

# Nada mejor que estar en casa: las obligaciones de los Estados en relación con las transferencias de personas

**Emanuela-Chiara Gillard\***

Emanuela-Chiara Gillard es jefa de la Sección de Protección de Civiles en Conflictos Armados, Sector de Desarrollo y Estudio de Políticas de la Oficina de las Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios.

## Resumen

*Este artículo explica las obligaciones de los Estados en relación con la transferencia de personas conforme al derecho internacional y examina los elementos clave del principio de no devolución, incluida su aplicación cuando las personas son transferidas de un Estado a otro dentro del territorio de un mismo Estado; los riesgos que dan lugar a la aplicación del principio; los elementos procesales importantes y los efectos del principio en las obligaciones de los Estados respecto de las seguridades diplomáticas.*

\*\*\*

En los últimos años, a raíz de las operaciones de detención de las fuerzas multinacionales en Irak y en Afganistán, así como de las actividades de los Estados contra el terrorismo, los tribunales nacionales, los organismos internacionales de vigilancia de los derechos humanos y los profesionales del ámbito humanitario han comenzado a prestar mayor atención a las obligaciones de los Estados en relación con la transferencia de personas que tienen en su poder y, en particular, a la aplicación de lo que a menudo suele llamarse el principio de no devolución.

\* Al momento de redactar este artículo, la autora era asesora jurídica en la División Jurídica del CICR. Este artículo refleja las opiniones de la autora y no necesariamente las del CICR o las de la Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios.

El principio de no devolución, que impide a los Estados transferir a personas que están bajo su control a otro Estado si existe un riesgo real de que esa persona pueda sufrir violaciones de algunos derechos fundamentales, es el pilar del derecho de los refugiados. Halla su expresión, además, con ciertas variaciones en cuanto al contenido y al alcance, en los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario. Tradicionalmente, suelen reclamar su protección los solicitantes de asilo o las personas que van a ser extraditadas o deportadas. Sin embargo, no hay motivo para que su aplicación se limite a esas situaciones, ya que las cuestiones y las obligaciones de protección de los Estados con un control efectivo sobre las personas pueden surgir en muchas otras situaciones (en realidad, cada vez que un Estado asume el control efectivo sobre una persona).

El derecho de la fuerza multinacional en Irak a detener personas está establecido en la resolución 1546 de 2004 del Consejo de Seguridad<sup>1</sup>, mientras que el marco jurídico que regula la privación de libertad está definido en varios documentos de la Autoridad Provisional de la Coalición que siguen teniendo vigencia hoy<sup>2</sup>. Una dimensión que no se aborda expresamente en esos instrumentos es cómo los Estados que forman la fuerza multinacional en Irak deberían aplicar sus obligaciones relativas al principio de no devolución respecto de las personas que tienen en su poder. Esta es una preocupación de peso en Irak, cuando las personas detenidas por la fuerza multinacional son transferidas a las autoridades iraquíes para otra detención donde pueden correr el riesgo de sufrir malos tratos o de ser sometidas a procesos penales conducentes a la imposición de la pena de muerte. Esta cuestión recibió una abundante cobertura por parte de la prensa cuando se transfirió y posteriormente se ejecutó al ex presidente iraquí Sadam Husein y a otros miembros de alto rango de su régimen. Sigue siendo motivo de preocupación para los miles de iraquíes que están en poder de la fuerza multinacional en Irak hoy.

Pero no sólo preocupan, por lo que respecta a la protección, las transferencias para otro período de detención. Habida cuenta de la situación que prevalece en Irak, también se debe considerar la liberación de detenidos en un contexto donde pueden correr riesgos graves a manos de grupos armados no relacionados con el Estado o de la opinión pública. Esto podría ser particularmente problemático para miembros importantes del ex régimen baathista, miembros de Mujahedin el-Khalq residentes en el campamento Ashraf, cuyo control asumió la fuerza multinacional en 2003<sup>3</sup>, y nacionales de terceros países, que corren riesgos tanto si son liberados en Irak como, en algunos casos, si son transferidos a su Estado de nacionalidad.

Algunos de estos mismos problemas en relación con las transferencias de detenidos a las autoridades locales existen también en Afganistán. Al momento de

1 Res. CS 1546, 8 de junio de 2004.

2 En particular, el Memorando de la Autoridad Provisional de la Coalición, N° 3 (revisado), Procedimientos penales, 27 de junio de 2004, y la Orden de la Autoridad Provisional de la Coalición N° 99, Comité Conjunto de Detenidos, 27 de junio de 2004. El presente artículo no aborda la observancia, en estos instrumentos, de las obligaciones que imponen el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos a los Estados que forman la fuerza multinacional en Irak.

3 Sobre los Mujahedin el-Khalq, v., por ej., [www.fas.org/irp/world/para/mek.htm](http://www.fas.org/irp/world/para/mek.htm) (consultado en enero de 2008).

redactar este artículo, la responsabilidad de Canadá en este sentido, que es uno de los participantes de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad conducida por la OTAN (ISAF, por la sigla en inglés) era examinado por el Tribunal Federal de Canadá<sup>4</sup>. Las operaciones de detención de la ISAF también plantean la cuestión de la aplicación del principio de no devolución a las transferencias de detenidos entre diferentes miembros de la ISAF, incluso cuando existe el riesgo de que las personas sean transferidas en última instancia a las autoridades afganas o fuera de Afganistán.

Hasta hace poco, las inspecciones del centro de detención en la bahía de Guantánamo se concentraban en el trato, las condiciones de detención y el acceso a los mecanismos de revisión del internamiento. Sin embargo, otra preocupación de muchos de los detenidos es su posible repatriación, cuando podrían estar expuestos a riesgos de malos tratos<sup>5</sup>. Surgen preocupaciones similares en relación con los acuerdos bilaterales para la deportación de personas concertados por el Reino Unido con varios Estados, incluidos Jordania, Libia y Líbano, tras los atentados de Londres en julio de 2005<sup>6</sup>.

Con este telón de fondo, el presente artículo revisa los elementos clave del principio de no devolución. Muchos aspectos de este principio están bien establecidos y son sencillos. Prestaremos mayor atención a los elementos que se han analizado menos o que son particularmente pertinentes a las obligaciones de los Estados en las situaciones que acabamos de mencionar. Esos elementos son:

- la aplicación del principio en situaciones donde las personas son transferidas de la autoridad de un Estado a la de otro dentro del territorio del mismo Estado, sea de las fuerzas multinacionales a las autoridades locales o entre diferentes contingentes de esas fuerzas;
- los diferentes riesgos que dan lugar a la aplicación del principio; la causa de ese riesgo, cuestión particularmente pertinente cuando las personas son liberadas y no transferidas para proseguir la detención;

4 Tribunal Federal de Canadá, *Amnesty International Canada v. Canada (National Defence)*, 2007 FC 1147, 5 de noviembre de 2007.

5 V., por ej., el caso de siete nacionales rusos repatriados de Guantánamo en 2004 descrito en Human Rights Watch, *The 'Stamp of Guantánamo' – The Story of Seven Men Betrayed by Russia's Diplomatic Assurances to the United States*, marzo de 2007.

6 Memorandum of Understanding between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Hashemite Kingdom of Jordan Regulating the Provision of Undertakings in Respect of Specified Persons Prior to Deportation, firmado el 10 de agosto de 2005, <http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/jordan-mou> (consultado en enero de 2009); Memorandum of Understanding between the General People's Committee for Foreign Liaison and International Cooperation of the Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya and the Foreign and Commonwealth Office of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland Concerning the Provision of Assurances in Respect of Persons Subject to Deportation, firmado el 18 de octubre de 2005, <http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/libya-mou> (consultado en enero de 2009); y Memorandum of Understanding between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Lebanese Republic Concerning the Provision of Assurances in Respect of Persons Subject to Deportation, firmado el 23 de diciembre de 2005, <http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/lebanonmou> (consultado en enero de 2009).

- la dimensión procesal del principio, que es fundamental para su aplicación en la práctica; y
- el efecto sobre las obligaciones de los Estados en cuanto a las seguridades que pueden haber obtenido del Estado receptor.

En este artículo, se examinan las obligaciones de los Estados en relación con las transferencias de personas en el derecho internacional: el derecho de los refugiados, el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario. Si bien es poco probable que la mayoría de las personas detenidas en las situaciones descritas reciban la protección del derecho de los refugiados —el primer, aunque de ningún modo el único, obstáculo sería que se encuentran en su Estado de nacionalidad—, lo mencionamos para dar un panorama completo y porque es pertinente para el pequeño aunque significativo número de nacionales de terceros países retenidos por las fuerzas multinacionales en Irak y en Afganistán, así como para todos los detenidos en Guantánamo.

Algunas de las situaciones a las que nos referimos en este artículo son contextos de conflicto armado donde las fuerzas estatales están actuando extraterritorialmente. Esto plantea cuestiones como cuál es el marco jurídico aplicable y determinar incluso si el derecho de los derechos humanos se aplica en tiempo de conflicto armado; la interacción entre el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en esas circunstancias<sup>7</sup>, y la medida de la aplicación extraterritorial del derecho de los derechos humanos<sup>8</sup>. Estas son cuestiones complejas que a menudo han sido planteadas en los debates periódicos entre Estados y organismos de vigilancia de los derechos humanos a los que nos referiremos en este artículo, así como en los procesos ante tribunales nacionales. El análisis de estas cuestiones nos llevaría fuera del objeto de este artículo, que supone, sobre la base de jurisprudencia reciente y consistente: en primer lugar, la aplicación concomitante y complementa-

7 V., por ej., “The interplay between international humanitarian law and human rights in situations of armed conflict”, *Israel Law Review*, vol. 40 (2) (2007), p. 310, y las correspondientes referencias.

8 El Comité de Derechos Humanos confirmó la aplicación extraterritorial del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en la Observación General 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 26 de mayo de 2004, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 10, así como en sus Observaciones finales sobre el segundo y el tercer informe periódicos de Estados Unidos, en 2006, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Estados Unidos de América, 18 de diciembre de 2006, Doc. ONU CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, párr. 10. Para los argumentos de Estados Unidos, v. *inter alia*, Comité de Derechos Humanos, Consideración de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto, tercer informe periódico de los Estados Partes en 2003, Estados Unidos de América, 28 de noviembre de 2005, Doc. ONU CCPR/C/USA/3, párrs. 129-30 y su Anexo I. V. también Comité contra la Tortura, Observación general N° 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, 23 de noviembre de 2007, Doc. ONU CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4, párrs. 7 y 16, sobre la aplicación extraterritorial de la Convención contra la tortura. Para un análisis exhaustivo de la aplicación extraterritorial de los derechos humanos, v. Frans Coomans y Menno Kamminga (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, 2004. V. también las decisiones recientes al respecto de la Corte Internacional de Justicia, en la Opinión consultiva del 9 de julio de 2004 *sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, ICJ Reports 2004, pp.178-81, párrs. 107-13; y en el Caso sobre las actividades armadas en el territorio del Congo (*Democratic Republic of the Congo v. Uganda*), 3 de febrero de 2006, párrs. 215-20; cf. [www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=1&code=co&case=116&k=51](http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=1&code=co&case=116&k=51) (consultado el 16 de octubre de 2008).

ria de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en tiempo de conflicto armado; y en segundo lugar, que en situaciones donde los Estados actúan extraterritorialmente y están en condiciones de transferir personas y, por lo tanto, se aplica el principio de no devolución, esos Estados están ejerciendo el nivel exigido de control efectivo sobre esas personas como para que se apliquen extraterritorialmente sus obligaciones de derechos humanos<sup>9</sup>.

La mayoría de las cuestiones jurídicas planteadas por las transferencias de personas efectuadas por los Estados tienen una respuesta clara. Lamentablemente, no puede decirse lo mismo de las soluciones prácticas que pueden hallarse para las personas cuya transferencia está excluida. Si bien está claro que esa solución no debe violar otros derechos —por ejemplo, no puede ser una detención por tiempo indeterminado—, deben pensarse soluciones alternativas aceptables. Su naturaleza precisa deberá variar conforme al contexto. En relación con Guantánamo, en algunos casos en que las personas no fueron transferidas conforme a las seguridades diplomáticas, el enfoque preferido parece haber sido la transferencia a un tercer Estado deseoso de aceptar a las personas en cuestión. Como demuestra el caso de los uighures transferidos a Albania, de ningún modo se trata de una tarea fácil<sup>10</sup>. Además, ese enfoque obviamente no es adecuado para situaciones como las de Irak y Afganistán, donde cientos, si no miles, de personas están detenidas y posiblemente corran riesgos si son transferidas a las autoridades locales. Si bien el riesgo de que se les imponga la pena de muerte puede evitarse solicitando garantías, y algunas de las deficiencias de los procesos penales que podrían conducir a su imposición podrían solucionarse, es necesario adoptar un enfoque diferente a fin de eliminar las razones que subyacen al riesgo de malos tratos. Los Estados que participan de las operaciones multinacionales deberán prestar mayor atención a esta cuestión y abordarla en sus procedimientos operativos habituales. Sea cual sea, la solución adoptada en cada contexto no debe privar a las personas del derecho a que un organismo independiente revise, en forma individualizada, si sus temores son fundados o no.

## Bases jurídicas del principio

El principio de no devolución es el pilar del derecho de los refugiados. Además, es un principio reconocido por el derecho de los derechos humanos, sobre todo como componente de la prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, inhu-

9 Esta es, por ejemplo, la opinión expresada recientemente por el Comité contra la Tortura en su revisión de los informes periódicos del Reino Unido y de Estados Unidos, Comité Contra la Tortura, Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los territorios dependientes, Doc. ONU CAT/C/CR/33/3, 10 de diciembre de 2004, párr. 4(b); y Comité contra la Tortura, Conclusiones y Recomendaciones: Estados Unidos de América, Doc. ONU CAT/C/USA/CO/2, 25 de julio de 2006, párrs. 15 y 20. Para los argumentos de Estados Unidos, v. Respuesta de Estados Unidos al Comité contra la Tortura, lista de temas para considerar durante el examen del segundo informe periódico de Estados Unidos de América, pp. 33-37.

10 Tim Golden, "Chinese leave Guantánamo for Albanian limbo", *New York Times*, 10 de junio de 2007. V. también los esfuerzos de Estados Unidos en enero de 2009 respecto de otros reclusos Meraiah Foley y Mark McDonald, "Australia and Britain signal reluctance to take Guantánamo", *International Herald Tribune*, 2 de enero de 2009.

manos o degradantes, y por el derecho internacional humanitario. El contenido y el alcance del derecho varían levemente en función de si se lo invoca como un principio del derecho de los refugiados, el derecho de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario.

### *El principio de no devolución como principio del derecho de los refugiados*<sup>11</sup>

Posiblemente, la expresión más conocida del principio de no devolución se halla en el artículo 33(1) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, donde se dispone lo siguiente:

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

El principio de no devolución que figura en la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África es levemente más amplio por lo que respecta a su ámbito y refleja la definición de refugiados más extensa que adoptó ese instrumento a fin de incluir a las personas que huyen, entre otras cosas, de los conflictos armados<sup>12</sup>.

### *El principio de no devolución como principio del derecho de los derechos humanos*

El principio de no devolución también es un principio del derecho de los derechos humanos. La prohibición de la devolución puede ser explícita, puede ser un derecho autónomo o puede ser un componente implícito de otros derechos. Se hace referencia explícita a la no devolución en, por ejemplo, el artículo 22(8) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe los traslados que pueden poner en peligro la vida o la libertad de las personas, y en el artículo 16(1) de la Convención Internacional de 2006 para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que prohíbe los traslados que pueden exponer a las personas al riesgo de ser víctimas de desaparición forzada.

La no devolución también forma parte de la prohibición de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Algunos tratados de derechos humanos

11 Para un análisis exhaustivo del principio de no devolución como un principio del derecho de los refugiados, v. Elihu Lauterpacht y Daniel Bethlehem, ‘The scope and content of the principle of non-refoulement: opinion’, en Erika Feller, Volker Türk y Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

12 Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. 1969, art. II(3). El principio también figura en el art. III(I) de los Principios no vinculantes de 1966 sobre el trato debido a los refugiados adoptados por el Comité Consultivo en materia jurídica de Asia y África, y en la Sección III(5) de la Declaración de Cartagena sobre refugiados adoptada por el ‘Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios’, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

lo enuncian expresamente, como el artículo 3(1) de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que dispone lo siguiente:

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

Además de esas prohibiciones explícitas, los organismos de vigilancia de los derechos humanos han adoptado la postura de que un Estado estaría infringiendo sus obligaciones si actuara de modo tal que, como consecuencia de su acción, alguna persona quedaría expuesta al riesgo de sufrir los malos tratos proscritos por el instrumento de derechos humanos que corresponda<sup>13</sup>. Esa postura es una manifestación del principio según el cual un Estado puede infringir sus obligaciones en virtud del derecho de los derechos humanos no sólo por sus propios actos, sino también si, a sabiendas, coloca a una persona en una situación donde es probable que sus derechos sean violados por otro Estado. El Comité de Derechos Humanos ha expresado este concepto basándose en la obligación de los Estados de respetar y de garantizar los derechos consagrados en el Pacto a todas las personas que estén bajo su control<sup>14</sup>.

De conformidad con esa visión, recurrentemente se ha interpretado que la prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes incluye la prohibición de transferir a una persona a una situación donde puede ser objeto de esos tratos<sup>15</sup>. Lo mismo fue afirmado en, por ejemplo, la Observación general 20 del Comité de Derechos Humanos, de 1992, que establece lo siguiente:

“Los Estados Partes [en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución”<sup>16</sup>.

13 V., por ej., Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Saadi v. Italy*, Solicitud N.º 37201/106, fallo del 28 de febrero de 2008, párr. 126.

14 V. Observación general 31, Comité de Derechos Humanos, nota 7 *supra*, párr. 12. La Observación general refleja la posición que recurrentemente se ha adoptado en la jurisprudencia del Comité. V., por ej., sus opiniones en *Joseph Kindler v. Canada*, Comunicación N.º 470/1991, opiniones del Comité de Derechos Humanos del 18 de noviembre de 1993, párr. 6.2.

15 Según Theo van Boven, ex relator especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura, “el principio de no devolución es inherente al carácter absoluto e imperativo de la prohibición de la tortura y otras formas de malos tratos”, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. ONU A/59/324, 1 de septiembre de 2004, párr. 28.

16 Comité de Derechos Humanos, Observación general 20, que reemplaza la Observación general 7 sobre la prohibición de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.1, 28 de julio de 1994, párr. 9. El Comité de Derechos Humanos ha adoptado recurrentemente la misma opinión en su jurisprudencia. V., por ej., *Chitat Ng v. Canada*, Comunicación N.º 469/1991, opiniones del Comité de Derechos Humanos del 7 de enero de 1994.

En 2004, el Comité de Derechos Humanos reafirmó esa opinión en la Observación general 31, donde sostuvo, *inter alia*, lo siguiente:

“La obligación del artículo 2 que exige que los Estados Partes respeten y garanticen los derechos del Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y a todas las personas sujetas a su jurisdicción entraña la obligación de no extraditar, deportar, expulsar o retirar de otro modo a una persona de su territorio, cuando hay razones de peso para creer que existe un riesgo real de provocar un daño irreparable, como el contemplado por los artículos 6 y 7 del Pacto, sea en el país al que se va a trasladar a la persona o en cualquier otro país al que la persona sea posteriormente trasladada”<sup>17</sup>.

En 2006, Estados Unidos puso en entredicho esta posición ya establecida, durante el examen de su segundo y tercer informes periódicos ante el Comité de Derechos Humanos. Estados Unidos sostuvo que, a diferencia del artículo 3 de la Convención contra la tortura, el artículo 7 del Pacto no impone una obligación de no devolución. En su opinión, se trata en cambio de una nueva obligación, no contenida en la redacción de la disposición, pero supuestamente impuesta por el Comité en su Observación general 20, por la que Estados Unidos no se considera vinculado<sup>18</sup>. Tras extensos debates sobre este tema durante el examen del informe, en sus Observaciones finales, el Comité de Derechos Humanos recomendó que Estados Unidos revisara su posición de conformidad con las Observaciones generales 20 y 31<sup>19</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha interpretado invariablemente que la prohibición de la tortura y de otras formas de malos tratos contenida en el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos impone una prohibición de devolución a una situación donde se corre el riesgo de sufrir esos tratos<sup>20</sup>.

### *El principio de no devolución como principio del derecho internacional humanitario*

El principio de no devolución también aparece explícitamente en el derecho internacional humanitario. El artículo 45(4) del IV Convenio de Ginebra establece lo siguiente:

“En ningún caso se podrá transferir a una persona protegida a un país donde pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas”.

17 Observación general 31, Comité de Derechos Humanos, nota 8 *supra*, párr. 12.

18 Respuesta de Estados Unidos a la lista de temas seleccionados en relación con el examen de los informes periódicos 2º y 3º de Estados Unidos de América, sin fecha, pp. 16-18, disponible en [www.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/AdvanceDocs/USA-writtenreplies.pdf](http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/AdvanceDocs/USA-writtenreplies.pdf) (consultado en octubre de 2008).

19 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Estados Unidos de América, nota 8 *supra*, párr. 16.

20 El Tribunal abordó por primera vez el tema en *Soering v. The United Kingdom*, 7 de julio de 1989, Serie A, Nº 69, párr. 91. Este enfoque ha sido sostenido en gran parte de la jurisprudencia posterior. V., *inter alia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cruz Varas and Others v. Sweden*, 20 de marzo de 1991, Serie A, Nº 201, p. 28, párrs. 69-70 y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, 30 de octubre de 1991, Serie A, Nº 215, p. 34, párrs. 102-103.



También es de importancia el artículo 12 del III Convenio de Ginebra, que reza así:

“Los prisioneros de guerra no pueden ser transferidos por la Potencia detenedora más que a otra Potencia que sea Parte en el Convenio y cuando la Potencia detenedora se haya cerciorado de que la otra Potencia desea y puede aplicar el Convenio”.

Si bien el artículo 12 no se refiere expresamente a la no devolución, su objetivo subyacente es el mismo: asegurarse de que los prisioneros de guerra no sean transferidos a un Estado que no podrá tratarlos conforme al III Convenio de Ginebra. En realidad, esta disposición otorga a los prisioneros de guerra una mayor protección que la que normalmente les confiere el principio de no devolución. En general, el principio impide los traslados si el riesgo que se puede correr es tortura u otras formas de malos tratos, o persecución; sin embargo, el artículo 12 prohíbe los traslados si no puede asegurarse alguno de los derechos y las protecciones previstos en el III Convenio de Ginebra<sup>21</sup>. Esta disposición está reflejada en el artículo 45(3) del IV Convenio de Ginebra en favor de los extranjeros en el territorio de una parte en un conflicto armado internacional.

Adicionalmente, para interpretar las prohibiciones de la tortura, los tratos crueles o inhumanos, y los atentados contra la dignidad personal, que figuran en el derecho internacional humanitario se debería buscar orientación en la jurisprudencia de los organismos de vigilancia de los derechos humanos, de tal modo de incluir una prohibición de trasladar a personas que corren un riesgo real de sufrir un trato de ese tipo. Tal posición es particularmente valiosa en situaciones de conflictos armados no internacionales, ya que ni el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra ni el Protocolo adicional II tienen que abordar específicamente casos de transferencias de personas. De todos modos, ambos instrumentos prohíben la tortura.

### *La no devolución y la extradición*

La extradición no es sino uno de los posibles mecanismos para realizar la transferencia de una persona del control de un Estado al de otro, y está bien establecido que el principio de no devolución también se aplica en relación con esas formas de transferencias.

Las normas de derechos humanos que acabamos de mencionar se aplican a las extradiciones. Algunas disposiciones, como por ejemplo el mencionado artículo 3(1) de la Convención de 1984 contra la tortura, mencionan expresamente la extradición como

21 Sobre la relación entre el art. 12 y el art. 118 del III Convenio de Ginebra, que exige que las potencias detenedoras liberen y repatrien a los prisioneros de guerra sin demora apenas terminadas las hostilidades, v. el Comentario de ese Convenio. Allí se explica que los prisioneros de guerra tienen el derecho inalienable a ser repatriados y que “no puede hacerse excepción alguna a esta norma, a menos que haya razones de peso para temer que un prisionero de guerra que se opone a ser repatriado pueda, después de la repatriación, ser objeto de medidas injustas que afecten su vida o su libertad, especialmente por motivos vinculados a la raza, la clase social, la religión o las opiniones políticas, y que, por consiguiente, la repatriación sería contraria a los principios generales del derecho internacional para la protección del ser humano. Cada caso debe examinarse en forma individual”. Jean Pictet (ed.), *Commentary III Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*, 1960, p. 546.

una forma de transferencia a la que se aplica el principio de no devolución<sup>22</sup>. Análogamente, la jurisprudencia según la cual la prohibición de la tortura y de otras formas de malos tratos excluye la devolución a una situación donde la persona corre el riesgo de recibir un trato de esa índole también se aplica a la extradición; en realidad, el caso emblemático que se presentó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el caso Soering, relativo a una solicitud de extradición.

La obligación de observar el principio de no devolución también halla expresión en convenios multinacionales que establecen criterios para las extradiciones, como la Convención Interamericana sobre Extradición<sup>23</sup>. Numerosas convenciones de las Naciones Unidas y de nivel regional para la prevención y la eliminación del terrorismo también contienen disposiciones que apuntan a evitar las devoluciones<sup>24</sup>.

## Qué está prohibido

El principio de no devolución prohíbe a un Estado transferir a una persona de la manera que sea a otro Estado si existe un riesgo real de que algunos de sus derechos fundamentales sean infringidos. La descripción formal de la manera en que la persona es transferida es irrelevante. La prohibición se aplica a toda forma de retorno, expulsión o rechazo, donde sea que ocurra (en la frontera, en alta mar, en una zona internacionalizada), así como a la deportación y la extradición, es decir a cualquier acto por el cual el control efectivo sobre un individuo pasa de un Estado a otro<sup>25</sup>.

22 V. también art. 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Observación general I del Comité contra la Tortura, Observación general sobre la aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención, 21 de noviembre de 1997, Doc. ONU A/53/44, Anexo IX, párr. 2.

23 El art. 4(5) de la Convención excluye la extradición “cuando de las circunstancias del caso pueda inferirse que media propósito persecutorio por consideraciones de raza, religión o nacionalidad, o que la situación de la persona corra el riesgo de verse agravada por alguno de tales motivos”. V. también el art. 3(2) del Convenio Europeo de Extradición.

24 Estas convenciones actúan penalizando algunas actividades y exigen a los Estados Partes enjuiciar o extraditar a las personas sospechosas de haber cometido esos crímenes. Reconociendo el riesgo de malos tratos o de persecución que pueden correr las personas cuya extradición se pide, las convenciones expresamente prevén la no aplicación de la obligación de extraditar en esos casos. V., por ej., el art. 9(1) de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes.

Con respecto a la no devolución en el derecho de los refugiados y la extradición, en 1980 el Comité Ejecutivo del ACNUR adoptó una Conclusión que, *inter alia*, instó a los Estados a asegurar que se tomara debidamente en cuenta el principio de no devolución en tratados relativos a la extradición y, según correspondiera, en las legislaciones nacionales sobre la materia. Además, expresó la esperanza de que se prestara debida atención al principio de no devolución en la aplicación de los tratados existentes relativos a la extradición. Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusión 17 (XXXI), 1980, Problemas de extradición que afectan a los refugiados, párrs. (d) y (e).

25 Para los Estados miembros del Consejo de Europa, el principio de que un Estado no debe, por sus acciones, colocar a las personas en una situación donde corran el riesgo de sufrir tortura u otras formas de malos tratos ha sido reafirmado de manera exhaustiva en una Directiva del Consejo de Europa sobre la asistencia en caso de tránsito a los fines del traslado de personas por vía aérea. La Directiva dispone que el tránsito por vía aérea no debería ser solicitado ni concedido si la persona en cuestión está ante la amenaza de sufrir tortura u otras formas de malos tratos, persecución o pena de muerte en el país de destino o en un país de tránsito. De modo que la Directiva impone obligaciones de no devolución al Estado por cuyos aeropuertos transitan las personas trasladadas y que no han tenido participación en las decisiones de trasladarlas. Directiva del Consejo 2003/110/EU del 25 de noviembre de 2003 sobre la asistencia en caso de tránsito a los fines del traslado de personas por vía aérea, OJ L, 321, 6.12.2003, p. 26.

Si bien suele sostenerse que la no devolución prohíbe el retorno —es decir, la transferencia de una persona al Estado de su nacionalidad—, ese principio en realidad excluye la transferencia de una persona a cualquier Estado donde pueda correr riesgos.

También se ha interpretado que excluye la transferencia de una persona a un Estado desde el cual luego puede ser enviada a un territorio donde estaría en riesgo, lo que suele llamarse “devolución secundaria”<sup>26</sup>.

Las operaciones recientes de las fuerzas multinacionales en Irak y en Afganistán, donde esas fuerzas han detenido a personas con la intención de transferirlas luego a las autoridades locales, han planteado cuestiones no resueltas aún relativas al alcance del principio. ¿El principio de no devolución se aplica también a las transferencias de personas de las autoridades de un Estado a las de otro *dentro del territorio de un mismo Estado*? ¿Se aplica a las transferencias de personas entre diferentes contingentes de las fuerzas multinacionales que operan en el territorio del mismo Estado?

Ninguna de las disposiciones convencionales que acabamos de mencionar aborda expresamente estas cuestiones. Se podría interpretar que las expresiones empleadas en algunas de ellas exigen que la transferencia se realice entre Estados; por ejemplo, el artículo 22(8) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos habla de “ser expulsado o devuelto *a otro país*” (el subrayado es nuestro). Pero esa expresión no alcanza per se para excluir la posibilidad de que el principio de no devolución se aplique a esas transferencias. Los trabajos preparatorios de los tratados mencionados revelan que los redactores no habían considerado la cuestión, de modo que no debería interpretarse que la excluyeron por las expresiones que eligieron. Además, otros tratados —como, por ejemplo, el artículo 3(1) de la Convención contra la Tortura— se refieren a las transferencias a “otro Estado”, lo que implica que no se hace hincapié en el aspecto territorial, sino en la transferencia de una autoridad a otra.

Más fundamentalmente, el objetivo del principio de no devolución es impedir que un Estado transfiera una persona a otro Estado si existe el riesgo de que algunos de sus derechos fundamentales sean violados. Son irrelevantes la geografía y la “mecánica” de la transferencia. Lo que importa es el cambio en el control efectivo sobre una persona de un Estado a otro. Respaldan esta opinión las expresiones extremadamente amplias empleadas en los instrumentos para

26 V., por ej., la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *T.I. v. The United Kingdom*, Solicitud Nº 43844/98, Decisión sobre la admisibilidad, 7 de marzo de 2000, p. 15. V. también Comité contra la Tortura, Observación general 1, que *inter alia* sostiene lo siguiente: “El Comité opina que la expresión “otro Estado”, que figura en el artículo 3 [de la Convención contra la Tortura], puede entenderse referida al Estado al cual se expulsa, devuelve o extradita a la persona afectada”. Comité de la ONU contra la Tortura, Observación general 1, nota 22 *supra*, párr. 2. V. también UNHCR EXCOM Conclusión Nº 58 (XL), 1989, Problem of refugees and asylum-seekers who move in an irregular manner from a country in which they had already found protection, párr. f(i).

hacer referencia a la forma de la transferencia<sup>27</sup>. Además, las decisiones de los órganos de vigilancia de los derechos humanos y las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos se concentran en la transferencia a un “Estado” y no a un “país” o a un “territorio”<sup>28</sup>.

Esta dimensión del principio fue abordada específicamente por el Comité contra la Tortura en su examen del cuarto informe periódico del Reino Unido. El Comité planteó explícitamente la cuestión de la aplicación de la Convención contra la Tortura a las transferencias de personas bajo el control efectivo del Reino Unido en Afganistán o Irak a las autoridades locales o a otros Estados, en particular Estados que tenían fuerzas militares en el contexto en cuestión<sup>29</sup>.

En su respuesta, el Reino Unido negó la aplicación de la Convención a esas transferencias con el argumento de que su participación en las operaciones de detención apuntaba simplemente a ayudar a las autoridades afganas o iraquíes a aplicar la jurisdicción local y que no declaraba jurisdicción separada sobre las personas en su poder<sup>30</sup>.

En sus conclusiones y recomendaciones, el Comité expresó su preocupación por la aceptación limitada por parte del Reino Unido de la aplicabilidad de la Convención a los actos de sus fuerzas en el extranjero y recomendó que aplicara los artículos 2 (obligación de tomar medidas para prevenir la tortura) y 3 (no devolución) de la Convención, cuando correspondiera, a las transferencias de

27 Por ej., el art. 33(1) de la Convención sobre refugiados establece que “no se podrá poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de un territorio...”. Respecto de la prohibición que figura en este instrumento, Lauterpacht y Bethlehem señalan: “... debe observarse que el término empleado es “territorios” en oposición a “países” o “Estados”. Lo que esto implica es que el estatuto jurídico del lugar al que puede ser enviado el individuo no es material. Lo que importa es si se trata de un lugar donde la persona estaría en peligro. Esto también tiene un significado más amplio, en la medida en que supone que el principio de no devolución se aplicará también en circunstancias en que el solicitante de asilo o de refugio está dentro de su país de origen pero se encuentra bajo la protección de otro Estado contratante. *Esta situación puede darse, por ejemplo, en circunstancias en las que un solicitante de refugio o de asilo se refugia en una misión diplomática de otro Estado o se encuentra bajo la protección de las fuerzas armadas de otro Estado que participa en una misión de mantenimiento de la paz o que cumple alguna otra función en el país de origen. En principio, en tales circunstancias, el Estado protector estará sujeto a la prohibición de no devolver a la persona al territorio donde estaría en peligro*”. (Lauterpacht y Bethlehem, nota 11, *supra*, párr. 114, el subrayado es nuestro).

28 V., por ej., el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Chahal*, donde se refirió a la prohibición de transferir personas a “otro Estado”. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Chahal v. The United Kingdom*, Solicitud N° 22414/93, fallo del 15 de noviembre de 1996, párr. 80. Análogamente, en su resolución sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 2005, la Comisión de Derechos Humanos instó a “los Estados a que no procedan a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que dicha persona correría el peligro de ser sometida a torturas”, Comisión de la ONU de Derechos Humanos, Resolución 2005/39, 19 de abril de 2005, párr. 5 (el subrayado es nuestro). En resoluciones de años anteriores, se emplearon expresiones similares, sobre la base del art. 3(1) de la Convención contra la Tortura.

29 Comité contra la Tortura, 33° período de sesiones, Lista de Temas, Doc. ONU CAT/C/33/L/GBR, 15-26 de noviembre de 2004, párr. 25.

30 Respuesta del Reino Unido a las cuestiones planteadas por el Comité de la ONU contra la Tortura para su discusión en el 33° período de sesiones del Comité en noviembre de 2004, párr. 222. Documento en poder de la autora.

detenidos en su custodia a la de otro Estado, sea *de facto* o *de jure*<sup>31</sup>.

La misma cuestión de la aplicación del principio de no devolución al traslado de personas a las autoridades locales en Afganistán y en Irak se planteó en el examen de los informes periódicos de Estados Unidos en 2006 por parte del Comité contra la Tortura y del Comité de Derechos Humanos. A pesar de que Estados Unidos negó la existencia de una obligación de no devolución en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>32</sup> y la aplicación de la Convención contra la Tortura en su conjunto, y del artículo 3 en particular, a esos contextos, basándose en varios argumentos<sup>33</sup>, en ninguna oportunidad sostuvo que el principio no se aplicara porque las transferencias se realizaban dentro del territorio de un mismo Estado.

La Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos ha adoptado la misma visión que el Comité contra la Tortura y el Comité de Derechos Humanos acerca del ámbito de aplicación del principio de no devolución en una resolución de 2005 sobre el traslado de personas, donde aborda varios aspectos del principio. Según el apartado 1, la resolución, y por ende los principios que reafirma, se aplican a:

“todo traslado involuntario del territorio de un Estado al territorio de otro, o *de las autoridades de un Estado a las de otro*, ya sea mediante la extradición, otras formas de traslado aprobado judicialmente o por medios no judiciales” (el subrayado es nuestro).<sup>34</sup>

Todos los organismos de vigilancia de los derechos humanos que han considerado la cuestión sistemáticamente han opinado que los traslados de personas de una autoridad a otra dentro del mismo territorio, incluso entre miembros de una fuerza multinacional que opera en ese territorio, deben atenerse al principio de no devolución. En realidad, esa conclusión parece ser respaldada por las acciones de algunos contingentes de las fuerzas multinacionales en Irak y en Afganistán, que han adoptado diversos métodos para tratar de cumplir —o, para algunos, eludir— sus obligaciones de no devolución. Por ejemplo, en Irak, para despejar sus preocupaciones

31 Comité contra la Tortura, Conclusiones y recomendaciones: Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y sus Territorios Dependientes, nota 8 *supra*, párrs. 4(b) y 5(e). En junio de 2006, el Reino Unido remitió sus observaciones sobre las conclusiones y recomendaciones del Comité que, *inter alia*, abordan la aplicación de la Convención a la transferencia de personas a las autoridades locales. El Reino Unido había rechazado la aplicación de los arts. 2 y 3 de la Convención en intercambios previos con el Comité, con el argumento de que no tenía jurisdicción en Irak y en Afganistán, pero en esta presentación el Reino Unido esgrimió el argumento adicional de que, en esos dos contextos, no se trasladaba a personas del territorio de un Estado al de otro. Comentarios del Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre las conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, Doc. ONU CAT/C/GBR/CO/4/add.1, 8 de junio de 2006, párrs. 14-17.

32 *United States Response to the list of issues to be taken up in connection with the consideration of the second and third periodic reports of the United States of America*, sin fecha, pp. 16-18, disponible en [www.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/AdvanceDocs/USA-writtenreplies.pdf](http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/AdvanceDocs/USA-writtenreplies.pdf) (consultado en inglés en octubre de 2008).

33 Respuesta de Estados Unidos al Comité contra la Tortura, lista de temas para considerar durante el examen del segundo informe periódico de Estados Unidos de América, nota 9 *supra*, pp. 33-37.

34 Subcomisión de la ONU de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, resolución 2005/12, Traslado de personas, 12 de agosto de 2005, adoptada por votación nominal de 21 a 1, con 2 abstenciones. Ni el voto contrario ni las abstenciones se refirieron a este aspecto de la resolución.

de que las personas transferidas a las autoridades iraquíes pudieran ser sometidas a malos tratos, el Reino Unido concertó un acuerdo con las autoridades iraquíes en el que éstas se comprometieron a garantizar determinados estándares en cuanto a las condiciones de detención, el trato de los detenidos y las garantías procesales<sup>35</sup>. Análogamente, se ha informado que varios Estados que han contribuido con tropas en la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad en Afganistán han concertado acuerdos similares con las autoridades afganas<sup>36</sup>. Si bien, como veremos más adelante, es cuestionable el hecho de si esos acuerdos eximen a los Estados que trasladan a las personas de sus obligaciones en virtud del principio de no devolución, no cabe duda de que son una manifestación de su creencia de que tienen responsabilidades hacia las personas trasladadas.

### **La índole de los riesgos que afrontan las personas transferidas**

La prohibición de la devolución no deriva del tipo de riesgo que puede dar lugar a una violación de los derechos de la persona. La naturaleza del riesgo que la persona pueda correr y que impide su transferencia varía en los tres ordenamientos jurídicos.

Para el derecho de los refugiados, ese riesgo es una amenaza contra la vida o la libertad por motivos vinculados a cinco criterios específicos. El derecho internacional humanitario adopta un enfoque mucho más amplio y prohíbe el traslado de prisioneros de guerra o de otras personas protegidas si no puede garantizarse alguno de sus derechos humanos previstos en el convenio de que se trate. La jurisprudencia del derecho de los derechos humanos evoluciona de forma más rápida. Tradicionalmente, el principio se aplicaba a los traslados a una situación donde la persona corriera el riesgo de sufrir torturas u otras formas de malos tratos, pero los organismos de vigilancia de los derechos humanos también lo han aplicado a los traslados donde había un riesgo de imposición de la pena de muerte tras un proceso manifiestamente poco equitativo y, más recientemente, en Estados emisores que han abolido la pena de muerte, a los traslados donde existía el riesgo de la imposición de ese castigo aun cuando no hubiera habido fallas en el juicio. No puede descartarse que, en las decisiones futuras, se amplíe la lista de violaciones de derechos fundamentales que pueden dar lugar a la no devolución.

### **En el derecho de los refugiados**

El artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados prohíbe la transferencia de personas a situaciones “donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”. La redacción de esta disposición difiere levemente de la

35 Respuesta del Reino Unido a las cuestiones planteadas por el Comité de la ONU contra la Tortura para su discusión en el 33º período de sesiones del Comité en noviembre de 2004, párr. 223. V. también Comité contra la Tortura, 33º período de sesiones, informe sumario de la 624a sesión, 17 de noviembre de 2004, Doc. ONU CAT/C/SR/SR.624, 24 de noviembre de 2004, párr. 26.

36 Amnistía Internacional, *Afghanistan – Detainees transferred to torture : ISAF Complicity?*, noviembre de 2007, ASA, 11/011/2007.

del artículo 1 de esa misma Convención, que establece los criterios para conceder el estatuto de refugiado, y que habla de “persecución” más que de amenaza contra “la vida o la libertad” por motivos vinculados a los mismos cinco criterios. En general se acepta que, por cuestiones de coherencia interna de la Convención, esos términos han de interpretarse como sinónimos y que la naturaleza del riesgo afrontado es la misma: cualquier tipo de persecución que habilite a una persona a recibir el estatuto de refugiado constituye una amenaza contra la vida o la libertad dentro de lo establecido en el artículo 33, lo que impide su devolución<sup>37</sup>.

En el derecho de los derechos humanos

### *Tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*

Tradicionalmente, la no devolución como principio de los derechos humanos se basó, en lo esencial, en el riesgo de que la persona sufriera tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>38</sup>.

Si bien la prohibición expresa de la devolución en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura sólo se refiere a traslados de personas a situaciones donde pudieran ser sometidas a tortura<sup>39</sup>, se ha interpretado que las prohibiciones implícitas que figuran en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos se extienden a los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Deberá determinarse de conformidad con la jurisprudencia pertinente de los organismos de vigilancia de los derechos humanos qué trato equivale a tortura o a trato o pena cruel, inhumano o degradante.

La jurisprudencia de los organismos de vigilancia de los derechos humanos también ha abordado la identidad del autor del daño. Esto es importante para determinar si el mal trato y, por ende, la prohibición de trasladar a personas a situaciones donde puedan ser sometidas a ese trato, debe ser perpetrado exclusivamente por funcionarios estatales o si el principio de no devolución también prohíbe los

37 V., por ej., Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention 1951*, UNHCR Division of International Protection, Ginebra, 1997, pp. 231-232. La Convención de la OAU de 1969 adopta un enfoque más amplio de los tipos de riesgos que podrían dar lugar a la prohibición de la devolución, reflejando su definición más amplia de refugiado. Según ese instrumento, la prohibición de la devolución se extiende a las personas cuya “vida, integridad física o libertad” estaría en riesgo a causa de persecución o de agresiones externas, ocupación, dominación extranjera o hechos que afecten gravemente el orden público. Convención OAU, nota 12 *supra*, art. 2(3).

38 En su Observación general 31, el Comité de Derechos Humanos se refirió a “un riesgo real de provocar un *daño irreparable*, como el contemplado por los artículos 6 [derecho a la vida] y 7 [prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes]”. Comité de Derechos Humanos, Observación general 31, nota 8 *supra*, párr. 12 (el subrayado es nuestro).

39 En su jurisprudencia, el Comité contra la Tortura ha rechazado recurrentemente las solicitudes donde el riesgo en el Estado receptor era un riesgo de mal trato no equiparable a tortura. V., por ej., *T.M. v. Sweden*, Doc. ONU CAT/C/31/D/228/2003, 2 de diciembre de 2003; y *M. V. v. The Netherlands*, Doc. ONU CAT/C/30/D/201/2002, 13 de mayo de 2003. En 2005, las tentativas de ampliar el ámbito de la protección contra la devolución según la Convención contra la Tortura para abarcar otras formas de malos tratos en las resoluciones sobre tortura de la Comisión de Derechos Humanos y el tercer Comité de la Asamblea General de las Naciones Unidas fueron resistidas por Estados Unidos. Proyectos de resoluciones sucesivos anotados correspondientes a 2005 en poder de la autora.

traslados si el daño es infligido por actores no estatales. La cuestión es particularmente pertinente si las personas no son trasladadas a un Estado que las detendrá, sino que son liberadas en situaciones donde están bajo una amenaza grave sea por parte de grupos armados no relacionados con el Estado o por parte de la opinión pública; este es el caso, por ejemplo, de miembros de alto rango del anterior régimen en Irak que ahora están en manos de la fuerza multinacional.

A causa de la definición estrecha de tortura en la Convención contra la Tortura, el Comité contra la Tortura ha adoptado un enfoque más restrictivo al respecto que el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La definición de tortura contenida en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura exige que los malos tratos hayan sido “infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. Dado ese requisito, es poco probable que se aplique la prohibición de la devolución incluida en el artículo 3(1) a los traslados donde la tortura es infligida sin ese nivel de participación o aquiescencia del Estado<sup>40</sup>. Esa fue la posición adoptada por el Comité contra la Tortura en el primer caso que se le presentó, donde la solicitante trataba de hacer anular una decisión de deportarla a Perú, con el argumento de que quedaría expuesta a un riesgo considerable de ser sometida a torturas a manos de Sendero Luminoso. El Comité rechazó la solicitud con el argumento de que la obligación de abstenerse de trasladar a una persona a un Estado donde existen razones de peso para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura estaba directamente vinculada a la definición de tortura adoptada en el artículo 1, la que incluye el requisito de que exista un nexo con el Estado<sup>41</sup>.

Esta conclusión debería ser cotejada con la adoptada por el Comité un año después en el caso de un nacional somalí que sostenía que su expulsión a Somalia le significaba correr el riesgo de verse sometido a tortura a manos del clan que, al momento de su solicitud, controlaba la mayor parte de Mogadiscio<sup>42</sup>. En esa oportunidad, habida cuenta de las circunstancias excepcionales que prevalecían en Somalia, el Comité adoptó una postura diferente. En particular, observó que, por varios años, Somalia había estado sin un gobierno central y que algunas de las facciones que operaban en Mogadiscio habían establecido instituciones cuasi gubernamentales. De facto, esas facciones ejercían prerrogativas comparables a las que normalmente ejercen los gobiernos. Por consiguiente, en su opinión, se podría considerar que los miembros de esas facciones, a los fines de la aplicación de la Convención, estaban

40 La necesidad de que exista un nexo entre los malos tratos y un Estado ha sido abordada específicamente por el Comité contra la Tortura en su Observación general 1 donde, *inter alia*, subrayó que “de conformidad con el artículo 1, el criterio enunciado en el párrafo 2 del artículo 3, es decir, “un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”, sólo puede entenderse referido a las violaciones cometidas por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. Comité contra la Tortura, Observación general 1, nota 22 *supra*, párr. 3.

41 Comité contra la Tortura, *G.R.B. v. Sweden*, Comunicación N° 83/1997, Opiniones del Comité contra la Tortura del 15 de mayo de 1998, Doc. ONU CAT/C/20/D/83/1997, 15 de mayo de 1998.

42 Comité contra la Tortura, *Sadiq Shek Elmi v. Australia*, Comunicación N° 120/1998, Opiniones del Comité contra la Tortura del 14 de mayo de 1999, Doc. ONU CAT/C/22/D/120/1998, 25 de mayo de 1999.



incluidos dentro de la expresión “funcionarios públicos u otras personas en ejercicio de la función pública” contenida en el artículo 1. Por ello, el Comité concluyó que, si bien la fuente de la amenaza no tenía relación con un Estado, el artículo 3(1) era aplicable e impedía la expulsión del solicitante<sup>43</sup>.

A diferencia de la Convención contra la Tortura, las prohibiciones de la tortura o de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que figuran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos no contienen definiciones del trato prescrito. Esas definiciones se han desarrollado en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, incluso por lo que respecta al autor de los malos tratos.

El Comité de Derechos Humanos ha afirmado que los Estados deben garantizar a todos una protección contra los actos prohibidos en el artículo 7, así sean infligidos por personas que actúan a título de funcionarios públicos, fuera de sus funciones públicas o a título privado<sup>44</sup> y deben tomar medidas efectivas para que personas o entidades privadas no inflijan torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, a otras personas en su poder<sup>45</sup>. Sin embargo, hasta la fecha, no ha tenido que decidir en un caso de devolución donde la fuente de la amenaza de malos tratos fuera un actor no estatal.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado la cuestión en varias ocasiones y ha adoptado una visión mucho más amplia que el Comité contra la Tortura. En una serie de decisiones, ha establecido que trasladar a una persona a un Estado donde existiera un riesgo real de que actores no estatales violaran el artículo 3 de la Convención equivaldría a una violación de la Convención. Una consideración clave en la opinión del Tribunal es si el Estado que normalmente tendría esa responsabilidad está o no en condiciones de otorgar la protección individual adecuada contra el daño.

Por ejemplo, en el caso de *H.L.R. c. Francia*, el solicitante argumentó que, si se lo deportaba a su Estado de origen, Colombia, quedaría expuesto a la venganza de los narcotraficantes que lo habían reclutado como contrabandista y sobre los cuales había dado información a las autoridades francesas. Si bien el Tribunal halló que el solicitante no había logrado demostrar la existencia de ese riesgo, afirmó lo siguiente:

43 *Ibid.*, párr. 6.5. El carácter excepcional de esta decisión fue confirmado por un caso virtualmente idéntico que se presentó ante el Comité años después. El Comité observó que, en los años intermedios, la situación en Somalia había cambiado considerablemente. Somalia ahora contaba con una autoridad estatal en la forma de un Gobierno Nacional Transicional que tenía relaciones con la comunidad internacional a título de gobierno central, a pesar de que existían dudas en cuanto al alcance de su autoridad territorial y su permanencia. Dada la existencia de esa autoridad, el Comité no consideró que el caso correspondiera a la situación excepcional de *Elmi v. Australia*, y adoptó la opinión de que los actores de las entidades no estatales que actuaban en Somalia quedaban fuera del ámbito del art. 3 de la Convención. Comité contra la Tortura, *H.M.H.I. v. Australia*, Comunicación N° 177/2001, Opiniones del Comité contra la Tortura del 1 de mayo de 2001, Doc. ONU CAT/C/28/D/177/2001, 1 de mayo de 2001, párr. 6.4.

44 Comité de Derechos Humanos, Observación general 20, nota 16 *supra*, párr. 2.

45 Comité de Derechos Humanos, Observación general 31, nota 8 *supra*, párr. 8.

“Dado el carácter absoluto del derecho garantizado, el Tribunal no descarta la posibilidad de que el artículo 3 de la Convención también se aplique cuando el peligro proviene de personas o grupos de personas que no son funcionarios públicos. Sin embargo, debe demostrarse que el riesgo es real y que las autoridades del Estado receptor no pueden eliminar el riesgo otorgando la protección adecuada”<sup>46</sup>.

### *Penas de muerte*

Tradicionalmente, el traslado de una persona para que se le inicie un proceso que podría llevar a la imposición y la aplicación de la pena de muerte no se consideró una violación del principio de no devolución. Las decisiones de los tribunales de derechos humanos relativas a las extradiciones en esas circunstancias se centraron en la manera en que la pena de muerte podría aplicarse, o en el “fenómeno de la lista de espera de la muerte” que conduce a esa pena, lo que frecuentemente se consideró como equivalente a un trato cruel, inhumano o degradante que impide la

46 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *H.L.R. v. France*, fallo del 22 de abril de 1997, párr. 40. Esta opinión fue reiterada, por ejemplo, en *T.I. v. The United Kingdom*, a pesar de que en este caso el solicitante tampoco reunió los méritos. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *T.I. v. The United Kingdom*, Decisión sobre la admisibilidad, 7 de marzo de 2000, p. 14. La conclusión de que una amenaza proveniente de un actor no estatal puede dar lugar a una violación del art. 3 de la Convención parece haber sido tan poco controvertida que en el caso de *Ahmed v. Austria* que, al igual que los casos mencionados ante el Comité de Derechos Humanos, relativo a una expulsión a Somalia a finales de los años 1990, el Tribunal ni siquiera abordó esta dimensión. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Ahmed v. Austria*, fallo del 27 de noviembre de 1996. Sólo la consideró la Comisión en una etapa anterior del procedimiento; respaldó el argumento del solicitante sobre la violación del artículo 3, en el sentido de que era suficiente que quienes tenían un poder considerable dentro de un Estado, aunque no fueran el gobierno, amenazaran la vida y la seguridad del demandante. *Ahmed v. Austria*, Solicitud N° 25964/94. Informe de la Comisión del 5 de julio de 1995, p. 11. V también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Salah Sheekh v. The Netherlands*, fallo del 11 de enero de 2007, párr. 97. El Tribunal adoptó una visión más amplia incluso en el caso *D. v. The United Kingdom*, donde el solicitante, un enfermo de VIH cuya enfermedad había llegado a un estadio crítico y que estaba por ser deportado a su Estado de origen, San Cristóbal y Nieves, sostuvo que, dada la calidad y la disponibilidad del tratamiento médico en San Cristóbal, su deportación constituiría una violación del artículo 3 de la Convención.

El Tribunal observó que el principio de no devolución por lo general se aplicaba cuando el riesgo provenía de actos infligidos intencionalmente por las autoridades públicas en el Estado receptor o de entidades no estatales en ese país, cuando las autoridades no eran capaces de otorgar la protección adecuada. Sin embargo, dada la importancia fundamental del art. 3 en el sistema de la Convención, el Tribunal consideró que debería reservarse suficiente flexibilidad como para abordar la aplicación del artículo cuando la fuente del riesgo en el país receptor derivara de factores que no podrían comprometer, en forma directa o indirecta, la responsabilidad de las autoridades públicas de ese país o que, considerados solos, no infringieran los criterios establecidos en ese artículo. En opinión del Tribunal, limitar la aplicación del artículo 3 habría socavado el carácter absoluto de su protección. Por ello, el Tribunal halló que la implementación de la decisión de deportar al solicitante a San Cristóbal habría constituido un trato inhumano en violación del art. 3 de la Convención. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *D. v. The United Kingdom*, fallo del 2 de mayo de 1997, Solicitud N° 30240/96, párrs. 49-53.

devolución, y no en la pena de muerte misma<sup>47</sup>. Sin embargo, en los últimos años, los organismos de vigilancia de los derechos humanos han demostrado cierta inclinación a examinar la licitud de otros aspectos de los traslados para afrontar la posible imposición o aplicación de la pena de muerte.

Se ha prestado particular atención a los casos donde existía el riesgo de que se impusiera o aplicara la pena de muerte después de un proceso donde no se hubieran respetado las garantías procesales mínimas. Ello podría dar lugar a aspectos relativos a la devolución de dos maneras. En primer lugar, a partir del razonamiento empleado en *Soering y Ng*, la imposición de la pena de muerte en esas circunstancias podría equipararse a tortura u otras formas de tratos proscritos y dar lugar a posibles quejas por devolución. En el caso *Ocalan*, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que la imposición de la pena muerte tras un proceso injusto equivalía a un trato inhumano per se. Aun cuando la sentencia no llegara a aplicarse, como en ese caso, donde Turquía luego abolió la pena de muerte, el demandante tuvo que sufrir por varios años las consecuencias de su imposición tras un proceso sin garantías procesales, y ello equivalió a un trato inhumano<sup>48</sup>. El caso no abordó específicamente la cuestión de la no devolución. Si bien esta cuestión no se ha presentado todavía específicamente ante el Tribunal, ahora que ha determinado que la imposición de la pena de muerte en esas circunstancias constituye un trato inhumano, no hay razón para que no aplique su visión de que un traslado a un lugar donde existe el riesgo de sufrir tal trato violaría el Convenio.

En segundo lugar, no se cuestiona que la aplicación de la pena de muerte tras un proceso donde no se han respetado las garantías procesales mínimas se equipara a una privación arbitraria de la vida<sup>49</sup>. Sin analizar exhaustivamente en qué consiste un juicio no equitativo, las salvaguardias procesales que protegen a las personas en poder de un Estado y que luego son trasladadas a otro para ser procesadas, y que pueden denegarse en el contexto de este artículo incluyen limitaciones graves de los derechos a contar con el tiempo y las facilidades para preparar la defensa y comunicarse con el abogado defensor, y el uso de pruebas obtenidas por medios inadecuados en procesos penales. Podría tratarse de pruebas e información obtenidas durante interrogatorios en los que el abogado estaba ausente, o en situaciones donde se violaron gravemente los derechos fundamentales de la persona trasladada, por ejemplo información obtenida tras someter a la persona a tortura.

47 Por ejemplo, en el caso *Soering*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no basó su decisión en el riesgo de imposición de la pena de muerte *per se*, sino más bien en el hecho de que el “fenómeno de la lista de espera de la muerte” equivalía a un trato cruel, inhumano o degradante. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Soering v. The United Kingdom*, nota 19 *supra*, párr. 111. Análogamente, en la decisión *Ng*, el Comité de Derechos Humanos halló que la manera en que el demandante sería ejecutado (asfixia por gas) constituía un trato cruel e inhumano, que infringía el art. 7 de Pacto, *Chitat Ng v. Canada*, nota 16 *supra*, párr. 16.4

48 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Ocalan v. Turkey*, Solicitud N° 46221/99, fallo del 12 de marzo de 2003, párr. 213, confirmado por el fallo de la Cámara Grande del 5 de mayo de 2005. El Tribunal reiteró esa posición en el caso *Bader and others v. Sweden*, Solicitud N° 13284/04, fallo del 8 de noviembre de 2005, párr. 47.

49 V., por ej., las opiniones del Comité de Derechos Humanos en *Glenford Campbell v. Jamaica*, Com. N° 248/1997, Opiniones del Comité de Derechos Humanos del 30 de marzo de 1992; y *Eustace Henry and Everald Douglas v. Jamaica*, Com. N° 571/1994, Opiniones del Comité de Derechos Humanos del 25 de julio de 1996.

Si bien, hasta la fecha, los organismos de vigilancia de los derechos humanos no han abordado específicamente la licitud de la transferencia de una persona en esas circunstancias, esa situación parece corresponder a los “daños irreparables” contemplados por la Observación general 31 del Comité de Derechos Humanos, que prohíbe a los Estados trasladar personas:

“cuando hay razones de peso para creer que existe un riesgo real de provocar un *daño irreparable*, como el contemplado por los artículos 6 [derecho a la vida] y 7 [prohibición de la tortura o de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes]...”<sup>50</sup>

Por último, también se ha manifestado cierta tendencia a considerar que los Estados que han abolido la pena de muerte deben abstenerse de trasladar personas para afrontar la posible imposición o aplicación de esa pena, aun cuando no haya alegaciones de que el proceso no ha sido equitativo. Esta fue la posición adoptada por el Comité de Derechos Humanos en 2003, en el caso *Judge c. Canadá*. Habiendo observado que su posición, así como la de los Estados, acerca de la cuestión de la pena de muerte estaba en evolución constante, el Comité sostuvo lo siguiente:

“Los países que han abolido la pena de muerte tienen la obligación de no exponer a las personas al riesgo real de su aplicación. Por ende, no pueden trasladar a individuos de su jurisdicción, sea a través de la deportación o de la extradición, si razonablemente se puede prever que serán sentenciados a muerte, sin garantizar que esa sentencia no se lleve a cabo”<sup>51</sup>.

Esta cuestión es particularmente pertinente para los Estados que han ratificado el Segundo Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, y para los Estados Partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que han ratificado sus Protocolos facultativos N° 6 y N° 13<sup>52</sup>.

Hasta la fecha, el Comité de Derechos Humanos no ha tenido que abordar la cuestión del efecto del Segundo Protocolo facultativo en los traslados para someter a la persona transferida a la pena de muerte. A la luz de su opinión en el caso *Judge*, parece acertado suponer que interpretará que en el Protocolo se establece una obligación de no trasladar a las personas a una situación donde podrían verse sometidas a la imposición o la aplicación de la pena de muerte.

Sólo se ha presentado un caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos donde el demandante sostuvo que su deportación a procesos que podrían resultar en la imposición de la pena de muerte violaría los Protocolos facultativos N° 6 y N° 13.

50 Comité de Derechos Humanos, Observación general 31, nota 8 *supra*, párr. 12 (el subrayado es nuestro).

51 Comité de Derechos Humanos, *Roger Judge v. Canadá*, Comunicación N° 829/1998, Opiniones del Comité de Derechos Humanos del 20 de octubre de 2003, párr. 10.4.

52 El Protocolo facultativo N° 6 establece la abolición de la pena de muerte, pero permite que los Estados Partes la dispongan en relación con actos cometidos en tiempo de guerra. El Protocolo facultativo N° 13 la prohíbe en todas las circunstancias.

Si bien el caso no obtuvo los méritos necesarios, porque la existencia del riesgo no pudo establecerse, el Tribunal reiteró su posición de que las expulsiones podrían dar lugar a violaciones del artículo 3 si la persona en cuestión estuviera ante el riesgo real de ser maltratada en el país receptor. El Tribunal añadió que no descartaba que consideraciones análogas se pudieran aplicar al artículo 2 del Convenio, sobre el derecho a la vida, y al artículo 1 del Protocolo N.º 6 si el traslado pusiera en peligro la vida de la persona en cuestión, como resultado de la imposición de la pena de muerte o por otro motivo<sup>53</sup>.

Si bien la tendencia claramente parece dirigirse a prohibir los traslados de personas en casos donde existe el riesgo de imposición o aplicación de la pena de muerte como resultado de un proceso manifiestamente no equitativo, en el caso de los Estados emisores que han abolido la pena de muerte, aun cuando no hubiera denuncias de fallas graves en el proceso, debería recordarse que en general se acepta que las promesas del Estado receptor de no pedir, imponer o aplicar la pena de muerte son suficientes para descartar la existencia del riesgo. En realidad, a veces las prevén expresamente, cuando no las exigen, los instrumentos pertinentes o las decisiones de los organismos de vigilancia de los derechos humanos. Esto se contraponen claramente a las promesas similares de evitar el riesgo de tortura o de otras formas de malos tratos, como analizaremos más adelante.

### Otros riesgos

La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas prohíbe expresamente los traslados de personas cuando existen razones de peso para creer que serán objeto de desaparición forzada, definida ésta de la siguiente manera:

“el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”<sup>54</sup>.

53 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *S.R. v. Sweden*, Sol. N.º 62806/00, fallo del 23 de abril de 2003. Análogamente, si bien la cuestión del efecto del Protocolo facultativo N.º 13 fue planteada por el Estado defensor en *Bader v. Sweden*, el Tribunal decidió la solicitud sobre la base de otros argumentos y, por consiguiente, no abordó la cuestión. *Bader and others v. Sweden*, nota 48, *supra*, párr. 49. Adicionalmente, las obligaciones jurídicas o los compromisos políticos de numerosos Estados, notable aunque no exclusivamente, los miembros de la Unión Europea y/o del Consejo de Europa les impiden trasladar personas a la posible imposición o aplicación de la pena de muerte. Se trata de, por ejemplo, la Convención Europea de 1957 sobre extradición; la Directiva de Calificación de la UE; la Directiva de la UE sobre asistencia en casos de tránsito a los fines del traslado por vía aérea; y la Orden de Arresto Europea (Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, 2002/584/JHA, OJ L190, 18.7.2002, pp. 1-20). La legislación nacional suele imponer otras limitaciones. V., por ej., la legislación a la que se hace referencia en Ruma Mandal, Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention (‘Complementary Protection’), UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, PPLA/2005/2, junio de 2005.

54 Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, arts. 2 y 16.

Algunos organismos de vigilancia de los derechos humanos recientemente han empleado expresiones que sugerirían una ampliación de la lista de violaciones de los derechos fundamentales, un riesgo de exposición que podría dar lugar a devolución<sup>55</sup>. Por ejemplo, en su resolución 2005 sobre traslados, que ya hemos mencionado, la Subcomisión de Derechos Humanos añadió las “ejecuciones extrajudiciales”<sup>56</sup>. Además, recomendó —dando a entender que no existía ninguna obligación vinculante al respecto— que las personas no fueran trasladadas a un Estado si existía un riesgo real de detención por tiempo indeterminado sin acceso a un juicio o a algunos de los procesos que pueden iniciarse contra la persona trasladada en violación flagrante de los requisitos internacionales del debido proceso<sup>57</sup>.

Con respecto a los niños, en su Observación general 6, el Comité de derechos del niño afirmó que los Estados no deben trasladar a niños si hay razones de peso para creer que existe un riesgo de que el niño sea objeto de daños irreparables, como por ejemplo los que contempla el artículo 6 de la Convención sobre los derechos del niño, relativos al derecho a la vida, y el artículo 37 que prohíbe la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la pena de muerte o la privación arbitraria de la libertad<sup>58</sup>.

El Comité añadió que el riesgo de reclutamiento y participación en las hostilidades de menores de edad conllevaba un alto riesgo de daño irreparable y que los Estados debían abstenerse de trasladar niños si existía un riesgo real de que fueran reclutados, incluido no sólo el reclutamiento como combatientes, sino también para ofrecer servicios sexuales a los militares, o cuando existiera un riesgo real de participación directa o indirecta en las hostilidades<sup>59</sup>.

También debemos mencionar el informe de 2007 del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria de la Comisión de Derechos Humanos, donde si bien no llega a afirmar que un riesgo de privación arbitraria de la vida es uno de los riesgos contemplados por el principio de no devolución, el Grupo de Trabajo destacó la necesidad de que los Estados incluyeran ese riesgo entre los elementos que deben tomarse en cuenta cuando se considera el traslado de una persona, sobre todo en el contexto de los esfuerzos contra el terrorismo<sup>60</sup>.

55 Ya en 1989, en el caso *Soering*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos observó que “no descartaba que se podría plantear excepcionalmente un asunto [el derecho a un proceso equitativo] por una decisión de extradición en circunstancias donde el fugitivo ha sufrido o puede sufrir una negativa flagrante de acceder a un proceso equitativo en el país demandante”. *Soering v. The United Kingdom*, nota *supra*, párr. 113. Sin embargo, hasta ahora, el Tribunal no ha tenido que decidir un caso referido a traslados a situaciones donde se ha negado flagrantemente la posibilidad de acceder a un proceso equitativo que no implicara la imposición de la pena de muerte.

56 Subcomisión de la ONU de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, resolución 2005/12, Traslado de personas, nota 34 *supra*, párr. 3.

57 *Ibid.*, párr. 3.

58 Comité de los derechos del niño, Observación general 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Doc. ONU CRC/GC/2005/6, 3 de junio de 2005, p. 6.

59 *Ibid.*

60 Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria, Doc. ONU A/HCR/4/40, 9 de enero de 2007, párr. 49.

## En el derecho internacional humanitario

Conforme al artículo 45 del IV Convenio de Ginebra, para que se aplique la prohibición de la devolución la persona debe estar ante el riesgo de ser perseguida por sus opiniones políticas o sus creencias religiosas.

Si bien el Convenio no define lo que se entiende por “persecución”, se puede obtener alguna orientación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que coloca la persecución entre los crímenes contra la humanidad y lo define como “la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”<sup>61</sup>. También son importantes los Elementos del Crimen de persecución como un crimen contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>62</sup>, así como el modo en que el término ha sido interpretado en el derecho de los refugiados, en relación con la definición de refugiado<sup>63</sup>.

El elemento esencial de la persecución es la privación de algunos derechos fundamentales —derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona— sobre la base de ciertas características particulares de una persona, como la etnia, la nacionalidad, la religión o las opiniones políticas.

Como hemos mencionado, si bien no se refieren expresamente al principio de no devolución, el artículo 12 del III Convenio de Ginebra y el artículo 45 del IV Convenio de Ginebra prohíben los traslados de prisioneros de guerra y de extranjeros al territorio de un Estado parte en un conflicto armado internacional respectivamente a un Estado que no esté dispuesto a garantizar el respeto de todas las protecciones de los Convenios de Ginebra III y IV.

### El umbral de riesgo

Los diversos tratados utilizan expresiones levemente diferentes para referirse al nivel de riesgo considerado para que se aplique el principio de no devolución.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 prohíbe trasladar refugiados a territorios donde su vida o su libertad “estuviera amenazada” por alguno de los motivos proscritos<sup>64</sup>.

El artículo 45 del IV Convenio de Ginebra prohíbe los traslados a países donde la persona “pueda temer persecuciones”.

61 Estatuto de la Corte Penal Internacional, 1998, art. 7(2)(g).

62 Son de particular importancia los elementos 1 a 3. Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Adición: Segunda parte: proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes, art. 7(1)(h), Crimen de lesa humanidad de persecución, Doc. ONU PCNICC/2000/1/Add.2, 2 de noviembre de 2000.

63 UNHCR, *UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/IP/4/Eng/REV.1 Revisado, enero de 1992, párrs. 51-53.

64 El art. II(3) de la Convención de la OUA adopta el mismo criterio y prohíbe el traslado de un refugiado si su vida, su integridad física o su libertad “estuviera amenazada”.

El artículo 3(1) de la Convención contra la tortura prohíbe trasladar a una persona “cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”<sup>65</sup>. En relación con el nivel de riesgo cuya existencia debe demostrarse, la Observación general 1 del Comité contra la tortura explicó lo siguiente:

“...el riesgo de tortura debe fundarse en razones que vayan más allá de la pura teoría o sospecha. De todos modos, no es necesario demostrar que el riesgo es muy probable”<sup>66</sup>.

El artículo 16(1) de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada prohíbe trasladar a una persona “cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada”.

Al interpretar las prohibiciones de la tortura y de otras formas de malos tratos que figuran en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han adoptado expresiones muy similares.

El Comité de Derechos Humanos no ha utilizado sistemáticamente la misma concepción del umbral de riesgo. En su Observación general 20, afirmó que los Estados Partes en el Pacto “no deben exponer a las personas al peligro” de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>67</sup>. Más recientemente, en la Observación general 31, el Comité modificó levemente esa formulación y se refirió a una obligación de no trasladar a personas “cuando hay razones de peso para creer que existe un riesgo real de provocar un daño irreparable”, como los riesgos contemplados en los artículos 6 y 7 del Pacto<sup>68</sup>.

Por otro lado, en su jurisprudencia, el Comité ha sostenido que los Estados deben abstenerse de exponer a las personas “a un riesgo real” de violaciones de sus derechos establecidos en el Pacto<sup>69</sup>.

En cuanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Soering* sostuvo que una decisión de extradición podría dar lugar a una violación del artículo 3 de la Convención “cuando se hubiera demostrado que existían razones de peso para creer que si se extraditara a la persona en cuestión, se la colocaría ante un riesgo real” de ser sometida a tortura o a tratos o penas inhumanos o degradantes en el país demandan-

65 Al ratificar la Convención contra la tortura, Estados Unidos hizo la siguiente declaración interpretativa del art. 3: “... Estados Unidos interpreta que la frase “cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”, tal como figura en el artículo 3 de la Convención, significa que “cuando es más probable que sea sometida a tortura que que no lo sea” (el subrayado es nuestro). El razonamiento que sustenta esa interpretación y su significado se analizan en las pp. 37 y 38 de Respuesta de Estados Unidos al Comité contra la Tortura, lista de temas para considerar durante el examen del segundo informe periódico de Estados Unidos de América, nota 9 *supra*.

66 Comité contra la Tortura, Observación general 1, nota 22 *supra*, párr. 6.

67 Comité de Derechos Humanos, Observación general 20, nota 16 *supra*, párr. 9.

68 Comité de Derechos Humanos, Observación general 31, nota 8 *supra*, párr. 12.

69 V., por ej., *Chitát Ng v. Canada*, nota 16 *supra*, párr. 14.1.



te<sup>70</sup>. En asuntos posteriores, el Tribunal adoptó prácticamente las mismas expresiones, que se asemejan mucho a las del artículo 3(1) de la Convención contra la Tortura<sup>71</sup>.

A pesar de que las expresiones empleadas por estos instrumentos y por los organismos de vigilancia de los derechos humanos para describir el umbral de riesgo que deben considerarse para la aplicación del principio de no devolución no son constantes, es poco probable que las leves diferencias que se presentan a nivel de la redacción den lugar a diferencias reales en la evaluación del riesgo<sup>72</sup>.

Se ha sostenido que la siguiente frase expresa de la manera más completa el umbral de riesgo que autoriza la aplicación del principio de no devolución, tal como se ha articulado en la práctica internacional:

“circunstancias en las que se puede demostrar que existen razones de peso para creer que las personas podrían correr un riesgo real de ser sometidas a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”<sup>73</sup>.

## Quiénes están protegidos

### En el derecho de los refugiados

El artículo 33 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados prohíbe la devolución de los refugiados, es decir de toda persona que esté abarcada en la definición de refugiado establecida en el artículo 1A<sup>74</sup> y que no esté excluida de la protección de la Convención conforme a los criterios establecidos en el artículo 1F<sup>75</sup>.

70 *Soering v. The United Kingdom*, nota 20 *supra*, párr. 91.

71 V., por ej., Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, nota 20 *supra*, párr. 115; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Chahal v. The United Kingdom*, nota 28 *supra*, párrs. 74 y 80; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *T.I. v. The United Kingdom*, Solicitud N.º 43844/98, fallo del 7 de marzo de 2000, p. 15.

72 Según Lauterpacht y Bethlehem, “en la práctica, sin embargo, no queda claro si las diferencias en las diversas redacciones se traducirán en un plano material, sobre todo porque el Comité de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura ... han indicado de alguna forma u otra que, cuando se presenta un asunto de devolución, las circunstancias que rodean al caso deberán examinarse en forma exhaustiva”, Lauterpacht y Bethlehem, nota 11 *supra*, párr. 247.

73 *Ibid.*, párr. 249.

74 El art. 1A de la Convención establece que se considerará como refugiado a toda persona “que... debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país”. No es necesario que la persona haya sido reconocida formalmente como refugiada para beneficiarse de la protección de la Convención. Alcanza con que reúna los criterios de la definición. V. por ej., UNHCR EXCOM Conclusion N.º 6 (XXVIII) 1977, Non-refoulement. Además, la ilegalidad de la presencia de una persona en el Estado de que se trate no afecta la aplicación del principio de no devolución. V., por ej., Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, 28 de julio de 1951, art. 31.

75 Esta disposición excluye de la protección de la Convención a toda persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas. La Convención de la OUA sobre los refugiados tiene un ámbito de aplicación más amplio que la Convención de 1951. Si bien contiene cláusulas de exclusión, el art. II(3) dispone que “ninguna persona” puede ser *devuelta*, lo que presumiblemente incluye a aquellas personas contempladas por las cláusulas de exclusión.

Esto no significa que las personas abarcadas en la cláusula de exclusión puedan ser devueltas. No se benefician del estatuto de refugiado y de los derechos que éste conlleva, incluido el derecho a quedar dentro del mandato del ACNUR. Pero como por definición esas personas corren riesgos si son retornadas, pueden tener derecho a recibir la protección contra la devolución prevista por el derecho de los derechos humanos y, si están en un Estado que está participando en un conflicto armado, la del derecho internacional humanitario. El hecho de que estén excluidas de la protección prevista por el derecho de los refugiados no afecta su derecho a recibir las de los dos otros ordenamientos jurídicos.

### En el derecho de los derechos humanos

La prohibición expresa que figura en la Convención Interamericana de Derechos Humanos sólo prohíbe la devolución de extranjeros, pero la prohibición basada en el riesgo de tortura que figura en la Convención contra la Tortura y que está implícita en instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Convenio Europeo de Derechos Humanos se aplica a todas las personas que estén bajo el control efectivo de un Estado, independientemente de su nacionalidad o de si tienen el estatuto de refugiado.

### En el derecho internacional humanitario

La prohibición expresa de la devolución de personas que figura en el artículo 45 del IV Convenio de Ginebra se aplica a extranjeros en el territorio de un Estado parte en un conflicto armado internacional, al igual que la protección más amplia que prevé en relación con las transferencias de personas. En el artículo 12 del III Convenio de Ginebra se incluye una disposición similar que se aplica a los prisioneros de guerra.

La prohibición de la tortura y de otras formas de malos tratos en el derecho internacional humanitario se aplica a todas las personas que estén bajo el control efectivo de una parte en conflicto. Por lo tanto, en la medida en que la interpretación de la prohibición de la tortura y de otras formas de malos tratos en el derecho internacional humanitario debe ser guiada por la jurisprudencia de los organismos de vigilancia de los derechos humanos, todas esas personas están protegidas contra los traslados que pueden hacerles correr el peligro de sufrir malos tratos de esa índole.

### Consecuencias de los diferentes ámbitos de aplicación del principio

#### *Participación del ACNUR*

La consecuencia más importante de esa diferencia en cuanto al ámbito de aplicación del principio concierne a la participación del ACNUR en favor de las personas afectadas. Ese organismo sólo tiene el cometido expreso de prestar asistencia y protección a las personas contempladas en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y a los apátridas. De modo que las personas que no caben en la definición de refugiado o que están excluidas de ésta, pero que podrían correr riesgos si

fuesen transferidas, tampoco deben ser devueltas, si bien, en general, el ACNUR no intervendrá en su favor ni les ayudará a encontrar una solución duradera.

### *“Protección complementaria”*

Por lo que respecta a la protección, el hecho de no caer dentro de la definición de refugiado, de estar excluido de ésta o de caer dentro de las excepciones del principio de no devolución en el derecho de los refugiados no afecta el derecho de una persona a ser protegida contra la devolución en el derecho de los derechos humanos, y si está en un país en conflicto armado, la del derecho internacional humanitario<sup>76</sup>. El término de “protección complementaria” suele emplearse para hacer referencia a la protección contra las transferencias en esas circunstancias.

Algunos Estados han regulado los motivos para conceder protección complementaria y, lo que es muy importante, han especificado los derechos y los estatutos de los que gozan los beneficiarios<sup>77</sup>. Lamentablemente, la situación más común es que las personas que se benefician de la protección complementaria, si bien no son devueltas, carecen de un estatuto y de derechos formales, lo que las suele dejar en una situación jurídica precaria e incierta<sup>78</sup>.

## **Un principio absoluto**

### En el derecho de los refugiados

En la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, la protección contra la devolución no puede ser reclamada por

“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”<sup>79</sup>.

No es el objeto de este artículo analizar el ámbito de aplicación de esta

76 V., por ej., ‘Factum of the Intervenor, UNHCR, Suresh v. Minister of Citizenship and Immigration ; the Attorney-General of Canada , SCC No. 27790’, *International Journal of Refugee Law* (2002), pp. 149 y ss.

77 Por ejemplo, por medio de la “protección subsidiaria” en la Unión Europea, conforme a la directiva del Consejo 2004/83/EC de 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted, [2004] OJ L304/12 (Directiva de Calificación). Para un análisis reciente de los motivos por los que se pueden reclamar la protección complementaria y los derechos asociados a ésta, v. Jane McAdam, ‘Complementary protection and beyond : how states deal with human rights protection’, *New Issues in Refugee Research*, UNHCR Working Paper N° 118, agosto de 2005. V. también Mandal, nota 53 *supra*.

78 Reconociendo la situación vulnerable en que suelen hallarse esas personas, el Comité Permanente del ACNUR examinó, el año 2000, algunos criterios mínimos para el trato debido a las personas que se benefician de formas complementarias de protección, Formas complementarias de protección: su naturaleza y relación con el régimen de protección internacional, Doc. ONU EC/50/SC/CRP.18, 9 de junio de 2000.

79 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951, art. 33(2). Más tarde, otros instrumentos del derecho de los refugiados, como la Convención sobre los refugiados de la OUA y la Declaración de Cartagena, no contienen excepciones al principio de no devolución.

excepción<sup>80</sup>. A los fines que aquí nos ocupan, alcanza con señalar que se reconoce que, dado el carácter humanitario de la prohibición de la devolución y las graves consecuencias, para un refugiado, de ser devuelto a un país donde corre peligro, las excepciones deben interpretarse en forma restrictiva y en estricto cumplimiento del debido proceso judicial<sup>81</sup>. Además, como ya hemos indicado, las personas excluidas de la protección contra la devolución en el derecho de los refugiados pueden beneficiarse del principio en el derecho de los derechos humanos o en el derecho internacional humanitario.

## En el derecho de los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario

El principio de no devolución como principio de los derechos humanos no permite excepciones o derogaciones.

Ninguna de las disposiciones convencionales que prohíben expresamente la devolución contiene excepciones. Además, en la medida en que forma parte de la prohibición de la tortura y de otras formas de malos tratos, la no devolución goza del mismo carácter absoluto. El carácter absoluto de la prohibición de la tortura ha sido expresamente reconocido en la Convención contra la tortura y por los organismos de vigilancia de los derechos humanos<sup>82</sup>.

El carácter absoluto de la prohibición de la tortura y de otras formas de malos tratos, incluida la dimensión implícita de la no devolución, fue reafirmado recientemente por el Comité de Derechos Humanos en sus Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Canadá. En reacción a una decisión de la Corte Suprema de Canadá de deportar a una persona que era considerada como una amenaza a la seguridad nacional, a pesar de que existía un riesgo de que fuera maltratada, el Comité afirmó lo siguiente:

80 Para un análisis de la exclusión, v. ACNUR, “La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados”, Sección de Políticas y Asesoramiento Jurídico, Departamento de Protección Internacional, HCR/GIP/03/05, 4 de septiembre de 2003.

81 V. Lauterpacht y Bethlehem, nota 11 *supra*, párr. 159.

82 El art. 2(2) de la Convención contra la tortura dispone que “en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o de cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”. V. también Comité de Derechos Humanos, Observación general 20, nota 16 *supra*, y Observación general 24 sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, 4 de noviembre de 1994, Doc. ONU CCPR/C/21/rev.1/add.6

“El Estado Parte debe reconocer la índole absoluta de la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no puede conculcarse en ninguna circunstancia... Ninguna persona, sin excepción alguna, incluidas las personas de las que se sospeche que representan un peligro para la seguridad nacional o la seguridad de cualquier persona, ni siquiera durante un estado de emergencia, podrá ser deportada a un país en que corra el riesgo de ser sometida a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”<sup>83</sup>.

Análogamente, en el asunto *Saadi c. Italia*, relativo a la deportación de una persona acusada de delitos terroristas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reafirmó el carácter absoluto de la prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que en ningún caso puede derogarse, aun en situaciones de emergencia pública que amenacen la vida de la nación e independientemente de la conducta del demandante<sup>84</sup>.

Es importante señalar que, en ese asunto, el Tribunal también rechazó el argumento esgrimido por el Reino Unido, que había intervenido en el proceso, según el cual debería hacerse una distinción entre situaciones donde los malos tratos eran infligidos por el Estado Parte en el Convenio Europeo y situaciones donde los malos tratos eran infligidos por un tercer Estado, al que el demandante estaba siendo trasladado. El Reino Unido sostuvo que, en el segundo caso, la protección de la persona contra los malos tratos tenía que sopesarse con los intereses de la comunidad en su conjunto. El Tribunal rechazó enérgicamente esa posición, señalando que la protección contra la no devolución en el Convenio Europeo de Derechos Humanos es más amplia que la que confiere la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, en la medida en que la conducta de la persona, aunque fuera indeseable o peligrosa, no era algo que hubiera que tomar en cuenta<sup>85</sup>.

83 Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Canadá, Doc. ONU CCPR/C/CAN/CO/5, párr. 15. La misma decisión del Tribunal Supremo suscitó fuertes críticas por parte del Comité contra la Tortura, Comité contra la Tortura, Observaciones finales: Canadá, Doc. ONU CAT/C/CR/34/CAN, 7 de julio de 2005, párr. 4(a).

84 *Saadi v. Italy*, nota 13 *supra*, párr. 127. El caso que se presentó ante el Tribunal Europeo, *Chahal v. The United Kingdom*, también relativo a la deportación de una persona por presunta participación en actividades terroristas. Subrayando que estaba consciente de las dificultades afrontadas por los Estados para protegerse de la violencia terrorista, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que: “aun en esas circunstancias, la Convención prohíbe absolutamente la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, independientemente de la conducta de la víctima. A diferencia de la mayoría de las cláusulas sustantivas de la Convención y de los Protocolos 1 y 4, el artículo 3 no dispone excepciones ni derogaciones de lo que está permitido en virtud del artículo 15, aun en caso de emergencia pública que amenace la vida de la nación... La prohibición establecida en el artículo 3... contra los malos tratos también es absoluta en casos de expulsión. Por lo tanto, más allá de las razones fundadas que se hayan esgrimido para creer que una persona afrontaría un riesgo real de ser sometido a tratos contrarios al artículo 3... si se la trasladara a otro Estado, la responsabilidad del Estado contratante de protegerlo contra esos tratos sigue comprometida en caso de expulsión... En tales circunstancias, las actividades de la persona en cuestión, aunque sean indeseables o peligrosas, no pueden constituir una consideración material. (*Chahal v. The United Kingdom*, nota 28 *supra*, párrs. 79-80).

85 *Saadi v. Italy*, nota 13 *supra*, párr. 138.

El Tribunal también rechazó, por considerarlo incompatible con el carácter absoluto de la prohibición de la tortura y de otras formas de malos tratos, el argumento del Estado interviniente, según el cual en casos donde el demandante representara una amenaza a la seguridad nacional habría que presentar pruebas más fuertes para demostrar la existencia del riesgo de malos tratos. En opinión del Tribunal, el hecho de que una persona pudiera causar un riesgo grave a la comunidad, si no se la trasladara, no reducía en modo alguno el riesgo de malos tratos al que estaría sometida tras el traslado; por ende, sería incorrecto exigir la presentación de pruebas más contundentes<sup>86</sup>.

En el derecho internacional humanitario, el principio de no devolución tal como figura expresamente en el artículo 45(4) del IV Convenio de Ginebra también es absoluto<sup>87</sup>, al igual que su formulación más amplia que implícitamente figura en el artículo 12 del III Convenio de Ginebra y en el artículo 45(3).

## La dimensión procesal

Un aspecto fundamental del principio de no devolución es que, hasta hace poco tiempo, había recibido una atención limitada en lo que respecta a su dimensión procesal: los derechos básicos sobre el debido proceso que permiten a los individuos impugnar las decisiones de trasladarlos cuando, en su opinión, ese traslado los expondría a un riesgo real de que se infrinjan sus derechos fundamentales. Esa dimensión procesal es fundamental para la aplicación práctica de la protección conferida por el principio de no devolución. Aparece expresamente en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, pero también tiene una base sólida en el derecho de los derechos humanos<sup>88</sup>.

## Autoridad responsable de determinar la existencia de un riesgo

Son las autoridades nacionales del Estado que tiene el control efectivo de la persona en cuestión las que deben determinar si existe o no un riesgo real de que se violen sus derechos fundamentales si se la trasladara. La existencia del riesgo debe determinarse sobre la base de criterios objetivos, a partir de la información que el Estado tenga o deba tener. Si bien, en la mayoría de los casos, es probable que la persona en cuestión haya expresado sus preocupaciones en relación con el traslado, no es necesario que lo haya hecho para que se apliquen las obligaciones de los Estados en virtud del principio de no devolución. Aun en circunstancias en que la persona no expresa sus temores, o no está en condiciones de hacerlo, el Estado que la expulsa debe evaluar si ese riesgo existe.

En el caso de la no devolución como un principio del derecho de los refugiados, la evaluación de la existencia de un riesgo por lo general se efectúa durante los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado ante los tribunales locales. En

86 *Ibid.*, párr. 138.

87 El carácter absoluto del principio es afirmado enérgicamente en Jean Pictet (ed.), *Commentary IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (1958), p. 269.

88 Al respecto, v., por ej., Lauterpacht y Bethlehem, nota 11 *supra*, párr. 159.

algunas circunstancias, puede ser el ACNUR el encargado de determinar el estatuto de refugiado a pedido de un Estado<sup>89</sup>.

Las autoridades nacionales también son las encargadas de determinar la existencia de un riesgo en relación con la devolución de una persona en el derecho de los derechos humanos. Algunos Estados han establecido procedimientos especiales para revisar el derecho a recibir esa protección complementaria, pero en la mayoría de los casos los traslados propuestos deben ser impugnados ante los tribunales comunes responsables de revisar las decisiones administrativas<sup>90</sup>.

## El derecho a impugnar una decisión de traslado

No se discute que a una persona que se enfrenta a una posible devolución debe dársele la oportunidad de impugnar la decisión de su traslado.

En la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados figura expresamente el requisito de que las expulsiones sólo pueden efectuarse “en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes”<sup>91</sup>.

El derecho de las personas a impugnar las decisiones de trasladarlas y la observancia de los requisitos del debido proceso en casos donde se podría llegar a decidir una devolución también están establecidos en el derecho de los derechos humanos, tal como han subrayado varios organismos de vigilancia de los derechos humanos. El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos permite la expulsión de extranjeros que se hallen legalmente en el territorio de un Estado Parte sólo en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. Además exige que, salvo cuando se opongan razones imperiosas de seguridad nacional, se permitirá a los extranjeros exponer las razones que los asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente y hacerse representar con tal fin ante ésta. El objetivo de esa disposición es que cada extranjero que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado Parte sea objeto de una decisión individual por lo que respecta a su expulsión y evitar de ese modo las expulsiones arbitrarias<sup>92</sup>. El artículo 1 del Protocolo N.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos contiene salvaguardias similares que deben ofrecerse a los extranjeros en procedimientos relativos a su expulsión.

Estas son las dos únicas disposiciones donde se menciona expresamente un derecho a revisión; sin embargo, se ha interpretado que el derecho al “debido proceso” cuando se impugna una decisión de trasladar a una persona se aplica a todas las personas que se encuentran bajo el control efectivo de un Estado y no sólo a los extranjeros que residen legalmente en el territorio del Estado que desea trasladarlos.

89 En el ACNUR se puede hallar orientación general sobre los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado, *Refugee Protection: A Guide to International Refugee Law*, UNHCR Handbook for Parliamentarians, N.º 2, 2001, y en *UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, nota 63 *supra*.

90 V., por ej., Mandal, nota 53 *supra*, y McAdam, nota 77 *supra*.

91 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951, art. 32(2).

92 Comité de Derechos Humanos, Observación general 15, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986, párr. 10. El Comité de Derechos Humanos también señaló que esa disposición se aplica a *todos* los procedimientos destinados a la salida obligatoria de un extranjero, así esté descrita en la legislación nacional como expulsión o de otra manera. *Ibid.*, párr. 9.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado esa dimensión del principio de no devolución sobre la base del derecho a interponer recurso en el derecho nacional por violaciones del Convenio. En las situaciones en que un traslado puede exponer a una persona al riesgo de sufrir tortura u otras formas de malos tratos, el Tribunal ha aplicado criterios rigurosos en cuanto a la forma que deben adoptar esos recursos. Por ejemplo, en el asunto *Chahal*, sostuvo lo siguiente:

“151. En tales casos, dado el carácter irreversible del daño que podría causarse si el riesgo de maltrato se hiciera realidad y la importancia que el Tribunal atribuye al artículo 3, la noción de un recurso efectivo que figura en el artículo 13 exige una revisión independiente de la demanda según la cual existen razones fundadas para temer un riesgo real de recibir un trato contrario al artículo 3. Esa revisión debe efectuarse independientemente de lo que la persona haya hecho para recibir la expulsión o de cualquier amenaza percibida contra la seguridad nacional del Estado expulsor.

152. No es necesario que una autoridad judicial efectúe esa revisión pero, si no lo hace, los poderes y las garantías que otorgue son pertinentes para determinar si el recurso que se le presenta es efectivo.”<sup>93</sup>

Con respecto a los demás elementos del procedimiento, el Tribunal observó:

“... en los procedimientos ante el panel consultivo, el demandante no tuvo derecho a acceder a, *inter alia*, una representación jurídica, sólo se le dio un resumen de los motivos de la intención de deportarlo, y el panel no tuvo el poder de decisión, ya que su consejo al Ministro del Interior no fue vinculante ni tampoco se dio a conocer públicamente. En esas circunstancias, no se puede considerar que el panel consultivo haya ofrecido garantías procesales suficientes a los fines del artículo 13”<sup>94</sup>.

Hasta hace poco tiempo, otros organismos de vigilancia de los derechos humanos no habían abordado la dimensión procesal del principio con el mismo nivel de detalle. Por ejemplo, en un caso de 1996 relativo al traslado de una persona sospechosa de actividades terroristas realizado a través de la entrega directa de una fuerza policial a otra sin la intervención de una autoridad judicial, el Comité contra la Tortura halló que se había cometido una violación del artículo 3 de la Convención y de los derechos del detenido. Subrayó la necesidad de que los traslados respeten

93 *Chahal v. The United Kingdom*, nota 28 *supra*, párrs. 151-152. Al aplicar esa prueba a los hechos del caso que estaba examinando, el Tribunal observó que ni el panel consultivo de la sala de apelaciones ni los tribunales podían revisar una decisión del Ministro del Interior de deportar al demandante. Su papel se limitó a conformarse con verificar que éste hubiera evaluado el riesgo del demandante en relación con el peligro que representaba para la seguridad nacional. Por ello, el Tribunal concluyó que no se podía considerar que los tribunales ofrecieran recursos efectivos tal como lo exige el art. 13 del Convenio. *Ibid.*, párr. 153.

94 *Ibid.*, párr. 154.



plenamente los derechos y las libertades fundamentales de las personas —incluido el derecho al debido proceso—, pero no detalló a cuáles se refería<sup>95</sup>.

En los últimos años, se ha prestado mayor atención a la dimensión procesal de la prohibición de la devolución. Por ejemplo, el Comité contra la Tortura lo hizo en el año 2005 en una decisión relativa a la transferencia de un nacional egipcio de Suecia a Egipto; al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, abordó la cuestión en el contexto del derecho a interponer recurso. Tras observar que se debería interpretar que el artículo 3 de la Convención contra la Tortura incluye el derecho a interponer recurso si es infringido, el Comité sostuvo:

“en el caso de una denuncia de que se ha cometido tortura o tratos inhumanos, crueles o degradantes, el derecho a interponer recurso exige que, después del hecho, se realice una investigación efectiva, independiente e imparcial de esas denuncias. Sin embargo, la naturaleza de la devolución es tal que una denuncia de una infracción de ese artículo hace referencia a una futura expulsión o transferencia; por consiguiente, *el derecho a interponer un recurso efectivo contenido en el artículo 3 exige, en este contexto, que se ofrezca una oportunidad para una revisión efectiva, independiente e imparcial de la decisión de expulsar o trasladar, una vez que se haya tomado la decisión, cuando exista una denuncia plausible de que se ha infringido lo establecido en el artículo 3*”<sup>96</sup>.

Sin especificar los elementos mínimos que, en su opinión, el procedimiento de revisión del traslado debería reunir, en 2006 el Comité contra la Tortura también hizo hincapié en el derecho de las personas detenidas fuera del territorio de Estados Unidos, en este caso en Guantánamo, Irak y Afganistán, a impugnar la decisión de su traslado<sup>97</sup>.

El Comité de Derechos Humanos también presta mayor atención a la dimensión procesal del principio. Por ejemplo, en el asunto *Mansour Ahani c. Canadá*, de 2006, afirmó que cuando esté en juego alguno de los principales valores protegidos por el Pacto, en particular el derecho a no ser sometido a tortura, “deberá efectuarse el examen más riguroso posible de la equidad del procedimiento aplicado para determinar si una persona está ante un riesgo grave de ser sometida a tortura”<sup>98</sup>.

95 Comité contra la Tortura, *Josu Arkauz Arana v. France*, Comunicación N° 63/1997, Opiniones del Comité contra la Tortura del 16 de diciembre de 1996, párr. 11(5). El Comité contra la Torturas ya había expresado su preocupación por la práctica de la policía de entregar individuos a su contraparte en otro país cuando consideró el segundo informe periódico de Francia en relación con el artículo 19 de la Convención. Informe del Comité contra la Tortura, Doc. ONU A/53/44, 16 de septiembre de 1998, párr. 143.

96 Comité contra la Tortura, *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza v. Sweden*, Comunicación N° 233/2003, Opiniones del Comité contra la Tortura del 20 de mayo de 2005, párr. 13.7 (el subrayado es nuestro).

97 En sus Conclusiones y observaciones sobre el segundo informe periódico sobre Estados Unidos, el Comité simplemente afirmó que “el Estado Parte ha de asegurar siempre de que los reos tengan la posibilidad de impugnar las decisiones de devolverlos.”, Comité contra la Tortura, Conclusiones y recomendaciones: Estados Unidos de América, nota 9 *supra*, párr. 20.

98 Comité de Derechos Humanos, *Mansour Ahani v. Canada*, Comunicación N° 1051/2002, Opiniones del Comité de Derechos Humanos del 15 de junio de 2004, párrs. 10.6-10.8.

La cuestión también fue abordada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su decisión de 2005, donde reitera y extiende las medidas cautelares impuestas en relación con los detenidos en Guantánamo<sup>99</sup>. Al respecto, la Comisión afirmó que la obligación de no devolución

“también requiere necesariamente que las personas que pueden enfrentar un riesgo de tortura no sean rechazadas en la frontera o expulsadas sin un adecuado examen individualizado de sus circunstancias, aunque no reúna los requisitos de refugiado, y que el proceso respete estrictamente todas las garantías aplicables, incluido el derecho a que sea una autoridad competente, independiente e imparcial quien decida sobre la admisibilidad de la persona para entrar al proceso, a través de un procedimiento que sea justo y transparente”<sup>100</sup>.

Análogamente, en su informe provisional de 2004, el Relator especial sobre la cuestión de la tortura expresó graves preocupaciones por el aumento de prácticas que, en su opinión, socavan el principio de no devolución, incluida la entrega de personas por las autoridades de un país a sus contrapartes en otros países sin la intervención de una autoridad judicial. Destacó la necesidad de que “los procedimientos conducentes a la expulsión respeten las garantías procesales correspondientes, por lo menos el derecho a una audiencia ante una instancia judicial y el derecho de apelar”<sup>101</sup>.

A nivel europeo, además de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la dimensión procesal del principio de no devolución fue subrayada en una Recomendación del Alto Comisionado de los Derechos Humanos para el Consejo de Europa en 2001, donde reafirmó lo siguiente:

99 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Extension of Precautionary Measures (Nº 259) regarding Detainees in Guantánamo Bay, Cuba*, decisión del 28 de octubre de 2005, disponible en [www.asil.org/pdfs/ilibmeasures051115.pdf](http://www.asil.org/pdfs/ilibmeasures051115.pdf) (consultado en octubre de 2008). V. también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos* (2002), párr. 394.

100 *Ibid.*, p. 9. Para que cumpliera esta obligación, la Comisión pidió a Estados Unidos que tomara “las medidas necesarias para que los detenidos que pudieran enfrentar el riesgo de ser sometidos a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, si se los trasladara, desplazara o expulsara de la bahía de Guantánamo, gozaran de un examen adecuado e individualizado de sus circunstancias a través de un proceso justo y transparente ante una instancia decisoria competente, independiente e imparcial. Cuando existen razones de peso para creer que la persona estaría en peligro de ser sometida a tortura o a otros malos tratos, el Estado debería hacer lo necesario para que el detenido no sea trasladado y para que las seguridades diplomáticas no se utilicen para que el Estado eluda su obligación de no devolución”. *Ibid.*, p. 10. La Comisión retomó esta cuestión en su resolución de 2006 sobre Guantánamo donde, *inter alia*, instó a Estados Unidos a asegurar que las personas que pudieran correr el riesgo de ser sometidas a tortura o a otras formas de malos tratos si se las trasladara desde Guantánamo pudieran acceder a “un examen adecuado e individualizado de sus circunstancias a través de un proceso justo y transparente ante una instancia decisoria competente, independiente e imparcial”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 2/06 sobre las medidas cautelares relativas a Guantánamo, del 28 de julio de 2006, párr. 4.

101 Informe del Relator especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. ONU A/59/324, 1 de septiembre de 2004, párr. 29.

“El derecho a interponer recurso (en virtud del artículo 13 de la Convención Europea) debe garantizarse a toda persona que desee impugnar una orden de devolución o de expulsión. Debe poder suspender la aplicación de una orden de expulsión, al menos cuando se alegue una infracción de los artículos 2 o 3 de la Convención.”<sup>102</sup>

La cuestión también fue abordada por el Grupo de Especialistas en derechos humanos y lucha contra el terrorismo del Consejo de Europa, en dos reuniones celebradas en 2005 y en 2006<sup>103</sup>, y por el Presidente del Comité europeo para la prevención de la tortura, en reacción a un memorando de entendimiento sobre deportaciones que Gran Bretaña había concertado con Jordania<sup>104</sup>.

Si bien no abordamos en este artículo las jurisprudencias nacionales, como excepción nos referiremos ahora a la decisión de la Corte Suprema de Canadá en el asunto *Suresh c. Canadá* (Ministerio de Ciudadanía e Inmigración), donde se abordan en forma detallada las garantías procesales que deben darse en procedimientos de deportación donde se haya confirmado el riesgo de que la persona sea sometida a tortura<sup>105</sup>.

102 Recommendation of the Commissioner for Human Rights concerning The Rights Of Aliens Wishing To Enter A Council Of Europe Member State And The Enforcement Of Expulsion Orders, CommDH/Rec(2001)1, 19 de septiembre de 2001, párr. 11.

103 Tras reafirmar la obligación de los Estados de no expulsar a una persona cuando existieran razones de peso para creer que podría ser sometida a un riesgo real de tortura o de tratos inhumanos, crueles o degradantes, los especialistas subrayaron que la evaluación de la existencia de un riesgo debía efectuarse caso por caso y que los Estados expulsores no deberían basarse en listas de Estados “seguros” o “inseguros”. Consejo de Europa, Comité Permanente de Derechos Humanos, Grupo de especialistas de derechos humanos y lucha contra el terrorismo, Informe de reunión, primera reunión, Estrasburgo, DH-STER (2005) 018, 7-9 de diciembre de 2005, e Informe de reunión, segunda reunión, Estrasburgo, DH-STER (2006) 005, 29-31 de marzo de 2006.

104 Entre otras cosas, el Presidente subrayó la necesidad de que toda tentativa de deportación pudiera impugnarse ante una autoridad competente y de que esos procedimientos tuvieran un efecto suspensivo. Carta enviada por el Presidente del Comité de prevención de la tortura a las autoridades del Reino Unido en relación con un Memorando de Entendimiento firmado entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno del Reino Hashemita de Jordania concertado el 19 de agosto de 2005 por el que se regula el ofrecimiento de garantías en forma individual a las personas previo a su deportación, 21 de octubre de 2005, *Appendix to the Report to the United Kingdom Government on the visit to the United Kingdom carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment from 20 to 25 November 2005*, 10 de agosto de 2006, CPT/Inf (2006) 28. El Comité de Prevención de la tortura también abordó la dimensión procesal en su informe 15 sobre sus actividades, donde afirmó que “debería enfatizarse que, antes del regreso, los procedimientos de deportación basados en las seguridades diplomáticas deben poder ser objeto de impugnación ante una autoridad competente, y tales impugnaciones pueden tener un efecto suspensivo en la ejecución de la deportación. Esta es la única manera de asegurar un examen riguroso y oportuno de la seguridad de las acciones previstas en un determinado caso”, *15th General Report on the CPT's Activities, covering the period 1 August 2004 to 31 July 2005*, Estrasburgo, 22 de septiembre de 2005, párr. 41.

105 Corte Suprema de Canadá, *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1. La Corte basó su razonamiento en la Sección 7 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, que establece que “todas las personas gozan del derecho a la vida, la libertad y la seguridad y no deben ser privadas de ese derecho salvo que sea de conformidad con los principios de justicia fundamental”. Estos “principios de justicia fundamental” reflejan las garantías procesales mínimas previstas en el derecho internacional de los derechos humanos.

En opinión de la Corte, las protecciones procesales aplicables no incluían que la autoridad responsable de la decisión de deportación realizara una audiencia oral o un proceso judicial completo. Sin embargo, el demandante gozaba de varios derechos, incluido los de ser informado del caso; recibir el material sobre el cual la autoridad basaba su decisión, que estaba sujeto a una difusión limitada por razones valederas, como la protección de los documentos confidenciales de seguridad pública; y la oportunidad de responder al caso presentado a la autoridad. Sin embargo, en ausencia de acceso al material sobre el cual la autoridad basaba su decisión, el demandante y su asesor no tenían conocimiento de los factores que tenían que abordar específicamente, ni tampoco tuvieron la oportunidad de corregir las imprecisiones o los conceptos erróneos. Además, debían aceptarse las presentaciones de un demandante después de que se le hubiera dado la oportunidad de examinar el material que se estaba utilizando en su contra. La Corte también halló que el demandante debía tener la oportunidad de impugnar la información presentada ante la autoridad. Para ello, se le debía permitir presentar pruebas del riesgo de ser sometido a tortura al regresar al país. Por último, cuando la autoridad estuviera basándose en garantías escritas de un gobierno extranjero de que una persona no sería torturada, debía darse a esa persona la oportunidad de presentar pruebas y de hacer presentaciones en cuanto al valor de esas garantías<sup>106</sup>.

Sobre la base de la jurisprudencia existente y de otras orientaciones de los organismos de vigilancia de los derechos humanos, puede concluirse que las garantías procesales que deben ofrecer a las personas que serán trasladadas incluyen los siguientes elementos mínimos:

- una vez que se ha tomado la decisión de trasladar a una persona, se la debe informar de esa decisión en forma oportuna;
- si la persona expresa que teme sufrir tortura o malos tratos, un organismo independiente de la autoridad que haya tomado la decisión deberá examinar, caso por caso, si esos temores son fundados;
- esa revisión debe tener un efecto suspensivo sobre el traslado<sup>107</sup>;
- debe darse a la persona que será trasladada la oportunidad de hacer gestiones ante el organismo que está revisando la decisión;
- la persona debe recibir asesoramiento de un abogado; y
- la persona debe poder apelar la decisión del organismo de revisión<sup>108</sup>.

106 *Ibid.*, párrs. 121-123.

107 V., por ej., la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Jabari v. Turkey*, donde el Tribunal halló que todo procedimiento de determinación del estatuto de refugiado que no tuviera un efecto suspensivo en la deportación y que no permitiera una revisión del fondo de una solicitud violaba el artículo 13 de la Convención (derecho a interponer recurso). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Jabari v. Turkey*, decisión final del 11 de octubre de 2000.

108 El derecho a apelar una determinación negativa del estatuto de refugiado está bien establecido. V., por ej., EXCOM Conclusion No. 8 (XXVIII), 1977, Determination of Refugee Status, párr. e. Sin embargo, existe mucha menos práctica internacional que respalde un derecho similar a apelar una decisión de traslado sobre la base de la no devolución como principio del derecho de los derechos humanos. Para consultar la práctica de algunos Estados a nivel nacional, v. Mandal, nota 53 *supra*.

## Cuestiones que deben considerarse cuando se evalúa el riesgo

Algunos de los instrumentos que abordan expresamente la no devolución ofrecen orientación sobre las cuestiones que deben considerar los organismos encargados de evaluar si el riesgo tiene fundamento o no. El artículo 3(2) de la Convención contra la Tortura dispone que:

“A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”.

En su Observación general 1, el Comité contra la Tortura estableció la siguiente lista no exhaustiva de la información particularmente pertinente que debería considerar al revisar el fondo de una solicitud donde se alega riesgo:

- a) ¿Hay pruebas de que en el Estado de que se trata existe un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos?;
- b) ¿Ha sido en el pasado torturado o maltratado el autor por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia? De ser así, ¿se trata de hechos recientes?;
- c) ¿Hay testimonios médicos u otros testimonios independientes que corroboren las alegaciones del autor de que ha sido torturado o maltratado en el pasado y ha tenido secuelas la tortura?
- d) ¿Ha cambiado la situación a que se hace referencia en el apartado a)? En todo caso, ¿ha cambiado la situación interna con respecto a los derechos humanos?
- e) ¿Ha participado el autor dentro o fuera del Estado de que se trata en actividades políticas o de otra índole que pudieran hacerle particularmente vulnerable al riesgo de ser sometido a tortura si se le expulsa, devuelve o extradita a ese Estado?
- f) ¿Hay alguna prueba de la credibilidad del autor?
- g) ¿Hay contradicciones de hecho en las alegaciones del autor? De ser así, ¿son ellas pertinentes o no?”<sup>109</sup>

La lista del Comité puede ser una guía útil para las autoridades nacionales que deban hacer evaluaciones de este tipo.

## Qué deben hacer los Estados en la práctica para cumplir con el principio de no devolución

En términos generales y simples, el principio de no devolución exige que un Estado que está planeando trasladar a una persona evalúe si existe un riesgo real de que pueda estar expuesta a violaciones de sus derechos humanos fundamentales. Si se

109 Comité contra la Tortura, Observación general 1, nota 22 *supra*, párrs. 5-8.

considera que el riesgo existe, la persona no deberá ser trasladada. Si se determina que el riesgo no existe, para cumplir con esa obligación el Estado debe:

- informar en forma oportuna a la persona de que se trata de la intención de trasladarla;
- dar a la persona la oportunidad de expresar los temores que pueda tener acerca de sufrir posibles violaciones de los derechos humanos fundamentales después del traslado;
- suspender el traslado si expresa temores de esa índole;
- evaluar, caso por caso, si esos temores son fundados o no, es decir si existe realmente el riesgo; la evaluación debe efectuarla un organismo independiente del que haya tomado la decisión del traslado y que ofrezca a la persona las garantías procesales mínimas; y
- ofrecer a la persona de que se trata la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado.

Si la solicitud del estatuto de refugiado recibe una respuesta afirmativa, deberá hallarse una solución duradera, que puede adoptar la forma de la integración local o el reasentamiento en un tercer Estado. El ACNUR puede cumplir un papel importante en hallar soluciones de tipo reasentamiento.

Si la solicitud de asilo no recibe una respuesta afirmativa, pero se ofrece protección complementaria, la persona no debe ser trasladada y se deberá hallar una solución alternativa. Podría tratarse de una liberación local o de un traslado a un tercer Estado, siempre y cuando no exista el riesgo de una devolución secundaria.

## Responsabilidades después del traslado

La índole de las responsabilidades del Estado expulsor después del traslado depende de si el traslado se ha efectuado en violación del principio de no devolución o no.

### Responsabilidades después de un traslado que ha contravenido el principio de no devolución

Los Estados que trasladan a personas en violación del principio de no devolución pueden tener dos formas de obligaciones después del traslado; en primer lugar, y como asunto de derecho, la obligación de ofrecer reparaciones; en segundo lugar, pueden seguir teniendo responsabilidades para con las personas trasladadas, a pesar de que sigue habiendo algunas dudas acerca de cómo deben ejercerse esas responsabilidades.

Una violación de una obligación impuesta por el derecho internacional da lugar a una obligación de ofrecer reparación<sup>110</sup>. La finalidad de la reparación es eliminar, en la medida de lo posible, las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que de-

110 Corte Internacional Permanente de Justicia, *Factory at Chorzow (Claim for Indemnity) case (Germany v. Poland) (Merits)*, PCIJ (ser. A) N° 17, 1928, p. 29. V. también el art. 1 de los artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 2001 (Artículos de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados), Doc. ONU A/CN.4/L.602/Rev.1, 26 de julio de 2001.

bería haber existido si tales hechos no se hubieran cometido. La reparación puede adoptar varias formas, como restitución, compensación o satisfacción. Estas reparaciones pueden solicitarse de manera única o combinada en respuesta a una violación en particular<sup>111</sup>.

Naturalmente, esta obligación también se aplica a las violaciones del principio de no devolución. A pesar de que esa obligación es incuestionable, la práctica real que indica la forma que debería adoptar la reparación es limitada y consiste, principalmente, en las conclusiones y las recomendaciones de los tribunales de derechos humanos y otros organismos de vigilancia.

Una de las razones de esa limitada práctica es que los organismos de vigilancia de los derechos humanos han tendido a abordar la devolución antes del traslado de la persona. Los procedimientos de traslado se suspenden mientras el organismo revisa el caso. Si el organismo de vigilancia de los derechos humanos determina que el traslado violaría el principio de no devolución, ordena que no se efectúe<sup>112</sup>. Dado que la mayoría de las decisiones actúan en forma preventiva, la cuestión de las reparaciones no se ha planteado con mucha frecuencia.

En los casos decididos después del traslado, hasta hace bastante poco la tendencia era llegar a un veredicto sobre qué tratado se había infringido y, posiblemente, otorgar una compensación como única forma de reparación<sup>113</sup>.

Si bien nunca han hecho referencia a las responsabilidades que los Estados siguen teniendo una vez efectuado el traslado, los organismos de vigilancia convencionales en ocasiones han solicitado a los Estados emisores que adopten algunas medidas de seguimiento. Por ejemplo, en *Ng c. Canadá*, tras determinar que el traslado del solicitante a procedimientos que podrían conducir a la pena de muerte violaba el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité instó a Canadá a efectuar todas las gestiones posibles para evitar la imposición de la pena de muerte y a asegurarse de que no se presentara una situación similar en el futuro<sup>114</sup>.

En el asunto *Ahani c. Canadá*, tras una deportación que expuso al demandante al riesgo de tortura, el Comité de Derechos Humanos instó a Canadá a otorgar reparaciones, si se determinaba que el demandante había sido sometido a tortura, pero no especificó la forma de la reparación. Además, en forma poco realista, dado que el demandante ya no estaba bajo el control efectivo de Canadá, solicitó al Estado

111 V. arts. de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados, arts. 31-34.

112 V., por ej., *Chahal v. The United Kingdom*, nota 28 *supra*, párr. 107.

113 V., por ej., Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Shamayev and 12 others v. Georgia and Russia*, Solicitud Nº 36378/02, fallo del 12 de abril de 2005, en el que el Tribunal decidió que se otorgara compensación financiera a los demandantes que hubieran sido trasladados en violación del artículo 3 de la Convención. Ello se debería, en parte, a la naturaleza de las reparaciones que estos organismos están autorizados a otorgar. Por ejemplo, en el art. 50 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo sólo puede otorgar "satisfacción", y en general el Tribunal ha interpretado que se trata sólo de compensación. Los poderes del Comité de Derechos Humanos son incluso más limitados: el art. 5(4) del Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sólo lo autoriza a remitir sus opiniones en cuanto a la existencia de una violación al demandante y al Estado Parte que corresponda.

114 *Chitai Ng v. Canada*, nota 16 *supra*, párr. 18. V. también *Roger Judge v. Canada*, caso donde el demandante había sido extraditado en contravención del Pacto a procedimientos que podrían conducir a la imposición de la pena de muerte en Estados Unidos, y donde el Comité de Derechos Humanos sostuvo que una reparación adecuada por la violación incluiría hacer todas las gestiones posibles para evitar que se impusiera la pena de muerte. *Roger Judge v. Canada*, nota 51 *supra*, párr. 12.

receptor “tomar todas las medidas necesarias para asegurar que el demandante no sea sometido a tortura en el futuro”<sup>115</sup>.

Análogamente, en 2006, en su revisión del segundo y el tercer informe periódico de Estados Unidos, el Comité abordó específicamente la cuestión de las responsabilidades después de la devolución. Sostuvo lo siguiente:

“El Estado Parte debería efectuar investigaciones exhaustivas e independientes de la denuncias según las cuales personas que han sido enviadas a terceros países donde han sido sometidas a torturas o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, modificar su legislación y sus políticas a fin de asegurarse de que no se repita una situación similar y ofrecer las correspondientes reparaciones a las víctimas.”<sup>116</sup>

El Comité contra la Tortura también ha comenzado a prestar atención a las reparaciones y a otras posibles responsabilidades posteriores al traslado. Por ejemplo, en el asunto *Brada c. Francia*, tras determinar que la expulsión del demandante a Argelia había contravenido el artículo 3 de la Convención contra la Tortura, el Comité contra la Tortura solicitó a Francia no sólo que le informara sobre las medidas tomadas para compensar al demandante, sino también sobre su paradero y su situación<sup>117</sup>.

A pesar de las limitaciones de sus competencias, los organismos de vigilancia de los derechos humanos han comenzado a mirar un poco más allá de la compensación para considerar otras responsabilidades posteriores al traslado que pueden dar mayor protección a las personas que siguen corriendo riesgos de sufrir tortura, malos tratos o privación arbitraria de la vida. Han centrado su atención en la provisión de información sobre el paradero y el estado de las personas trasladadas y sobre las gestiones realizadas por el Estado receptor en relación con su trato o con la imposición de la pena de muerte. Hasta la fecha, no han solicitado el retorno de las personas trasladadas.

### Responsabilidades después de un traslado que no ha contravenido el principio de no devolución

El derecho internacional humanitario sólo aborda las responsabilidades posteriores al traslado en casos en que el traslado no ha contravenido el principio de no devolución. Como se ha afirmado más arriba, el artículo 12 del III Convenio de Ginebra impide la transferencia de prisioneros de guerra a un Estado que no sea parte en el Convenio o que no pueda o no desee aplicarlo. Dispone también que, aun cuando se reúnan todos esos requisitos,

“en el caso de que [la] Potencia [a la que han sido transferidos los prisioneros de guerra] incumpla sus obligaciones de aplicar las disposiciones del Convenio en cualquier punto importante, la Potencia que haya transferido

115 *Roger Judge v. Canada*, nota 98 *supra*, párr. 12.

116 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Estados Unidos de América, nota 8 *supra*, párr. 16.

117 Comité contra la Tortura, *Mafhoud Brada v. France*, Comunicación N° 195/2002. Opiniones del Comité contra la Tortura del 17 de mayo de 2005, Doc. ONU CAT/C/34/D/195/2002, 24 de mayo de 2005, párr. 15.



a los prisioneros de guerra deberá, tras haber recibido una notificación de la Potencia protectora, tomar medidas eficaces para remediar la situación, o solicitar que le sean devueltos los prisioneros de guerra. Habrá de satisfacerse tal solicitud.”<sup>118</sup>

Según el Comentario del III Convenio de Ginebra, el Estado receptor no estaría cumpliendo lo dispuesto “en un punto importante” del Convenio si hubiera cometido infracciones graves del III Convenio de Ginebra contra los prisioneros de guerra o si no garantizara las condiciones generales de internamiento establecidas en el Convenio en lo relativo a las instalaciones, los alimentos, la higiene, el trabajo forzado y el trabajo remunerado, como puntos importantes<sup>119</sup>.

Las “medidas eficaces para remediar la situación” que los Estados emisores deben adoptar incluyen la provisión de asistencia directa, como la entrega de alimentos o el envío de personal y material médico, que el Estado receptor está obligado a aceptar<sup>120</sup>. El Comentario añade:

“Si, de todos modos, esas medidas resultaran inadecuadas, si se da un trato deficiente a los prisioneros no sólo a causa de dificultades temporarias, sino de la mala voluntad de la Potencia receptora, o si por alguna otra razón la situación no puede remediarse, la Potencia que haya transferido a los prisioneros debe pedir que le sean devueltos. En ningún caso la Potencia receptora puede negarse a cumplir con este pedido, al que debe responder lo más rápidamente posible”<sup>121</sup>.

De modo que la visión adoptada por el derecho internacional humanitario es significativamente más amplia que la del derecho internacional de los derechos humanos. No sólo impone responsabilidades a los Estados expulsores después del traslado, incluso en relación con las transferencias de personas donde no se ha violado el principio de no devolución, sino que la acción de reparación requerida es mucho más estricta y puede incluir solicitar el retorno de las personas trasladadas.

118 Esta disposición del III Convenio de Ginebra se reproduce en el art. 45(3) del IV Convenio de Ginebra, que ofrece la misma protección a los extranjeros en territorio de un Estado parte en un conflicto armado internacional.

119 Pictet, nota 20 *supra*. Con respecto a la disposición equivalente en el IV Convenio de Ginebra, según el Comentario, las violaciones de los arts. 27, 28 y 30-34 del IV Convenio de Ginebra darían lugar a una obligación del Estado que transfiere de adoptar medidas de reparación. Además, si las personas transferidas fueran privadas de libertad, debería hacerse especial referencia a las disposiciones relativas al internamiento y, en particular, a las referidas a la capacidad civil, el mantenimiento, los alimentos, la vestimenta, la higiene y la atención médica, las actividades religiosas e intelectuales, la correspondencia y los socorros. Pictet, nota 87 *supra*, pp. 268-269.

120 *Ibid.*, p. 139. Por ejemplo, el Comentario hace una referencia a una instancia, en agosto de 1945, es decir antes de que se adoptara el art. 12 del III Convenio de Ginebra, en la que el CICR hizo observar a los Estados Unidos la difícil situación de los prisioneros alemanes que Estados Unidos había transferido a las autoridades francesas, debido a la escasez general de alimentos que atravesaba Francia. Tras esa intervención, Estados Unidos entregó grandes cantidades de alimentos y ropa al CICR para que los distribuyera en los campamentos de prisioneros de guerra en Francia.

121 *Ibid.*

Un requisito esencial para que el Estado que transfiere cumpla sus obligaciones es establecer un sistema que le permita efectuar un seguimiento de la situación de las personas transferidas.

### **El efecto de las “seguridades diplomáticas”**

Por último, debemos detenernos en el efecto de las llamadas “seguridades diplomáticas” en las obligaciones que los Estados tienen en virtud del principio de no devolución. Esas seguridades son promesas que el Estado receptor hace al Estado emisor de que la persona trasladada no será sometida a tortura o a otras formas de malos tratos o a la imposición o la ejecución de la pena de muerte. Esas seguridades apuntan a eliminar el riesgo que puede conllevar el pedido de devolución. Los Estados recurren cada vez más a esas seguridades en un intento de evitar el riesgo de tortura u otras formas de malos tratos a fin de cumplir, o para algunos críticos, de eludir las obligaciones que tienen en virtud del principio de no devolución<sup>122</sup>.

Las seguridades pueden adoptar diversas formas. Pueden ser promesas escritas en acuerdos formales como notas verbales o memorandos de entendimiento, o seguridades formuladas de manera menos formal, incluso oralmente, a través de canales diplomáticos. En este artículo, empleamos en forma genérica e intercambiable los términos “seguridades” y “promesas” para hacer referencia a esos acuerdos.

Por lo general, recurren a las seguridades en relación con la pena de muerte los Estados que consideran que sus obligaciones de derechos humanos les impiden transferir a personas a situaciones donde es posible que se aplique esa pena. Suele aceptarse que una promesa de no pedir ni imponer o ejecutar la pena de muerte es un medio efectivo para evitar el riesgo de la pena de muerte y que las transferencias efectuadas después de haber recibido esas seguridades no violan el principio de devolución.

122 El lector podrá hallar análisis críticos de los traslados efectuados por Estados sobre la base de esas seguridades en, por ej., Human Rights Watch, *Empty Promises : Diplomatic Assurances No Safeguard against Torture*, abril de 2004 ; *Human Rights Watch, Still at Risk, Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture*, abril de 2005; Center for Human Rights and Global Justice, NYU Law, *Torture by Proxy : International and Domestic Law Applicable to ‘ Extraordinary Renditions ’*, 2004; Centre for Human Rights and Global Justice, NYU Law, *Beyond Guantánamo: Transfers to Torture One Year After Rasul v. Bush*, enero de 2005; y Amnesty International, *Afghanistan – Detainees transferred to torture : ISAF Complicity ?*, noviembre de 2007, ASA 11/011/2007; y Human Rights Watch, *Not the Way Forward : British Policy on Diplomatic Assurances*, octubre de 2008. Los argumentos contrarios pueden hallarse en, por ej., Kate Jones, ‘ Deportations with Assurances : Addressing Key Criticisms ’, *International and Comparative Law Quarterly*, vol 57 (2008), 183 y Ashley Deeks, ‘ *Promises Not to Torture : Diplomatic Assurances in U.S. Courts* ’, ASIL Discussion Paper Series, diciembre de 2008.

El efecto de las seguridades diplomáticas en las transferencias con respecto a los malos tratos es mucho más problemático<sup>123</sup>. Desde el punto de vista de la protección, muchas de las preocupaciones expresadas son absolutamente válidas, ya que la eficacia real de esas seguridades es dudosa. Si bien es simple determinar si un Estado ha cumplido su promesa de no pedir, imponer o ejecutar la pena de muerte, es mucho más difícil determinar si se ha cumplido la promesa de no maltratar a las personas privadas de libertad, pues ese trato se dará a puertas cerradas y es muy probable que se lo niegue.

Pese a que, como veremos, los organismos de vigilancia de los derechos humanos han depositado su fe en los mecanismos de vigilancia después del traslado, existen serias dudas en torno a si es posible establecer un mecanismo verdaderamente confiable y eficaz. Por otro lado, es probable que, en un lugar de detención, sólo se observe el trato dado en virtud de las seguridades diplomáticas a un pequeño número de personas. Por ello, será prácticamente imposible que el organismo de vigilancia comunique las denuncias de malos tratos al Estado emisor y al Estado detenedor “en forma anónima”, es decir sin hacer correr a las personas el riesgo de sufrir represalias por haber informado de los malos tratos al organismo de vigilancia. Por último, no queda claro, si se incumplen las promesas, qué recursos quedan a disposición de las personas afectadas. Este problema se ve agravado por la invocación con frecuencia fructífera del secreto de Estado cuando las víctimas de malos tratos en esas circunstancias han interpuesto un recurso ante los tribunales del Estado receptor.

Desde un punto de vista jurídico, algunas de las críticas formuladas contra las seguridades están fuera de lugar. Por ejemplo, a veces se afirma que no son vinculantes. Esa afirmación no puede generalizarse. Depende de la intención de las partes que esas promesas sean vinculantes o no. Con frecuencia, las promesas se hacen en el marco de lo que claramente se propone ser un acuerdo vinculante<sup>124</sup>. En cambio, el problema radica en si son confiables o no, es decir si pueden eliminar el riesgo que pareciera existir y que da lugar a la potencial devolución.

123 Los organismos de vigilancia de los derechos humanos se han centrado en las seguridades relativas a los malos tratos. Es interesante señalar que, en su informe de 2007, el Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria abordó la cuestión de las seguridades en relación con la licitud de la detención y el proceso equitativo, incluida la práctica de lo que suele llamarse “seguridades diplomáticas a la inversa”: promesas efectuadas por el Estado receptor de que la persona transferida será privada de libertad aunque no se le acuse de ningún delito y no haya ninguna otra base para ello. Esas promesas se hallan en algunos acuerdos relativos a la transferencia de personas detenidas en el contexto de la “guerra global contra el terror”. El Grupo de Trabajo observó que los Estados no podían aceptar detenidos en esas condiciones sin incumplir gravemente sus obligaciones en materia de derecho internacional de los derechos humanos. Esto no quiere decir que deban rechazarse todas las promesas del Estado receptor en el sentido de que va a tomar medidas para evitar que una persona que se considera una amenaza potencial para el Estado emisor, incluso después de la expulsión, se vea privada de libertad. Por ejemplo, se podría aceptar que el Estado receptor se comprometiese a mantener bajo vigilancia a la persona devuelta a su territorio, siempre que tal vigilancia no constituya una privación de libertad sin acusación previa, no conlleve un grado de injerencia que viole otros derechos fundamentales (como el derecho a la intimidad y a la vida familiar) y esté sujeta a un examen periódico. Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria, 9 de enero de 2007, párrs. 53-58.

124 Pueden plantearse cuestiones relativas a la aplicabilidad de los acuerdos a nivel nacional, sobre todo dentro de los Estados federales, como ocurrió por ejemplo en Estados Unidos en los procedimientos que dieron lugar al caso *Avena* ante la Corte Internacional de Justicia. CIJ, *Case concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. The United States of America)*, 31 de marzo de 2004.

Nadie discute que la recepción de esas promesas no afecta las obligaciones de los Estados en virtud del principio de no devolución. En particular, no afecta el derecho de las personas a impugnar la decisión de trasladarlas ni la obligación del Estado de garantizar que un organismo independiente investigue si los temores expresados por las personas que serán transferidas son bien fundados o no. La cuestión que hasta hace muy poco tiempo carecía de claridad es el valor que el organismo de revisión debe asignar a esas promesas en lo relativo a eliminar el riesgo que supone la devolución. Esa cuestión ha recibido considerable atención en los últimos años de los organismos de vigilancia de los derechos humanos. Si bien, al inicio, había cierta divergencia de puntos de vista, ahora parece haber un consenso en torno a la posición que debe adoptarse<sup>125</sup>. El factor determinante para decidir qué valor se ha de asignar a las seguridades es si existe una práctica sistemática de la tortura en el Estado receptor.

La cuestión de las seguridades diplomáticas se ha presentado en numerosas ocasiones ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal nunca ha condenado la práctica, pero tampoco ha adoptado una posición general<sup>126</sup>. En cambio, ha abordado la confiabilidad de las seguridades caso por caso, basando sus conclusiones en la situación general en el Estado receptor y en las circunstancias particulares del solicitante<sup>127</sup>.

Hasta la fecha, el Comité contra la Tortura no ha adoptado una posición general sobre la compatibilidad y el efecto de las seguridades diplomáticas en las obligaciones de los Estados en virtud de la Convención contra la Tortura. En su ju-

125 Con respecto a la no devolución en el derecho de los refugiados, la posición es clara: no se asigna *ningún* valor a las promesas cuando un refugiado es *devuelto*, directa o indirectamente, a su país de origen o al país donde residía previamente. Tampoco pueden hacerse valer las promesas para denegar el acceso de los solicitantes de asilo a los procedimientos tendientes a asignar estatuto de refugiado, *UNHCR Note on Diplomatic Assurances and International Refugee Protection*, agosto de 2006.

126 La cuestión del efecto de las seguridades se presentó de lleno ante el Tribunal en el asunto *Mamatkulov*. Sin embargo, el Tribunal no se manifestó expresamente acerca de la compatibilidad de las seguridades con el principio de no devolución. Consideró, sobre la base de los hechos que se le presentaron, que no podía concluir que existieran, en el momento del traslado, razones fundadas para creer que los solicitantes estaban ante un riesgo real de sufrir tortura o malos tratos. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Solicitudes N° 46827/99 y 46951/99, sentencia del 4 de febrero de 2005.

127 Por ejemplo, en el caso *Chahal* antes mencionado, en vista de la situación imperante en India en ese momento y, en particular, del hecho de que los malos tratos infligidos por algunos miembros de las fuerzas de seguridad era “un problema recalitrante y persistente”, así como de los antecedentes del solicitante, el Tribunal no estaba convencido de que las seguridades dadas por el Estado receptor de que el solicitante no sería maltratado fueran suficientes para eliminar ese riesgo. *Chahal v. The United Kingdom*, nota 28 *supra*, párr. 105. V. también el caso *Saadi v. Italy*, nota 13 *supra*, párr. 148. En realidad, el Tribunal se ha basado en las seguridades para respaldar su pedido a un Estado emisor de abstenerse de efectuar el traslado mientras estuviera revisando una solicitud. En el caso *Shamayev*, donde se le solicitó decidir sobre la extradición inminente de Georgia a Rusia de un número de chechenos acusados de terrorismo, el Tribunal pidió a Georgia que no efectuara el traslado mientras revisaba el caso. Tras recibir las seguridades de Rusia de que no impondría la pena de muerte, de que la salud y la seguridad de los chechenos serían protegidas, de que se les brindaría libre acceso a la atención médica y el asesoramiento legal, de que se les brindaría libre acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y libre correspondencia con éste, de que el Tribunal tendría libre acceso y la posibilidad de comunicarse con ellos, incluida la posibilidad de visitarlos, el Tribunal dio curso al pedido, es decir que decidió aceptar *él mismo* las promesas. *Shamayev and 12 others v. Georgia and Russia*, nota 113 *supra*.

risprudencia, el hecho de que se hayan recibido seguridades diplomáticas no es sino uno entre muchos factores que debe considerar el Comité al evaluar la existencia de un riesgo de tortura<sup>128</sup>.

Más recientemente, como los Estados han recurrido con mayor frecuencia a las seguridades, el Comité contra la Tortura ha comenzado a analizarlas con mayor detenimiento<sup>129</sup>. Por ejemplo, abordó la cuestión de las seguridades diplomáticas en 2006, en sus Conclusiones y recomendaciones sobre el segundo informe periódico de Estados Unidos. Expresó su preocupación por la utilización por el Estado Parte de las “seguridades diplomáticas”, el secreto de esos procedimientos, la ausencia de escrutinio judicial y de mecanismos de vigilancia para determinar si las seguridades se han respetado. Por ello, recomendó lo siguiente:

“Para determinar la aplicabilidad de sus obligaciones de no devolución previstas en el artículo 3 de la Convención, el Estado Parte ha de utilizar las “seguridades diplomáticas” únicamente respecto de los Estados que no violan sistemáticamente las disposiciones de la Convención, una vez examinado cabalmente el fondo de cada caso. Ha de disponer y cumplir procedimientos claros para obtener esas seguridades, con un mecanismo judicial adecuado de reexamen, y mecanismos efectivos de vigilancia aplicables tras el regreso”<sup>130</sup>.

El Comité de Derechos Humanos también consideró las seguridades diplomáticas en su revisión del segundo y el tercer informes periódicos de Estados Unidos en 2006. Recomendó lo siguiente:

“El Estado Parte debería proceder con máximo cuidado en el uso de las garantías diplomáticas y adoptar procedimientos claros y transparentes, con los adecuados mecanismos judiciales de revisión, antes de trasladar a un detenido a terceros países. Debería asimismo establecer mecanismos eficaces para vigilar escrupulosa y rigurosamente el traslado de detenidos a terceros países. El Es-

128 V., por ej., Comité contra la Tortura, *Hanan Ahmed Fouad Abd El Khalek Attia v. Sweden*, Comunicación N.º 199/2002, Opiniones del Comité contra la Tortura del 17 de noviembre de 2003, Doc. ONU CAT/C/31/D/199/2002, párr. 12.2. En el caso de *Agiza v. Sweden*, que se presentó ante el Comité después de que el solicitante hubiera sido trasladado a Egipto y maltratado, el Comité sólo observó que las seguridades diplomáticas ofrecidas por Egipto, que carecían de un mecanismo efectivo de aplicación, no alcanzaron en la práctica para proteger al solicitante del riesgo evidente de tortura. No abordó la cuestión del valor que Suecia debería haber asignado a las seguridades para determinar si transfería o no al solicitante, *Agiza v. Sweden*, nota 96 *supra*, párr. 13.4

129 Por ejemplo, en su revisión del cuarto informe periódico del Reino Unido, en 2004, el Comité expresó su preocupación porque “el declarado recurso por el Estado Parte a la obtención de garantías diplomáticas en el contexto de devoluciones en circunstancias en las que los criterios mínimos en relación con dichas garantías, lo que incluye acuerdos de supervisión para después del retorno y garantías adecuadas del debido proceso, no están totalmente claros y, por lo tanto, no puede evaluarse en función de su compatibilidad con el artículo 3 de la Convención”. Comité Contra la Tortura, Conclusiones y recomendaciones, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y Territorios Dependientes, nota 9 *supra*, párr. 4(d). La respuesta del Reino Unido a estas recomendaciones se halla en *Comments by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the conclusions and recommendations of the Committee against Torture*, nota 31 *supra*, párrs. 49-69.

130 Comité contra la Tortura, Conclusiones y recomendaciones, Estados Unidos de América, nota 9 *supra*, párr. 21.

tado Parte debería saber que en los países en que la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes constituyen una práctica común, es probable que se recurra a ellos independientemente de las garantías que se den, por más estrictos que puedan ser los procedimientos de seguimiento acordados”<sup>131</sup>.

Los sucesivos Relatores especiales de la ONU sobre la cuestión de la tortura han adoptado una postura cada vez más estricta. En su informe provisional de 2002, el entonces Relator, Theo van Boven, utilizó expresiones que dejan suponer que se podría confiar en garantías inequívocas de no maltratar a una persona si se ha establecido un sistema de vigilancia del trato que se dará a la persona transferida<sup>132</sup>.

Retomó la cuestión de las seguridades diplomáticas en su informe provisional de 2004. En reacción al hecho de que, en los dos años transcurridos entre su informe anterior, debió enfrentar numerosas instancias donde había claros indicadores de que las seguridades no se habían respetado, expresó su posición de forma más detallada. Sostuvo lo siguiente:

“En los casos en que se pueda aplicar esta definición de “práctica sistemática” de la tortura, el Relator Especial opina que debe observarse estrictamente el principio de no devolución y que no debe recurrirse a las garantías diplomáticas.”<sup>133</sup>

Con respecto a otras situaciones, tras reiterar la condición que había formulado dos años antes acerca de que las seguridades debían contener garantías inequívocas y prever un mecanismo de vigilancia, propuso varios requisitos que las seguridades diplomáticas deberían reunir para hacerlas “sólidas, efectivas y verificables”<sup>134</sup>. En particular, observó que:

“Las garantías deben incluir, como mínimo, disposiciones relativas al acceso rápido a un abogado, la grabación (preferentemente en vídeo) de todos los interrogatorios y la identificación de todos los presentes en la grabación, la realización de un examen médico independiente sin dilación y la prohibición de la detención en régimen de incomunicación y en lugares de detención no revelados...”

Por último, se ha de establecer un sistema efectivo de vigilancia para asegurar que las garantías sean fiables y válidas. La vigilancia debe realizarse de forma rápida y periódica e incluir entrevistas privadas. Además, ha de correr a cargo de personas u organizaciones independientes que informen periódicamente a las auto-

131 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, Estados Unidos de América, nota 8 *supra*, párr. 16.

132 Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2 de julio de 2002, Doc. ONU A/57/173, párr. 35.

133 Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 1 de septiembre de 2004, Doc. ONU A/59/324, párr. 37.

134 *Ibid.*, párr. 40.

ridades responsables de los Estados emisores y receptores”<sup>135</sup>.

El más reciente Relator Especial, Manfred Nowak, quien asumió el cargo en 2004, ha adoptado una línea más estricta sobre las seguridades diplomáticas<sup>136</sup>. En agosto de 2005, dio a conocer una declaración crítica en respuesta al anuncio del Reino Unido de que tenía la intención de deportar a personas a los Estados de su nacionalidad sobre la base de acuerdos bilaterales en los que se habían obtenido las seguridades de que las personas no serían sometidas a tortura o malos tratos. El Relator Especial expresó su preocupación por esa nueva práctica que, en su opinión, era un intento de eludir el principio de no devolución. En su opinión, el hecho de que las seguridades fueran obtenidas era una prueba del hecho de que el Estado emisor percibía la existencia de un riesgo considerable de que el deportado fuera sometido a tortura o a malos tratos al llegar al país receptor. Las seguridades diplomáticas no eran un instrumento adecuado para erradicar ese riesgo. En su declaración, instó a los Estados a abstenerse de obtener seguridades diplomáticas o de concertar memorandos de entendimiento para eludir su obligación internacional de no deportar a ninguna persona si existía un riesgo grave de que fuera sometida a tortura o a malos tratos<sup>137</sup>.

Manfred Nowak también dedicó una parte significativa de su informe de 2005 a la Asamblea General de la ONU a la cuestión de la no devolución y de las seguridades diplomáticas. Tras revisar la práctica de los organismos de vigilancia de los derechos humanos, expresó su opinión de que los mecanismos de vigilancia después del retorno eran de poca ayuda para mitigar el riesgo de tortura y habían demostrado su ineficacia tanto para salvaguardar de la tortura y como mecanismo de rendición de cuentas<sup>138</sup>. Concluyó su informe con una crítica severa de las seguridades diplomáticas:

“las garantías diplomáticas no son dignas de crédito y son ineficaces para proteger de la tortura y los malos tratos: por lo general, se trata de obtener ese tipo de garantías de los Estados donde la práctica de la tortura es sistemática; donde los mecanismos de seguimiento posterior a la devolución han demostrado que no ofrecen ninguna garantía contra la tortura; donde las garantías diplomáticas no son jurídicamente vinculantes, por lo que carecen de efectos jurídicos y no cabe exigirse responsabilidad si no se cumplen; y donde la persona a la que las garantías tienen por objeto proteger carece de recursos si se violan esas garantías. Por consiguiente, el Relator Especial opina que los Estados no pueden recurrir a las garantías diplomáticas

135 Ibid, párrs. 41-42.

136 En su declaración a la Comisión de Derechos Humanos en 2005, reiteró su opinión, ya expresada por su predecesor, acerca de que las seguridades diplomáticas no son un medio adecuado para satisfacer el principio de no devolución en relación con las transferencias a países donde la tortura se practica en forma *sistemática*. Comunicado de prensa de la ONU, Statement of the Special Rapporteur on Torture, Manfred Nowak to the 61st Session of the UN Commission on Human Rights, 4 de abril de 2005, disponible en [www.ohchr.org/english/press/newsFrameset-2.htm](http://www.ohchr.org/english/press/newsFrameset-2.htm) (consultado en octubre de 2008).

137 Ibid.

138 Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. ONU A/60/316, 30 de agosto de 2005, párr. 46.

como salvaguardia contra la tortura y los malos tratos cuando haya razones fundadas para creer que una persona estaría en peligro de ser sometida a tortura o malos tratos a su regreso”<sup>139</sup>.

Sucesivas resoluciones de la Asamblea General sobre la tortura han hecho referencia a las seguridades diplomáticas de manera general y han sostenido que el hecho de recurrir a ellas no exime a los Estados de las obligaciones que les imponen el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho de los refugiados<sup>140</sup>.

Por otro lado, la Subcomisión de Derechos Humanos abordó la cuestión de las seguridades diplomáticas con un grado de detalle considerable en su resolución 2005/12 sobre los traslados. Confirmó lo siguiente:

- “4. ... cuando en un Estado determinado la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes son generalizados o sistemáticos, en particular si un órgano de vigilancia de un tratado de derechos humanos o un procedimiento especial de la Comisión de Derechos Humanos han determinado la existencia de esa práctica, existe la presunción de que cualquier persona sujeta a un traslado correría el riesgo real de verse sometida a ese trato, y recomienda que, en esas circunstancias, no se abandone la presunción a pesar de cualquier garantía, promesa o compromiso de las autoridades del Estado al que se ha de trasladar a la persona;
- ...
6. Recomienda encarecidamente que, en situaciones en que haya un riesgo real de tortura o trato cruel, inhumano o degradante en un caso en particular, no se proceda a ningún traslado a menos que:
  - a) Las autoridades del Estado que realiza el traslado soliciten y reciban garantías, promesas y otros compromisos vinculantes dignos de crédito del Estado al que se trasladará a la persona de que ésta no será sometida a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes;

139 *Ibíd.* párr. 51. Se podría interpretar que esta declaración supone que nunca debe darse ningún tipo de valor a las seguridades, incluso en relación con las transferencias a Estados donde no existe una práctica sistemática de la tortura. Sin embargo, en una reunión de especialistas en derechos humanos del Consejo de Europa, convocada para analizar las seguridades diplomáticas, en respuesta a una pregunta específica sobre si podrían autorizarse las seguridades en relación con países donde no hubiera riesgos importantes de torturas, el señor Nowak pareció adoptar una mirada menos estricta y respondió que esas garantías adicionales, con la condición de que no apuntaran a eludir las obligaciones internacionales de no devolución, no serían perniciosas. Consejo de Europa, Comité Permanente de Derechos Humanos, Grupo de Especialistas en derechos humanos y lucha contra el terrorismo, Informe de la reunión, primera reunión, nota 103 *supra*, párr. 3.

140 V., por ej., Resolución de la Asamblea General sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. ONU A/RES/60/148, 16 de diciembre de 2005, párr. 8; Res. AG sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. ONU A/RES/61/153, 19 de diciembre de 2006, párr. 9, y Res. AG sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Doc. ONU A/RES/62/148, 18 de diciembre de 2005, párr. 12. El Consejo de Derechos Humanos también ha sido general. V., por ej., Res. del Consejo de Derechos Humanos 8/8, Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 18 de junio de 2008, párr. 6(d).



- b) Se disponga por escrito que las autoridades del Estado que realiza el traslado podrán visitar periódicamente a la persona trasladada en su lugar de detención, con la posibilidad de exámenes médicos, y que las visitas incluirán reuniones privadas en cuyo curso las autoridades que realizaron el traslado determinarán el trato que se imparte a la persona trasladada;
- c) Las autoridades del Estado que realiza el traslado se comprometan por escrito a realizar las mencionadas visitas periódicas<sup>141</sup>.

A nivel regional, además de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la que ya hemos hecho referencia, también abordaron el tema de las seguridades diplomáticas el Comité de Prevención de la Tortura —organismo de vigilancia de la Convención Europea para la Prevención de la Tortura—<sup>142</sup>, el Grupo de Especialistas en Derechos Humanos y Lucha contra el Terrorismo del Consejo de Europa<sup>143</sup>, la Comisión de Venecia del Consejo de Europa en su informe sobre

141 Subcomisión de Derechos Humanos, resolución 2005/12, nota 34 *supra*, párrs. 4-6.

142 El Comité no llegó a una conclusión sobre la legitimidad de las seguridades diplomáticas y señaló que el riesgo que se corría y la confiabilidad de las seguridades recibidas deberían evaluarse sobre la base de las circunstancias específicas de cada caso. Con respecto a los mecanismos de vigilancia, sostuvo que tendría que ver propuestas convincentes para llegar a contar con un mecanismo eficaz y factible. En su opinión, ese mecanismo podría tener que incorporar algunas garantías clave, incluido el derecho a que personas independientes y calificadas visiten a las personas de que se trate, sin previo aviso, y las entrevisten en privado en un lugar de su elección. El mecanismo también tendría que ofrecer los medios para garantizar que se adoptará una acción correctiva inmediata, en caso de que se sepa que las seguridades dadas fueron incumplidas. 15º Informe general sobre las Actividades del CPT, correspondiente al período 1 de agosto de 2004-31 de julio de 2005, Estrasburgo, 22 de septiembre de 2005, párrs. 38-42.

143 Consejo de Europa, Comité Permanente de Derechos Humanos, Grupos de especialistas en derechos humanos y lucha contra el terrorismo, Informe de reunión, primera reunión, nota 101 *supra*; e Informe de reunión, segunda reunión, nota 101 *supra*. El Grupo se reunió en dos ocasiones para analizar el tema de las seguridades diplomáticas en el contexto de la lucha contra el terrorismo. Sus análisis se centraron en las expulsiones donde hubiera un riesgo de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. También se le pidió que considerara la conveniencia de desarrollar un instrumento jurídico del Consejo de Europa sobre las seguridades diplomáticas. Al término de la segunda reunión, en marzo de 2006, el Grupo destacó varios puntos, incluidos los siguientes:

3. los Estados deberán abstenerse de expulsar a una persona cuando haya razones de peso para creer que estará sometida al riesgo real de recibir un trato contrario al artículo 3 [de la Convención Europea de Derechos Humanos];

4. la evaluación [de la existencia del riesgo] debería ser evaluada caso por caso. No puede haber una lista de Estados “seguros” e “inseguros”;

5. la existencia de seguridades diplomáticas en un caso en particular no exime a los Estados emisores de su obligación de no expulsar si hay razones de peso para creer que existe un riesgo real de un trato contrario al artículo 3 [de la Convención Europea de Derechos Humanos]. En otras palabras, las seguridades diplomáticas no son una alternativa a una evaluación completa de los riesgos.

Sin embargo, el Grupo no logró alcanzar un acuerdo sobre el papel y el impacto potenciales de las seguridades diplomáticas para mitigar o eliminar el riesgo de tortura o de otras formas de malos tratos. Dada la considerable divergencia de opiniones, el Grupo decidió que no era conveniente que el Consejo de Europa elaborara un instrumento jurídico sobre el tema. Informe de reunión, segunda reunión, Estrasburgo, 29-31 de marzo de 2006, DH-STER(2006)005, párrs. 9-17. Puede hallarse un resumen de los debates del Grupo en el Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Doc. ONU E/CN.4/2006/6, 23 de diciembre de 2005, párrs. 31-32.

los lugares de detención secretos y el transporte de prisioneros entre Estados<sup>144</sup>, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>145</sup>.

Habida cuenta de todo lo antes expuesto, los organismos de vigilancia de los derechos humanos son unánimes en su opinión de que las seguridades diplomáticas no pueden utilizarse para eludir las obligaciones que conlleva el principio de no devolución y, lo que es muy importante, que no afectan el derecho individual a que un organismo de revisión independiente examine si los temores de la persona son fundados o no. Las seguridades son un factor entre muchos otros que esos organismos deben considerar. También parece haber consenso en cuanto a que el valor que debe asignarse a esas seguridades varía según la situación en el Estado receptor. En relación con las transferencias a Estados donde existe “una práctica sistemática de la tortura”, las seguridades no eliminan el riesgo de malos tratos y, por lo tanto, no se las debe considerar suficientes para decidir la devolución. Con respecto a las transferencias a otros Estados, se puede asignar cierto valor a las seguridades siempre y cuando incluyan alguna forma de mecanismos de vigilancia después del traslado. Si bien el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura se ha expresado en contra de recurrir a las seguridades diplomáticas en toda circunstancia, pues descree de la eficacia de los mecanismos de vigilancia después del traslado, otros organismos de vigilancia no han adoptado una posición tan categórica.

144 Sobre la cuestión de las seguridades diplomáticas, la Comisión concluyó que “las seguridades diplomáticas deben ser vinculantes para el Estado emisor y deben ser inequívocas; cuando existen pruebas considerables de que un país practica o permite la tortura respecto de ciertas categorías de detenidos, los Estados miembros del Consejo de Europa deben rechazar las seguridades cuando se les presentan pedidos de extradición de prisioneros pertenecientes a esas categorías”. Opinión sobre las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa respecto de los lugares de detención secretos y del transporte de detenidos entre Estados, aprobado por la Comisión de Venecia en su 66<sup>o</sup> sesión plenaria, Venecia, 17-18 de marzo de 2006, Opinión .363/2005, CL-AD(2006)009, párr. 159. Conclusión g. V. también el debate en los párrs. 141-142.

145 La Comisión abordó la cuestión en relación con los detenidos en Guantánamo en una decisión sobre las medidas cautelares, donde afirmó que “cuando existen razones de peso para creer que un detenido correría el peligro de ser sometido a tortura o a otros malos tratos, el Estado debería asegurar que el detenido no sea transferido ni expulsado y que las seguridades diplomáticas no se utilicen para eludir la obligación de no devolución que pesa sobre el Estado”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, decisión sobre medidas cautelares para los detenidos en la Bahía de Guantánamo, nota 97 *supra*, p. 10. Este punto fue reiterado en una resolución sobre el mismo tema. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/06 sobre las medidas cautelares en la Bahía de Guantánamo del 28 de julio de 2006, párr. 4.