el criterio decisivo no es si la persona se encuentra en el territorio nacional del Estado, sino, si esa persona está sujeta o no a la efectiva autoridad y control del Estado.

La Comisión Interamericana se ha pronunciado en el mismo sentido de la decisión sobre *Coard y otros c. Estados Unidos* afirmado que: “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 solo será congruente sino requerido por las normas pertinente”⁵⁰.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Isaa y otros c. Turquía* menciona:

“Un Estado puede ser responsabilizado por violaciones de 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 que el artículo 1 del Convenio no puede interpretarse de forma que permita a un Estado Parte violaciones al Convenio en el territorio de otro Estado, que no podría en su propio territorio”⁵¹.

XII. Conclusiones

El fenómeno de la migración transfronteriza se acelera y está en constante crecimiento. En los últimos años la migración ha crecido exponencialmente y la causa nunca es solo una, ya sea por la búsqueda de mejores condiciones laborales, por cuestiones climáticas, para escapar de la discriminación, la violencia o de situaciones extremas como puede ser una guerra, el fenómeno

⁵⁰ Comisión IDH. Informe N° 109/99. Caso 10.951. *Coard y Otros c. Estados Unidos*, 29 DE Septiembre de 1999.

⁵¹ TEDH. 16 de Noviembre del 2004. *Isaa y otro c. Turquía*.

migratorio nos demuestra que nadie está exento de la necesidad de cruzar las fronteras de su país de origen en búsqueda de nuevas y mejores condiciones de vida.

Por este motivo es de suma importancia familiarizarse y reconocer aquellas normativas que regulan los flujos migratorios transfronterizos, partiendo de una perspectiva de derechos humanos y haciendo hincapié en las personas que deciden migrar a otros países, y cómo sus derechos muchas veces se ven confrontados con el Derecho de los Estados Soberanos a recibirlos o a expulsarlos bajo el manto de la discrecionalidad soberana.

Entre los principios relevantes que rigen el derecho migratorio que los Estados deben respetar, se encuentra el derecho a no devolución, que prohíbe a los Estados no admitir o expulsar al extranjero en riesgo en su país natal o expulsarlo a un tercer Estado donde no se respeten las garantías del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este tiene una aplicación matizada según el carácter o categoría de quien emigra. Así, para efecto del presente trabajo, distinguimos, asilados, apátridas, y refugiados, donde el principio se aplica plenamente en este último estatus migratorio.

Respecto a las normas que rigen dicho principio, encontramos que el derecho blando o *soft law*, como la ACNUR, goza de tanto o más prestigio que el derecho positivo o *hard law*.

Como todo, en los convenios internacionales, el principio de no devolución es la piedra angular del Acuerdo de Refugiados de 1951, y su extensión del protocolo de 1967, ambos convenios son de larga data, lo que nos indica la necesidad de una revisión que se adapte al actual flujo migratorio.

Más aun, teniendo en cuenta las estadísticas proporcionadas por ACNUR del año 2019, en su informe indica que hubieron 79,5 millones de personas desplazadas en el mundo a finales del año 2019, de las cuales 26 millones son refugiados, y 45,7 millones son solicitantes de asilo. Esto no indica que aproximadamente el 1% de la población mundial es desplazada.

Por otra parte, el 80% de las personas desplazadas en el mundo se encuentra en países o territorios afectados por grave inseguridad alimentaria y malnutrición, un factor que agrava aún más esta problemática.

Los datos de acogida en los diferentes países indican que el 73% de las personas vive en países vecinos a su país de origen, y que el 68% de los desplazados proviene de solo 5 países (Siria, Venezuela, Afganistán, Sudan del Sur, y Myanmar).

Estos números se mantienen en alza, más aun con los nuevos retos que una Pandemia como la que está atravesando el mundo genera, por tal motivo es necesario, a mi entender, fortalecer y crear nuevos mecanismos de protección que sumados a los existentes permitan una rápida y eficaz integración de las personas que día a día se ven forzadas a dejar sus países por cuestiones, en la mayoría de los casos, ajenas a su voluntad, obligándolos a cruzar desiertos, mares, o ciudades en guerra con la única finalidad de tener una vida más digna.

En el presente trabajo, se trató de mostrar el vínculo entre los conceptos de asilado, refugiado y migrante, en relación con la no devolución, y el caso de la protección que se debe brindar a estas personas. Es así que debemos tener en claro que esta protección engloba cualquier riesgo a la vida, integridad y libertad de una persona, y que la misma no diferencia si la persona es documentada o no, es decir, si es regular o irregular, en el estado en que se busca esta protección.

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

La responsabilidad de los Estados debe estar puesta en realizar un análisis del fenómeno migratorio de forma global, haciendo énfasis en los sectores más vulnerables por sus situaciones socio-económicas, que es una de las principales causas del éxodo migratorio, pero entendiendo que ninguna persona está exenta de verse inmersa en la necesidad de migrar de su país de origen por las razones que fueren. Es por eso que la sociedad en su conjunto también debe tener un pensamiento crítico y tomar un papel primordial y una postura receptiva y empática para con las personas migrantes, entendiendo a la migración como un derecho humano, del que todos somos adjudicatarios y del

cual todos deberíamos poder disfrutar sin discriminación, diferencia o estigmatización.

XIII. Bibliografía

ALFONSÍN, Q. *Naturaleza del derecho de asilo diplomático*. Buenos Aires: La Ley, tomo 83. Argentina.

ARENDRT, H. (2006). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza.

BATUECAS, JUAN M. (2010). *La expulsión de extranjeros en la legislación Española*. Alicante: Editorial Club Universitario.

CEPAL. *Tendencias y rasgos salientes de la migración internacional en América Latina y el Caribe*. Accesible en: http://www.conapo.gob.mx/work/models/CONAPO/migracion_internacional/migint_desarrollo/02.pdf.

— (2001). “Migración internacional en América Latina y el Caribe: Nuevas tendencias, nuevos enfoques conceptuales”. Santiago de Chile.

CORELLA, A (2017). *Contra la normalización de la ilegalidad: La protección judiciales los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones en caliente*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, Número 36.

DE LUCAS, J. (2002). *La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración*. Isegoría, N°22, pp. 59-84.

— (2015). *Mediterráneo: El naufragio de Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch.

DEL TORO HUERTA, M. I. (2006). *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*, *Anuario Mexicano de Derecho*

Internacional. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen VI, pp. 513-549.

DIEZ DE VELASCO M. (2000). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Editorial Tecnos.

DOMENECH, E. (comp.) (2009). *Migración y política: el Estado interrogado. Procesos actuales en Argentina y Sudamérica*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.

FERNÁNDEZ ARRIBAS, G. (2007). *Asilo y refugio en la Unión Europea*. Granada: Editorial Comares.

GARCÍA AMADOR, F. V. (comp.) (1981). *Sistema Interamericano: a través de los tratados, convenciones y otros documentos*, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos. Washington: Secretaría General de la OEA, Volumen I.

GIULIANO, M. (1974). *Diritto Internazionale*. Milán: Editorial Giuffrè, Volumen II, pp.: 348- 350.

GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A. *El derecho de asilo en el sistema jurídico internacional*. En Temas selectos de Derecho Internacional (4ª ed.). México: UNAM. Accesible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/831/27.pdf>.

GUTERRES, A. (2020), *El COVID-19 es una oportunidad para redefinir los desplazamientos humanos*. Informe sobre los efectos del Covid-19 en refugiados, desplazados y migrantes. Accesible en: <https://www.un.org/es/coronavirus/articulos/efectos-covid-19-en-refugiados-desplazados-migrantes>

MARTINEZ ESCAMILLA, M. (2020), *Las «devoluciones en caliente» tras la sentencia de la Gran Sala TEDH, de 13 febrero 2020 (N.T. y N.D. vs España)*. Revista jueces para la democracia: Información y debate, pp. 61-71.

WEBER, M. (1964). *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. España: Fondo de Cultura Económica.

PORTES A. (2009). *Migración y cambio social: Algunas reflexiones conceptuales*. Revista Española de Sociología. Nº12, pp. 9-37

RONDANINI A. *El Derecho a Solicitar Asilo*. En GORDILLO A.A. (2007) *Derechos Humanos* (6ª ed.). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, pp. XXX-1 a XXX-13.

CASTLES, S., (2003). *La Política Internacional de la Migración Forzada*". *Migración y desarrollo*, Número 1, pp. 74-90.

TORPEY, J. (2000). *The invention of passport. Surveillance, citizenship and the state*. Cambridge: Cambridge University Press.

TORRES GIGENA, C. (1960). *Asilo diplomático. Su práctica y teoría*. Buenos Aires: La Ley.

Seguí las actividades

del Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH en:

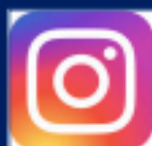
www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/



CentrodeExcelenciaIRDH



@centro_dh



centrodeexcelenciajmbairdh



Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH