
**SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA RELATIVA AL ALCANCE Y FIN
DEL DERECHO DE ASILO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS, DEL DERECHO INTERAMERICANO Y
DEL DERECHO INTERNACIONAL**

ELEVADA POR EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

**ESCRITO DE *AMICUS CURIAE* PRESENTADO ANTE LA HONORABLE
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**CLÍNICA JURÍDICA DE DERECHOS HUMANOS
*PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI***

Mayo 2017

Santiago de Cali, 4 de mayo de 2017

Señor Doctor,
PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI
Secretario
Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Javeriana – Cali, es un actor promotor y defensor de los Derechos Humanos, que, bajo el respaldo institucional de la Pontificia Universidad Javeriana – Cali, asume labores de litigio estratégico, capacitación, monitoreo y prevención en materia de Derechos Humanos, principalmente en el suroccidente colombiano. En asocio con diferentes organismos estatales, nacionales e internacionales, así como con otras clínicas jurídicas y organizaciones no gubernamentales, ha emprendido labores de difusión, promoción y protección de los Derechos Humanos.


En el marco de sus labores, prepara grupos de estudiantes con la misión de representar a la Universidad en diferentes concursos nacionales e internacionales de simulación de litigio en materia de derecho internacional de los derechos humanos. Igualmente, tiene a su cargo labores de investigación en temáticas actuales y relevantes en la materia, tarea dentro de la cual realiza esta intervención en el marco de la solicitud de Opinión Consultiva elevada por la República del Ecuador.

Este *Amicus Curiae* es suscrito por su director, RAÚL FERNANDO NÚÑEZ MARÍN, y en este participaron los estudiantes:

Ivan Darío Zapata Duque
Santiago Botero Giraldo
Laura Hernández Cabrera
Angie Arango Cuartas
Susana Burbano Montenegro
Paloma Montes Barrera

Juan Emilio Sánchez Hernández
David Claros Hernández (Abogado)
Liliana Ochoa Garzón
Manuela Jiménez Varela
Juan Sebastián Berna Acevedo

Atentamente,



Raúl Fernando Núñez Marín
Director Clínica de Derechos Humanos
Pontificia Universidad Javeriana – Cali

Contenido:

I. INTRODUCCIÓN

- i) Justificación y procedencia de la Opinión Consultiva

II. CONSIDERACIONES DE DERECHO

- i) El desarrollo histórico del asilo como institución del Derecho Internacional Público
- ii) El derecho de asilo en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos
 - i. Diferencia conceptual entre asilo y refugio
 - ii. Asilo territorial y asilo diplomático
 - iii. Jurisprudencia internacional en la materia
 - a) Sistema Interamericano de Derechos Humanos
 - b) Sistema Europeo de Derechos Humanos
- iii) La práctica latinoamericana

III. CONCLUSIONES

- i) Respuestas a las preguntas elevadas por el Estado de Ecuador

I. INTRODUCCIÓN

i) Justificación y procedencia de la Opinión Consultiva

La función consultiva de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene especial relevancia en la actualidad, en tanto que por mérito de lo decidido en el procedimiento consultivo referido a la *OC-21* y la sentencia de supervisión de cumplimiento del caso *Gelman Vs. Uruguay*, esta Corte reconoció que en el ejercicio del control de convencionalidad, como obligación de los jueces y demás funcionarios en ejercicio de función pública al interior de los Estados americanos, se deben tener en consideración, no solo los pronunciamientos contenciosos respecto de su país respectivo; *res judicata*, y aquellos en el marco de procesos contenciosos con terceros Estados que han reconocido la competencia de la Corte; *res interpretata*, sino también las consideraciones esbozadas por la Corte en ejercicio de su función consultiva.

En ese sentido, la presente opinión consultiva significa una oportunidad para que la Corte afiance la costumbre regional de asilo y refugio, teniendo en consideraciones las nuevas tendencias de los fenómenos migratorios en un contexto en que el fortalecimiento de las fronteras y la limitación de las figuras de protección internacional están haciendo ceder el derecho de asilo y la institución del refugio del ámbito del derecho internacional de los derechos humanos hacia consideraciones limitadas con base en la doctrina tradicional de la soberanía territorial de los Estados

Sostener la dicotomía entre las figuras de asilo y refugio garantiza que; en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, en lo tocante al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se ofrezcan formas de protección internacional comprensivas de las coyunturas que para una persona o familia hace imposible acogerse a la protección y control de su Estado de origen.

II. CONSIDERACIONES DE DERECHO

i) El desarrollo histórico del asilo como institución del Derecho Internacional Público

El concepto del asilo es, sin lugar a dudas, tan antiguo como la humanidad misma. La impredecibilidad de las relaciones con nuestros congéneres, hizo necesario desde tiempos inmemorables la búsqueda de un refugio que brindara seguridad ante la inminencia de la catástrofe. Ya desde el siglo V a.C., el célebre dramaturgo griego ESQUILO advertía en su obra *Las suplicantes* la costumbre helena de otorgar protección a los extranjeros que acudieran a la *polis*, amparándose en el carácter

sagrado de los lugares destinados al culto¹. En este caso, la garantía del asilo era una cuestión de derecho divino, que sobrepasaba las leyes de los hombres y debía ser otorgado por el soberano en aras de “*guardarse de un sacrilegio*”. A raíz de lo anterior, la etimología moderna de la expresión *asilo* proviene del vocablo griego ἄσυλον – (*ásylos*), que significa literalmente “sin derecho a la captura”².

La noción de un “lugar sagrado” donde los extranjeros y los forajidos no podrían ser aprehendidos por miedo a la retaliación divina es recurrente en la historia humana. En la tradición judeocristiana, las sagradas escrituras señalan las “*ciudades de refugio*” del Rey Salomón³, que fueron erigidas en virtud del mandato divino otorgado a Moisés y a las cuales podría ir el homicida “*que hiriere a alguno de muerte sin intención*”, garantizándole su integridad y un juicio “*delante de la congregación*”⁴.

Tras la promulgación del *Edicto de Tesalónica* en el año 380 d.C., el reconocimiento del cristianismo como religión oficial del Imperio Romano, tuvo importantes repercusiones en materia de la consolidación histórica de un verdadero derecho de asilo. Así, la Iglesia Católica instituyó mediante los Concilios de Sardis (347 d.C.) y Toledo (681 d.C.), la prohibición de aprehender a cualquier persona a una distancia de 35 pasos de la edificación del templo so pena de que los perseguidores fuesen excomulgados o castigados espiritualmente⁵.

Con el auge de la secularización, y el desvanecimiento progresivo de la Iglesia como un actor principal en la política internacional, la práctica del asilo mutó de una institución de carácter religioso, a estar estrechamente vinculada con el concepto de soberanía Estatal y el ejercicio de la extradición⁶. De este modo, la protección al individuo se garantizaba en la totalidad del territorio del Estado que recibía. Este nuevo *asilo territorial*, llegó a su cénit con posterioridad a la caída del Imperio Romano y el surgimiento desmesurado de una multiplicidad de Estados independientes y soberanos en el centro de Europa, con rivalidades irreconciliables entre ellos⁷.

La práctica del asilo territorial empezó a verse limitada con el paso del tiempo. Los reyes y los señores feudales, celosos de sus propios intereses, limitaron de forma casi absoluta la concesión de asilo por motivos políticos, reservándolo a casos excepcionales y de gran relevancia. Incluso, ya desligada de toda connotación religiosa, los monarcas vulneraban en numerosas ocasiones la protección otorgada

¹ REALE, Egidio., *Le droit d'asile*. Recueil des cours – Académie de droit international de La Haye, Vol. 63 (1938), pp. 473;

² OMEBA, “*Asilo, derecho de*”, en Enciclopedia Jurídica Omeba., pp. 826.

³ RIVELES, Susanne. *Diplomatic Asylum as a Human Right: The Case of the Durban Six*. En *Human Rights Quarterly*, Vol. 11, No. 1 (Feb., 1989), pp. 143;

⁴ Números 35: 11 – 25 (Edición Reina Valera 1960);

⁵ PRAKASH SINHA, S., *Asylum and International Law*. Martinus Nijhoff, 1971, pp. 11;

⁶ *Ibidem*, pp. 15;

⁷ *Ibidem*, pp. 17;

por el Estado asilante, siguiendo a los forajidos a otras latitudes o enfrascándose en conflictos bélicos y políticos con sus vecinos.

Tras el Congreso de Westfalia de 1648, y la consecuente consolidación de una diplomacia permanente entre los Estados Europeos del siglo XVII, se vio la necesidad de establecer ciertas reglas relativas a la inviolabilidad de la persona del embajador, así como de sus propiedades⁸. En consecuencia, la residencia del embajador empezó a ser custodiada⁹, y la misión diplomática se consolidó como un lugar seguro, completamente aislado del ejercicio de la jurisdicción del Estado que recibe. En punto de lo anterior, sostiene GROCIO que,

*“definitivamente opino que agradó a las gentes, que la costumbre común que a cualquiera que existe en territorio ajeno lo somete al territorio de aquel lugar, tuviera excepción en los legados, para que los que por cierta ficción son considerados (...) como fuera del territorio, y, por tanto, no son obligados por el derecho civil del pueblo con el que viven”*¹⁰

La práctica de los embajadores de recibir indiscriminadamente individuos de toda clase en las legaciones, pronto decantó en conflictos de gran magnitud relativos al alcance de las prerrogativas de la misión diplomática. Así, la práctica de este *asilo diplomático* comenzó a caer en desuso en Europa¹¹, en parte también por la presión ejercida por marcados detractores como el Papa Inocencio XI, quien entre otras cosas abogó por la abolición del *franchise des quartiers*¹² entre los monarcas de la época.

No obstante, a pesar del declive europeo de la institución, en América Latina se estaba consolidando como la respuesta *par excellence* a las constantes crisis políticas propias de la incipiente independencia de los Estados latinoamericanos. Los agentes del Estado colombiano ante la Corte Internacional de Justicia en el caso *Asylum* de 1949, sintetizan con suficiencia la idea anterior al afirmar que:

"The American institution of asylum, with the special characteristics which it assumes on the continent, is, in short, the result of two coexisting phenomena deriving from law and politics respectively and in evidence throughout the history of this group of States: on the one hand, the power of democratic principles, respect for the individual and for freedom of thought; on the other hand, the unusual frequency of revolutions and

⁸ NACIONES UNIDAS., *Question of Diplomatic Asylum : Report of the Secretary-General*, 22 de Septiembre de 1975, A/10139 (Part II), tomado de: <http://www.refworld.org/docid/3ae68bf10.html>

⁹ DEN HEIJER, Maarten., *Diplomatic Asylum and the Assange Case*. Leiden Journal of International Law, Vol. 26 (2013), pp. 402;

¹⁰ GROCIO, Hugo., *Del derecho de la guerra y de la paz, Tomo III*. Editorial Reus : Madrid, pp. 29;

¹¹ NACIONES UNIDAS., *Question of Diplomatic Asylum : Report of the Secretary-General, Op. cit.*;

¹² Prerrogativa de la que gozaban los embajadores de declarar la inmunidad de jurisdicción a todo el bloque de la ciudad en donde estaba ubicada la embajada.

*armed struggles which, after each internal conflict, have often endangered the safety and life of persons on the losing side*¹³

Conforme a lo anterior, los Estados se han mostrado reacios a la positivización del derecho de asilo. Precisamente, la Comisión de Derecho Internacional, en numerosas oportunidades, intentó incluir el tema en su agenda de trabajo, siendo infructuosos sus avances en la materia. Por el contrario, a nivel interamericano la institución ha sido específicamente codificada por medio de tratados de carácter regional, siendo el primero de ellos el Tratado sobre Derecho Penal Internacional, de 1889, y con posterioridad las convenciones de La Habana (1928), Montevideo (1933), y Caracas (1954). Estos instrumentos sobre asilo diplomático y territorial, unidos a la figura de la no extradición por motivos políticos, han venido a denominarse *tradicción latinoamericana del asilo*.

Posteriormente, el derecho de asilo latinoamericano registró un desarrollo normativo considerable al ser considerado como un Derecho Humano, tal como puede apreciarse en el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, que derivó en el reconocimiento de un derecho individual de buscar y recibir asilo, según consta en el artículo 22.7 de la Convención Americana y en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 14 reconoce el derecho de buscar asilo y disfrutar de el en cualquier país. En 1951, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, reconocieron de manera universal la condición de refugiado, mientras que la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos reconoce en su artículo 12.3 el derecho de todo individuo cuando este es perseguido a buscar y obtener asilo en otros países de conformidad con las leyes de esos países y los convenios internacionales en la materia.

ii) El derecho de asilo en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

i. Diferencia conceptual entre asilo y refugio

El análisis de la dicotomía entre los términos “asilo” y “refugio” supera una cuestión estrictamente semántica y representa un elemento indispensable para el presente estudio, como quiera que el alcance de las obligaciones internacionales de los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene asidero en el contenido jurídico que se le otorga a cada cual. Sobre este tema, ESPONDA FERNÁNDEZ enseña que “[e]stá en el origen de la tradición latinoamericana identificar el asilo solamente con su modalidad de asilo diplomático. Esta identificación

¹³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA., *Pleadings, Oral Arguments, Documents, Asylum Case*, vol. I, p. 25

*originaria puede ser considerada como una de las fuentes de la confusión terminológica contemporánea*¹⁴.

En efecto, a partir del Tratado sobre Derecho Penal Internacional de 1889, se empleó el término “asilo” para referirse al asilo diplomático, y “país del refugio” para hacer referencia al Estado que concedía la protección al asilado. Con posterioridad, el Tratado sobre Asilo y Refugio Político de 1939, asimiló el concepto de “refugio” a la concesión del asilo territorial por parte de otro Estado, generando una confusión aún mayor entre académicos y diplomáticos de la época. Finalmente, con la suscripción de los Tratados de Caracas de 1954 se zanjó la discusión al diferenciar los conceptos de asilo diplomático y territorial, reservando el término “refugiado” para la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967.

Con todo, cabe recalcar que la institución del asilo es propia del derecho internacional público, producto de miles de años de perfeccionamiento y práctica reiterada. Por su parte, la institución del refugio fue producto de la coyuntura política vivida con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, donde los estragos del enfrentamiento bélico obligaron a millones de personas a abandonar sus hogares sin hesitar, dejando sus pertenencias, sueños e ilusiones para nunca regresar. Si bien esto continúa siendo así, lo cierto es que la compleja realidad latinoamericana de la segunda mitad del siglo XX decantó en un proceso de “regionalización” de ambas figuras, adquiriendo características propias de nuestro acervo cultural.

La idea de la *regionalización* de ambas instituciones se ve reforzada de una lectura de la coyuntura latinoamericana de la segunda mitad del siglo XX. Así, los desplazamientos masivos producto de la violencia política, tales como el levantamiento de grupos guerrilleros y/o la conformación de escuadrones de la muerte o grupos paramilitares, dejaron en evidencia la especial vulnerabilidad de la población civil en medio del conflicto. La necesidad de una respuesta regional en la materia se hizo notar por vez primera en el Coloquio sobre el Asilo y la Protección Internacional de Refugiados en América Latina, reunido en Tlatelolco, Ciudad de México, del 11 al 15 de mayo de 1981, donde se aseveró que había “[L]a necesidad de adecuar la valiosa tradición del asilo en América Latina a los problemas actuales de la Región, caracterizados por la masificación de los desplazamientos y el incremento numérico de personas en busca de asilo”¹⁵.

Es por esto que la *tradición latinoamericana del asilo* adquiere una importancia singular, pues a diferencia del sistema europeo (donde se encuentra en

¹⁴ ESPONDA FERNÁNDEZ, Jaime. *La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados*. En: FRANCO, Leonardo. *El Asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*, IIDH: San José, pp. 96-105;

¹⁵ Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá, Declaración de Cartagena Sobre Refugiados, Noviembre 22 de 1984, Consideración Primera;

desuso), el asilo es una práctica reiterada en América Latina e incluye indistintamente la protección al ser humano tanto en el territorio del Estado asilante, como en sus legaciones en el extranjero (asilo territorial y diplomático, respectivamente). Por otro lado, también es dado hablar de una *tradición latinoamericana del refugio*, que, a diferencia de su homóloga europea, no se encuentra ceñida exclusivamente por la definición contenida en la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967, sino que expande su enfoque de protección a partir de la Declaración de Cartagena de 1984, donde se afirmó que:

“la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 (...), considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público” (Conclusión tercera).

No obstante, sin perjuicio de que sus orígenes sean diametralmente distintos, y las diferencias en su contenido sustantivo sean de claridad meridiana, siempre ha existido en la doctrina cierta confusión respecto del uso de uno u otro término para referirse en conjunto a ambos mecanismos de protección. La Declaración de Tlatelolco de 1999 pretendió zanjar la cuestión, enseñando que:

“[A]mbos son sinónimos, porque extienden la protección a extranjeros que la ameriten. El asilo es la institución genérica que permite la protección del Estado a las víctimas de persecución, cualquiera que sea el procedimiento, por medio del cual en la práctica se formalice dicha protección, sea el régimen de refugiados según la Convención de 1951 Relativa a el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 o, el de asilados según los Convenios Interamericanos en la materia”.

A pesar de esto, lo cierto es que el texto de la declaración diferencia ambos regímenes de protección y les otorga un contenido sustantivo propio, pero hace un esfuerzo por desvincularlos de las expresiones “asilo” o “refugio” según sea el caso.

Entendido lo anterior, la confusión actual producto del uso indiferente de ambos términos ha sido fomentado por la práctica de los Estados europeos, así como por el carácter pacífico del debate en la literatura angloparlante. En términos de la profesora GIL-BAZO: *“the legal literature in English has abandoned the debate on asylum and mostly focuses on the various categories of protected individuals (...) this*

*is, refugees within the meaning of the 1951 Convention on Refugee Status*¹⁶. Bajo esa línea de pensamiento, el Consejo Europeo ha desarrollado la política migratoria de la Unión Europea empleando indistintamente ambos términos, y limitando las obligaciones de los Estados exclusivamente al contenido de la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967. En todo caso, esta conclusión ha demostrado ser errada, y contraria a la expansión progresiva del contenido material de los Derechos Humanos, pues el mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha concluido que: *“los Estados miembros pueden reconocer el derecho de asilo en virtud de su Derecho nacional a una persona excluida del estatuto de refugiado con arreglo al (...) siempre que ello no suponga un riesgo de confusión entre esa otra clase de protección y el estatuto de refugiado”*¹⁷ (Subrayas por fuera del texto).

En suma, es indispensable tener en cuenta estas características propias de nuestra región, pues es esto lo que justifica aún el mantenimiento de ambas figuras y proscribire su uso indistinto tal como lo pretende el Estado solicitante de la presente Opinión Consultiva. Finalmente, importa subrayar que esta conclusión no es contraria a los principios rectores de interpretación de la Convención Americana, a saber: La visión *pro homine* y el *effet utile* de la misma; en la medida que el tinte regional de la dicotomía abre un abanico mayor de posibilidades de protección a la persona humana que se ve obligada a desplazarse de su país de residencia en contra de su voluntad.

ii. Asilo territorial y asilo diplomático

Hasta el momento, hemos demostrado que: i) En el marco del derecho interamericano, existe una diferencia conceptual entre el derecho de asilo y el reconocimiento de la condición de refugiado; ii) Que dicha diferencia resulta de un proceso de “regionalización” de ambas figuras, adaptadas a la coyuntura política de América Latina durante el siglo XX; y, iii) Que es absolutamente pertinente mantener esta diferenciación conceptual, en la medida que está encaminada a garantizar el *effet utile* y la interpretación *pro homine* de los instrumentos que componen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Ahora bien, se ha hecho referencia a dos modalidades del derecho de asilo con características propias muy marcadas: El asilo territorial y el asilo diplomático. Como se esbozó en la primera parte de este documento, podría afirmarse de forma muy escueta que el asilo *territorial* es aquella protección brindada por el Estado asilante dentro de su propio territorio. Por el contrario, el asilo *diplomático* consiste en la protección al extranjero brindada en las legaciones y en las naves, ya sean militares

¹⁶ GIL-BAZO, Maria Teresa., *Asylum in the practice of Latin American and African States*. New Issues on Refugee Research, Paper No. 249 (2013), pp. 3;

¹⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Gran Sala – Asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09. Sentencia de 9 de noviembre de 2010, Resuelve No. 4;

o comerciales. A continuación, procederemos a exponer los elementos esenciales de ambas modalidades, y la cuestión sobre su vigencia en el derecho interamericano.

Retomando lo expuesto, el asilo *territorial* fue una práctica que tuvo su origen en el seno de la iglesia católica, y que posteriormente mutó hasta convertirse en un asunto relativo al ejercicio de la soberanía por parte de los reyes y señores feudales de los numerosos Estados europeos de la edad media. La positivización del asilo en su acepción territorial como una potestad de los Estados se vio indudablemente ligada a la celebración de tratados de extradición donde de manera expresa se consignaba una excepción general a su aplicación a los criminales políticos¹⁸. No obstante, con la consolidación de los crímenes internacionales, la aplicación del principio *aut dedere, aut judicare*, y la masificación del mecanismo de la extradición, el asilo *territorial* se transformó en una figura arcaica y en desuso tanto en Europa como en los países angloparlantes.

Los elementos esenciales del asilo *territorial* suponen una protección absoluta por parte del Estado asilante en su territorio geográfico a la persona que es perseguida por delitos políticos o delitos comunes que sean conexos a la comisión de un delito político. El alcance de esta protección es analizado en la *Declaración sobre Asilo Territorial* aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde se sostiene que el acto de un Estado de conceder asilo “*deberá ser respetado por todos los demás Estados*” y que, como tal, “*es un acto pacífico y humanitario que (...) no puede ser considerado inamistoso por ningún otro Estado*”¹⁹. La calificación del delito siempre corresponderá al Estado que brinda la protección, y le está vetado conceder asilo a individuos sobre los cuales existan “*motivos fundados para considerar 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*”²⁰.

Por su parte, el asilo *diplomático* supone la protección del Estado asilante en sus legaciones en el extranjero, y en naves de guerra o naves comerciales. En general, las condiciones en que funciona la concesión del asilo son similares al *territorial*, con la diferencia de que el Estado territorial está en la posibilidad de exigir la salida inmediata del asilado de su territorio, para lo cual estará en la obligación de garantizar un salvoconducto que permita la salida del perseguido político²¹.

iii. Jurisprudencia internacional en la materia

¹⁸ SCHUSTER, Liza. *The Use and Abuse of Political Asylum in Britain and Germany*. Frank Class Publishers : London, pp. 77;

¹⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967;

²⁰ Ibidem;

²¹ ULLOA, Alberto. *Derecho de Asilo*, Anuario Jurídico Interamericano, 1949, pp. 40-42;

Como parte del ejercicio, consideramos de vital importancia exponer el estado del arte en materia del derecho de asilo, con especial énfasis en la jurisprudencia de este H. Tribunal, en aras de exponer el alcance de las obligaciones en cabeza de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Con todo, también se expondrá someramente la construcción jurídica que ha tenido el derecho de asilo en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en aras de entablar un diálogo jurisprudencial entre ambas latitudes que resulte enriquecedor para absolver de la mejor manera los cuestionamientos del Estado solicitante.

a) Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La codificación del derecho de asilo como un Derecho Humano, tuvo inicio en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos humanos de 1948, la cual reconoce que: “[e]n caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”²². De forma subsiguiente en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) se establece que: “[t]oda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”²³. Este aspecto connota la obligación de los Estados de adecuar la legislación interna a los estándares internacionales, velando por el cumplimiento de diversos Derechos y garantías fundamentales que han sido reconocidas a través del desarrollo jurisprudencial del Derecho de asilo, estableciendo criterios precisos, sin dar lugar a la posibilidad de tomar decisiones de manera discrecional. Es así como la CIDH en el caso *Comité Haitiano de Derechos Humanos Vs. Estados Unidos* sustenta que es esencial adecuar el derecho de asilo en territorio extranjero “a la legislación de cada país” de acuerdo con “los convenios internacionales”.

La Declaración de Cartagena sobre refugiados de 1984 también estipula que es necesaria “la coordinación y armonización entre los sistemas universales, regionales y los esfuerzos nacionales”²⁴. En razón de ello, la adecuación exigida por los estándares internacionales a la legislación interna, da cabida a comprender el derecho al asilo como una potestad del Estado, sin embargo, es indudable que el solicitante de asilo se encuentra en una condición especial de vulnerabilidad o aparentemente desventajosa, que no puede ser ignorada. Es por ello que es inexorable la implementación de ciertas medidas básicas y la atención de necesidades especiales de protección a las personas que ostentan dicha calidad, con el fin de garantizar el cumplimiento de principios y derechos inherentes a todo ser humano. La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes ha

²² ONU, Declaración Universal de Derechos Humanos, Diciembre 10 de 1948. Art 14;

²³ OEA, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948. Capítulo I. Art XXVII;

²⁴ Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá, Declaración de Cartagena Sobre Refugiados, Noviembre 22 de 1984. Cap. I. Párr.8;

manifestado también la obligación de cumplimiento de los derechos que reconoce, sin exclusión o discriminación alguna, incluso para los solicitantes de asilo.

La Corte se ha pronunciado en reiteradas ocasiones respecto de un gran campo de derechos y principios esenciales en lo concerniente al asilo. A partir de ello, se hace evidente la importancia otorgada al principio de igualdad y no discriminación, en razón de lo establecido en el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 24 de CADH que reconocen “*la condición de igual otorgada a todas las personas, sin distinción o discriminación alguna*”²⁵; a la vez dicho reconocimiento es fundamentado en la OC-18/03, en la OC-21/14 y en la Convención De Belém Do Pará para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en donde se manifiesta que existe la necesidad de implementar medidas necesarias para garantizar los principios mencionados, en torno a ello se entabla la prohibición de “*cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia que sea base en cualquier causal como la nacionalidad y aquella que tenga como objeto anular el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de los derechos establecidos en los instrumentos internacionales*”²⁶. Conexo con esto la OC-17/02 también establece que dichos principios han de ser protegidos sin permitir discriminación alguna en razón a la edad.

Bajo esta línea de pensamiento, es menester analizar que la Corte ha atribuido “*el carácter de ius cogens al principio de igualdad y no discriminación*”²⁷, es decir el carácter de norma de orden público, lo cual tácitamente es respaldado a través de la condena impuesta a Estados Unidos debido al no cumplimiento de la “*igualdad ante la ley*”²⁸ en el caso interpuesto por el Comité Haitiano de Derechos Humanos. Dicho aspecto permite inferir la obligación de implementar un marco de garantías mínimas, en virtud de la importancia y magnitud de los principios y derechos a los cuales atañe el asilo.

Entre las garantías mínimas que deben ser reconocidas la corte establece el debido proceso legal, en el párrafo 121 de la OC-18/03 lo reconoce como “*un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio*”²⁹, no debe existir discriminación *ratione materiae* (en razón de la materia), ni *ratione personae* (en razón de la persona). Además de ello, los procedimientos instaurados han de ser garantizados de forma objetiva y coherente, desarrollando la línea procedimental establecida mediante los estándares de la Corte con el fin de evitar decisiones arbitrarias.

²⁵ ONU, Declaración Universal de Derechos Humanos, Diciembre 10 de 1948. Art 7.

²⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva 18 de 2003, Septiembre 17 de 2003, Pg. 81. Párr.

²⁷ Ibidem, Pág. 86. Párr.

²⁸ Comisión IDH, Comité Haitiano de Derechos Humanos Vs. Estados Unidos. Párr. 68 y 99.

²⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva 18 de 2003, Septiembre 17 de 2003, Pg. 114.

La OC-18/03 y la OC-21/14 desarrollan algunos estándares bajo los cuales ha de reconocerse la condición de refugiado, de esta forma hacen alusión expresa al artículo 8 de la CADH que estipula las garantías judiciales mínimas bajo las cuales deben tramitarse todos los casos de esta índole. A partir de esto se exige la presunción de inocencia, el Derecho a ser oído, el Derecho de audiencia que reporta la obligación de “realizar los exámenes y entrevistas que sean necesarios para determinar si el solicitante reúne los requisitos de refugiado”³⁰. La OC-21/14 también trae inmersa ciertas garantías procedimentales y probatorias especiales para los solicitantes cuando estos son niñas o niños, con el fin de desarrollar un proceso seguro, tomar decisiones justas y promover un ambiente que les genere confianza.

El carácter evolutivo del debido proceso ha dado lugar al desarrollo de determinados parámetros legales de indispensable cumplimiento para hacer efectivos los derechos de cada individuo, es así como se tipifica el derecho a la no autoincriminación y el derecho a declarar en presencia de un abogado. Con el objetivo de propender por la efectividad de las garantías mencionadas la Corte fijó la obligación de individualizar a la persona solicitante de asilo, de tal manera que se debe realizar la correcta identificación de las partes antes de proceder a ejercer cualquier medida³¹.

Tras realizar una correcta identificación del solicitante y con el fin efectuar los Derechos expuestos, el *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado (2000)*, determina que es elemental garantizar asistencia jurídica a todas las personas, corolario a ello antes de tomar la decisión de rechazo o devolución ha de “realizarse un análisis adecuado e individualizado de las peticiones”³², incluso si las mismas son “evidentemente infundadas” se requiere que la “*autoridad competente sea quien determine dicha condición y propenda por garantizar la posibilidad de revisión antes de proceder al rechazo o expulsión*”³³. Este último parámetro da lugar al “*derecho a recurrir*” tipificado en el artículo 25 de la CADH y soportado a lo largo de la OC-18/03 Y LA OC-21/14, en razón de ser este el medio oportuno para no dar cabida a la arbitrariedad en la decisión.

El Derecho de no devolución se encuentra enmarcado dentro de las necesidades especiales de protección reconocidas por la Corte IDH, a partir del artículo 22.8 de la CADH, de la Convención de 1951, el protocolo adicional de 1967, el caso *Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia* en medio de los cuales se confiere y reitera el reconocimiento del derecho a todo extranjero a no ser expulsado o devuelto a otro país, “*sea o no el de su origen, incluyendo aquellos casos en que la vida o a la libertad*

³⁰ Comisión IDH, Comité Haitiano de Derechos Humanos Vs. Estados Unidos. Párr. 163.

³¹ CIDH, Caso John Doe Vs. Canadá, Julio 21 de 2011. Párr. 132 N. 1.

³² Corte IDH, Caso Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Párr. 153.

³³ OEA, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiados, 2000. Párr. 69.

*personal está en riesgo de violación a causa de su raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas*³⁴. La OC-21/14, la OC-17/02 y el informe en el marco del sistema canadiense del año 2000 soportan lo planteado al hacer alusión que cualquier persona reconocida como refugiado o que busque la calidad de asilado ostenta el “*non-refoulement*” y podrá acogerse a esta protección para evitar su expulsión. La Declaración de Cartagena sobre refugiados de 1984 también determina la importancia del mismo principio, como piedra angular de protección internacional, incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras. En virtud ello los Estados deben adoptar las medidas legislativas necesarias o los cambios administrativos requeridos para garantizar que se cumpla la política de no devolución directa que también ha sido desarrollada en el Caso Comité Haitiano de Derechos Humanos Vs. Estados Unidos.

Como consecuencia de lo expresado, es dado concluir que los Estados no pueden dictar actos administrativos o judiciales sancionatorios sin respetar determinadas garantías mínimas que afectan derechos fundamentales como la libertad personal, en procedimientos en los cuales su consecuencia sea la expulsión o deportación de extranjeros. En razón de ello la OC-17/02 establece que no debe generarse un trato desfavorable por ostentar la calidad de migrante irregular. En tal sentido la detención de personas por incumplimiento de leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos. En el caso *Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, se advierte que serán “*arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines*”³⁵.

No obstante ante la aparición de ciertas circunstancias se da cabida a la posibilidad de iniciar acción contra los migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, conforme al principio de proporcionalidad es pertinente realizar un balance entre los intereses que objetivamente deben ser protegidos al individuo y los intereses del Estado y sus nacionales, lo que da lugar a implementar limitaciones en aquellos casos en los que acontecen criterios de legalidad y necesidad suficientes, siempre y cuando se encuentre en concordancia con las restricciones reconocidas al derecho de circulación y residencia que son interpretados a partir de los artículos 22 y 30 de la convención, la cual connota la necesidad de que dichas restricciones “*se encuentren expresamente fijadas por ley, y estén destinadas a prevenir infracciones penales o a proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la moral o la salud pública o los derechos y libertades de los demás, en la medida indispensable en una sociedad democrática*”³⁶.

³⁴ Corte IDH, Caso Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Párr. 132 y 134.

³⁵ Ibidem. Párr. 131.

³⁶ Corte IDH, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Agosto 31 de 2004. Párr. 117.

El artículo 22 de la Convención protege el derecho de circular y residir libremente, concomitante a ello el de salir de cualquier país y con mayor razón del de su nacionalidad. De igual forma la Corte, establece que “el derecho de circulación se trata del derecho de toda persona a trasladarse libremente de un lugar a otro y a establecerse libremente en el lugar de su elección. El disfrute de este derecho no debe depender de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar. Se trata de una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona”³⁷. En razón de ello al considerar este derecho como pleno, se incluye a las personas que ostentan o buscan la calidad de asilados o refugiados y se genera la obligación de “brindar las herramientas necesarias para resolver y eliminar las causas del desplazamiento que garanticen una solución duradera y, en particular, la repatriación voluntaria a toda persona que ostente los derechos mencionados”³⁸. Corolario a ello bajo los preceptos de Derecho Internacional se generan obligaciones al Estado ante el cual se presente la solicitud, en virtud del principio de “cooperación”³⁹ internacional y de la “*naturaleza pacífica, apolítica y exclusivamente humanitaria de la concesión de asilo o del reconocimiento de la condición de refugiado*”⁴⁰, todos los demás estados y con mayor razón el Estado de origen o procedencia del solicitante tienen el deber de velar por la protección de los diversos parámetros ya expuestos y a la vez de brindar las soluciones pertinente para el cumplimiento de los mismos, de ahí la obligación del Estado en que se encuentre el refugiado o solicitante de asilo de facilitar el desplazamiento al Estado receptor.

Finalmente, además las obligaciones básicas o principales ya expuestas la Declaración de Cartagena se orienta a promover la implementación de otros derechos como lo es la “creación o generación de empleos posibilitando así el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales”⁴¹ de los mismos, siendo esto un factor que tiende a tomar un carácter esencial en todo caso que se presenta con el fin de garantizar el cumplimiento de los estamentos inherentes al refugiado.

b) Sistema Europeo de Derechos Humanos

Las cuestiones migratorias en Europa se encuentran reglamentados principalmente por el derecho interno de los Estados, la Convención Europea de los Derechos Humanos, las normativas de la Unión Europea, obligaciones internacionales contraídas por los Estados, entre otros.

³⁷ Convención Americana de Derechos Humanos comentada, art 22. Pg. 533.

³⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva 17 de 2002, Agosto 28 de 2002, Párr. 73.

³⁹ Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá, Declaración de Cartagena Sobre Refugiados, Noviembre 22 de 1984. Cap. II. Párr.9.

⁴⁰ Corte IDH, Caso *Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Párr. 141;

⁴¹ Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá, Declaración de Cartagena Sobre Refugiados, Noviembre 22 de 1984. Cap. III. Párr. undécimo.

Partiendo de lo anterior, este escrito se centrará en el tratamiento que el Consejo de Europa (a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y que la Unión Europea da a los solicitantes de asilo de los Estados pertenecientes a su jurisdicción.

En el marco del Consejo de Europa:

El TEDH⁴² recibe casos que se relacionen con la violación de la CEDH⁴³ y que estén vinculados a alguno de los 47 Estados miembro del Consejo de Europa (de los cuales 28 hacen parte de la Unión Europea). Dicho tribunal propende por el cuidado de todas las personas (sea cual sea su ciudadanía o lugar de residencia) que se encuentren al interior de los territorios que se hallen bajo su jurisdicción. Ahora bien, según el artículo 13 de la CEDH, es imperativo que los Estados tengan un recurso nacional que se encargue de las reclamaciones interpuestas con motivo de posibles transgresiones a la Convención. Con base en el principio de subsidiariedad, la intervención del TEDH se configura como la última instancia posible ya que es deber de los Estados ser los primeros en garantizar el cumplimiento de la CEDH.

Al referirse a la entrada en los territorios estatales en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos, el Consejo de Europa admite que los Estados tienen la potestad para manejar la entrada, expulsión y residencia de los no nacionales, de modo que ese tema no se encuentra expresamente regulado en la Convención. Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH ha impuesto ciertas limitaciones al derecho de los Estados de negar el ingreso de las personas a sus fronteras, sobre todo cuando ello implicaría una devolución.

Si bien en la CEDH no existe como tal un derecho al asilo, este se ha ido construyendo a partir de la interpretación que ha realizado la TEDH acerca de los artículos 3 y 2 (el cual protege el derecho a la vida) de la Convención, puesto que se ha afirmado que en caso de que un Estado no permita el ingreso de un individuo a su territorio, cuando éste se halle en riesgo de tortura u otros tratos inhumanos que afecten su integridad, o en casos extremos en que su vida peligre, se estarían vulnerando los artículos ya mencionados. En palabras de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea:

“El TEDH tiende a examinar los asuntos en el sentido del artículo 2 o del artículo 3 del CEDH, dependiendo de las circunstancias particulares y del trato al que la persona corra el riesgo de enfrentarse si es deportada o extraditada. La diferencia fundamental entre estos dos artículos del CEDH radica en que en los asuntos relacionados con el artículo 2, la perspectiva de muerte en caso de retorno debe ser prácticamente segura, mientras que en los relacionados con el artículo 3 deben existir motivos

⁴² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se manejará en el texto con las siglas de TEDH.

⁴³ La Convención Europea de Derechos Humanos se manejará en el texto con las siglas de CEDH.

*fundados para creer que la persona correría un riesgo real de ser sometida a tortura o a otras formas de malos tratos prohibidos por la disposición*⁴⁴.

Justamente, el artículo 3 de la CEDH se configura como el eje axial del desarrollo jurisprudencial que ha tenido el TEDH respecto al tema tratado, ya que a partir de ahí se han ido consolidando las figuras del derecho al asilo y el principio de la no devolución en el marco del Consejo de Europa.

Para el TEDH no es posible realizar un examen acerca de si una denegación de asilo o retirada del estatus de refugiado, en el marco de la Convención de Ginebra de 1951 o de la directiva de requisitos sobre el reconocimiento⁴⁵, es contraria al CEDH⁴⁶. Empero, el Tribunal tiene competencia para analizar si la expulsión de un extranjero de un territorio lo pondrá en una potencial situación de peligro (según el entendido de los artículos 2 y 3 de la Convención). Esto se traduce en que el Tribunal prevé que existen trabas absolutas a la expulsión de un individuo cuando se vean en riesgo los derechos contenidos en los dos artículos previamente mencionados, incluso si la conducta del sujeto fuese indeseable o peligrosa, la devolución bajo tal entendido no se considera como una opción.

El Tribunal en su análisis sobre las solicitudes de asilo, se centra en el estudio de los factores de riesgo a los cuales se enfrentaría el sujeto en caso de una posible expulsión y en el examen de las consecuencias previsibles que se desprendan de ello. Para alcanzar tal objetivo el TEDH toma en cuenta tanto características particulares del sujeto cómo las condiciones generales del país al cual sería devuelto. Así se construye un marco completo en el cual se pueda estimar si habría una violación de los derechos contenidos en los artículos 2 y 3 de la CEDH en caso de que el extranjero fuese expulsado. Corresponde al solicitante la carga probatoria acerca de las circunstancias que lo colocan en una posición de acceder a protección internacional.

En el CEDH no se dice nada al respecto del estatus y tratamiento de los solicitantes de asilo durante el trámite de sus solicitudes y por tal, no es posible conocer de forma general si todos los ordenamientos permiten que los solicitantes de asilo puedan permanecer en el territorio durante dicho período, de modo que esto queda a discreción de las autoridades nacionales⁴⁷. De conformidad con ello, el Tribunal ha afirmado que cualquier entrada a un territorio se considera ilegal hasta el momento en que las autoridades nacionales la autoricen formalmente. Así mismo,

⁴⁴ CONSEJO DE EUROPA. *Manual de Derecho Europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*. (2014), pág. 74. Tomado de: http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_SPA.pdf

⁴⁵ CONSEJO EUROPEO. Directiva 2011/95/UE

⁴⁶ TEDH, *Ahmed contra Austria*, no 25964/94, 17 de diciembre de 1996, párr. 38.

⁴⁷ *Ibidem*. [L] [SEP]

en virtud del Artículo 5.1, f. el CEDH permite la detención de los solicitantes de asilo como medida para impedir su entrada ilegal.

Con respecto a la exclusión de la protección internacional, esta no es posible en caso de que se pruebe una eventual transgresión de los artículos 2 y 3 de la CEDH, independientemente de la conducta que hubiere tenido el solicitante, dado que la prohibición consagrada en los dos artículos es absoluta y no acepta excepción alguna.

Recursos: acerca de las garantías procesales y el apoyo jurídico en las cuestiones de solicitud de asilo y retorno.

Toda persona a la cual en el proceso de acceder a un territorio le haya sido violado alguno de los derechos consagrados en la Convención –o sus protocolos- tendrá derecho a acceder a un recurso efectivo ante una instancia nacional⁴⁸.

La CEDH impone la obligación a los Estados de realizar un detenido examen (de carácter individual) acerca de las solicitudes de asilo en las cuales existan motivos fundamentados para considerar que el solicitante corre un riesgo real (en el sentido comprendido por los artículos 2 y 3 de la CEDH) en caso de ser retornado.

De igual manera, el Tribunal frente al mismo artículo ha considerado que es obligación de los Estados permitir a los solicitantes de asilo acceso a procedimientos efectivos y brindar conocimientos acerca de estos (lo que incluye la posibilidad de interponer un recurso mediante el cual se obtenga la suspensión temporal de la expulsión durante el período en que se tramite la solicitud de asilo). En cuanto a la asistencia jurídica, es importante que, dependiendo de las circunstancias el solicitante pueda contar con intérpretes, acceso a asistencia y que tenga garantizados unos canales de comunicación óptimos con las autoridades⁴⁹. Adicionalmente, es menester que dichos procedimientos se realicen en tiempos adecuados, es decir, que estos se den de manera ágil y eficaz, con el fin de evitar demoras innecesarias, y que el solicitante también haya contado con un lapso suficiente para ejercer los correspondientes recursos.

A pesar de lo consagrado en el artículo 6 de la Convención (derecho a tener un proceso equitativo ante un tribunal) esto no es aplicable a los temas de inmigración y asilo, en razón a que no se relacionan directamente con la determinación de derechos civiles o acusaciones penales. Pero lo anterior no implica que los aspectos tratados por el TEDH con respecto a dicho artículo no se encuentren estrechamente vinculados con lo estipulado en el artículo 13 (aunque la interpretación con respecto a los

⁴⁸ TEDH, *Hirsi Jamaa y otros contra Italia* [GS], no 27765/09, 23 de febrero de 2012.

⁴⁹ TEDH, *M.S.S. contra Bélgica y Grecia* [GS], no 30696/09, 21 de enero de 2011, párr.293; párr. 301; Y en el mismo sentido, TEDH, *Abdolkhani y Karimnia contra Turquía*, no 30471/08, 22 de septiembre de 2009, párr. 111 a 117;

procedimientos resulte ser menos estricta en virtud del artículo 13 que la realizada con el artículo 6 de la Convención).

Los procesos de expulsión se ven regulados por las consideraciones realizadas por el Tribunal frente al artículo 13 de la CEDH y por lo estipulado en el artículo 1 del protocolo número 7. Ahora bien, el TEDH en razón al artículo 2 y 3 de la CEDH contempla la existencia de recursos con efecto de suspensión automática⁵⁰ (los cuales versan sobre el proceso de expulsión de una persona). Estos aplican a los casos en los cuales la solicitud de asilo es denegada y la ejecución de las medidas de retorno pueden generar potencialmente consecuencias irreversibles que vayan en contravía de los artículos. Así mismo el artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) de la Convención eventualmente puede fungir como otro limitante a la expulsión.

En el marco de la Unión Europea:

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es el ente competente para decidir sobre la validez de los actos, las omisiones y vulneraciones que realizan las instituciones que hacen parte de la UE en el marco del Derecho de la UE y del Derecho Internacional. Así mismo también se encarga de conocer los casos de transgresiones al Derecho de la UE por parte de los Estados miembro. De manera que será este tribunal quien aplicará los preceptos contenidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Justamente, es a partir de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE que se empieza a construir el derecho de asilo en esta organización, ya que en el artículo 18 por primera vez, se consagra como un derecho cualificado (a diferencia de lo que sucede con la CEDH).

Artículo 18: Derecho de asilo

“Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

Posteriormente en el artículo 19 se consagra el principio de la no devolución (el cual como cabe recordar se constituye como base del desarrollo jurisprudencial que ha tenido el derecho de asilo bajo la mirada del TEDH).

⁵⁰ *Gebremedhin (Gaberamadhien) contra Francia / M.S.S. contra Bélgica y Grecia*

Artículo 19: Protección en caso de devolución, expulsión y extradición

1. *Se prohíben las expulsiones colectivas.*
2. *Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.*

“Aunque el artículo 18 de la Carta garantiza el derecho de asilo, el Derecho de la UE no proporciona medios para facilitar la llegada de los solicitantes de asilo. Los individuos que desean pedir asilo en la UE son principalmente nacionales de países que precisan un visado para entrar en la Unión. Dado que en muchos casos no cumplen los requisitos necesarios para que se les conceda un visado ordinario, es posible que hayan de cruzar la frontera de manera irregular”⁵¹.

Otros artículos de la Carta que resultan relevantes con respecto al tema migratorio son el 47 y el 52. El primero trata el derecho a la tutela efectiva, y exige la revisión por parte de un tribunal de manera automática en caso de que un individuo crea que le ha sido vulnerado alguno de los derechos garantizados por la UE, lo cual conlleva a la obligación de que exista el acceso a un recurso efectivo en contra de la denegación del ingreso al territorio o a los procedimientos de asilo. El 52 establece que la protección mínima brindada por la Carta será la contenida en la CEDH. Esto no implica que la UE no pueda aplicar una interpretación más amplia que la realizada por el TEDH.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en el artículo 78 numeral 1 previó la creación de un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)⁵² que fuese coherente y respetuoso de las obligaciones contenidas en el Convenio de Ginebra de 1951. Con el fin de aplicar tal precepto, se han creado múltiples disposiciones legislativas que han intentado unificar el tratamiento del asilo y refugio al interior de la Unión Europea. Entre ellos es importante mencionar las Directivas

⁵¹ CONSEJO DE EUROPA. *Manual de Derecho Europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*. (2014), pág. 38;

⁵² Para mayor información consultar: Un Sistema Común Europeo de Asilo. (2014) 1st ed. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/ceas-fact-sheets/ceas_factsheet_es.pdf

2011/95/UE⁵³, 2013/32/UE⁵⁴ y 2013/33/UE⁵⁵ en las cuales se establecen los detalles del acceso al procedimiento de asilo y la obligación que tienen los Estados miembros de garantizar dicho acceso de forma ágil y efectiva a los individuos que así lo requieran. Sin embargo, tales garantías solo empiezan a surtir efecto desde el momento en que el individuo esté cursando la solicitud de asilo, y no aplican para quienes no alcancen a ingresar a los territorios, zonas de tránsito o fronteras que se hallen bajo jurisdicción de la UE⁵⁶. Por medio del Reglamento de Dublín (Reglamento (UE) 604/2013)⁵⁷ se determina cual es el país al que le corresponde tramitar la solicitud de asilo. Los criterios varían por orden jerárquico, y tienen en cuenta factores como las condiciones familiares, la reciente existencia de un visado o un permiso de residencia en un Estado miembro, las circunstancias de entrada del solicitante a la UE (irregular o regular) o los datos arrojado por el Eurodac⁵⁸.

Conjunto legislativo de normativas para los temas de asilo y refugio en la UE

- La Directiva sobre procedimientos de asilo revisada (2013/32/UE)
- La Directiva sobre condiciones de acogida revisada (2013/33/UE)
- La Directiva sobre requisitos revisada (2011/95/UE)
- El Reglamento de Dublín revisado (604/2013)
- El Reglamento Eurodac revisado (603/2013)

En la UE, los recursos relacionados con las garantías procesales que tienen los individuos con respecto a los procedimientos de inmigración se encuentran contenidos de forma específica en algunos textos, como, por ejemplo, el caso del Código de Visados (artículos 32.3 y 34.7), la Directiva sobre procedimientos de asilo (artículo 46) y el Código de fronteras Schengen (artículo 13). Sin embargo, la garantía procesal más

⁵³ 2011/95/UE. Se establecen las normativas y requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.

⁵⁴ 2013/32/UE. Trata acerca de los procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.

⁵⁵ 2013/33/UE. Aprueba normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. Principalmente habla de las condiciones, garantías y tratamientos que han de tener los solicitantes de asilo durante el tiempo que se revise su solicitud. Asegura el acceso de los solicitantes a alojamiento, alimento, asistencia sanitaria, atención médica y psicológica, entre otros.

⁵⁶ CONSEJO DE EUROPA. *Manual de Derecho Europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*. pág. 38. 2014;

⁵⁷ Establece los criterios y mecanismos de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.

⁵⁸ Base de datos que recopila impresiones dactilares de solicitantes de asilo en la UE. De manera que a todo solicitante se le realiza un cotejo de sus huellas digitales con las existentes en el sistema, y de no estar, se consignan en el sistema.

general proviene del artículo 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE (artículo que ya fue explicado con anterioridad).

Ahora bien, en el tema de la no devolución es probablemente donde radica la mayor diferencia entre las regulaciones del Consejo de Europa y la Unión Europea con respecto al tema del asilo y refugio. Inicialmente, el principio de no devolución surge a partir de los artículos 32 y 33 de la Convención de Ginebra de 1951 (junto con su Protocolo de 1967) y funge como la piedra angular de la protección a los refugiados. Todos los Estados miembros de la UE y del Consejo de Europa han ratificado la Convención de 1951.

El Derecho de la EU ha integrado el Convenio a sus normativas, lo cual se pone de manifiesto en el artículo 78 del TFUE y en todo el desarrollo legal que se ha dado como consecuencia. Sin embargo, ni en el Convenio de Ginebra ni en el entendido de la UE el principio de no expulsión se considera como absoluto, puesto que es permitido bajo ciertas circunstancias excepcionales la devolución de refugiados (siendo estas, cuando representan un peligro inminente para el país de acogida, cuando ponen en riesgo el orden público o cuando cometen delitos graves). Esta situación contrasta drásticamente con la visión que ha venido sosteniendo el TEDH con respecto a la interpretación de los artículos 2 y 3 de la CEDH, ya que considera que no puede existir limitación alguna al principio de no devolución siempre y cuando haya un riesgo fundado de que en caso de expulsión al país de origen, la persona sufrirá tratos o penas inhumanas y degradantes que incluso pueden llegar a poner en juego su vida.

En el artículo 9 de la Directiva sobre requisitos de reconocimiento (2011/95/UE) se establecen cuando una persona puede ser beneficiaria de protección internacional. Son dos categorías en las cuales se considera que hay actos de persecución (en el sentido del artículo 1, sección A, de la Convención de Ginebra de 1951):

- a) *ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales, en particular los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del artículo 15, apartado 2, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o bien*
- b) *ser una acumulación de varias medidas, incluidas las violaciones de los derechos humanos, que sea lo suficientemente grave como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a)*”.

Pero el artículo también deja claro que los actos de persecución pueden revestir de otras formas, tales como actos de violencia física o psicológica, medidas legislativas o administrativas, actos contra la persona en razón de su condición (por sexo, nacionalidad, edad, etc.), entre otros.

Para finalizar, es evidente como la regulación en materia de asilo y refugio en Europa cuenta con principios similares, dada la integración que ha hecho la Unión Europea con los preceptos de la Convención Europea de los Derechos Humanos, sin embargo, al analizar ambos sistemas las diferencias son indiscutibles. Es claro que las normativas presentes en el Derecho de la UE son mucho más extensas y específicas que las realizadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dado que la UE ha tenido un mayor desarrollo legislativo, que se manifiesta en el anhelo de la construcción del SECA y en las diferentes directivas y reglamentos, pero principalmente en el hecho de que en la UE se reconoce de manera expresa un derecho al asilo.

Por otra parte, el desarrollo del derecho de asilo y refugio en el marco del Consejo de Europa ha sido casi que netamente jurisprudencial, puesto que gracias a la labor del TEDH y la interpretación que ha realizado de los artículos 2 y 3 de la CEDH es que se han podido decidir casos que trataban sobre temas (refugio y asilo) que de por sí, no se encuentran consagrados en la Convención. En resumidas cuentas, el actuar del TEDH se ha dado en torno a la concepción de un principio de no devolución completamente ilimitado.

A medida que se incrementa la regulación en la UE es claro que se abrirá una brecha mayor entre ambos sistemas (en materia de garantías, detención, entre otros), puesto que la complejidad y especificidad de los preceptos normativos en materia de asilo y refugio, desarrollados en la UE, se alejan progresivamente de la amplia aplicación del principio de no devolución impulsado por el TEDH, sobre todo cuando la UE se ciñe a lo establecido en la Convención de Ginebra de 1951 y establece límites a dicho principio.

iii) La práctica latinoamericana

A continuación, se presentarán los procedimientos que existen en la actualidad para solicitar asilo o adquirir la condición de refugiado, en los siguientes países latinoamericanos:

1. Ecuador:

Ecuador forma parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, suscrita en Ginebra el 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 1967, instrumentos que están reglamentados en el Decreto Presidencial No. 1182, de 30 de mayo de 2012.

Este país acoge la definición de refugiado que establece la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, la cual reza así: *“una persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera*

del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

El procedimiento para obtener la condición de refugiado está a cargo de la Dirección General de Refugiados del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, quien se encarga de procesar las solicitudes de la siguiente manera:

- A. Solicitud:** La solicitud deberá presentarse dentro de un plazo de 15 días posteriores al ingreso, reuniendo los requisitos del artículo 28 del Decreto Presidencial No. 1182 de 2012. El Ministerio procederá al registro respectivo y asignará un número de trámite específico. Si se admite la solicitud, la Secretaría Técnica de la Comisión expedirá un Certificado Provisional de Solicitante de Condición de Refugiado, que permite la permanencia temporal por un plazo de hasta 60 días, prorrogables por 30 días más, mientras se resuelve la solicitud. Toda solicitud admitida deberá ser resuelta por la Comisión en un plazo de hasta 4 meses, prorrogables por 30 días si requiere mayores elementos de juicio. Si se inadmite la solicitud por ser infundada o abusiva, se otorga un plazo de 3 días para interponer recursos administrativos, regularizar la calidad migratoria o para abandonar el país. Si es inadmitida por ilegítima, el solicitante deberá abandonar el país inmediatamente.
- B. Entrevista:** Si no se presenta, por 2 veces consecutivas, se entiende que abandona el procedimiento y se archiva la solicitud, sin opción a solicitar nuevo reingreso. Si el proceso se paraliza por hechos imputables al solicitante, transcurridos 2 meses desde la fecha prevista para la audiencia, se producirá la caducidad del mismo, sin opción a solicitar nuevo reingreso.
- C. Resolución de la Comisión:** La Comisión deberá expedir su decisión mediante una Resolución debidamente motivada, dentro de un término de 10 días hábiles. Si es favorable, se otorga el documento de identificación de refugiado con la visa correspondiente.
- D. Documento de identificación de refugiado:** Tendrá una vigencia de 2 años, y este documento, permite realizar actividades económicas lícitas, independientes o bajo relación de dependencia.
- E. Recursos de impugnación:** El recurso de apelación, se interpone dentro de los primeros 5 días, a partir de la notificación, ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, quien deberá resolver el recurso dentro del plazo de 2 meses, a partir de la fecha de su interposición. Si se niega, el solicitante debe regularizar su situación o abandonar el país, en un plazo no mayor a 15 días. Si las razones se deben a temas de seguridad u orden público, la persona debe salir

del país inmediatamente. De todas maneras, procede el recurso extraordinario de revisión, sin impedir que la persona sea deportada.

- F. Cesación de la condición de refugiado:** La Comisión decide sobre la cesación, cuando se den las causales contempladas en la sección C) del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas o cuando la persona retorne a su país de origen sin autorización escrita de la autoridad competente. Ante esta decisión de cesación cabe recurso de impugnación.
- G. Extinción de la condición de refugiado:** La Comisión procederá a la extinción de oficio, cuando la decisión carezca de fundamento, por no satisfacer los criterios de inclusión y presentarse una representación inexacta o forjada de los hechos, o porque, de haberse conocido esos hechos, se hubiere aplicado la cláusula de exclusión. Ante esta decisión de cesación cabe recurso de impugnación.
- H. Revocatoria de la condición de solicitante de refugio:** Se revocará la condición de solicitante de refugio cuando se determine que la persona se ha visto inmersa en delitos o situaciones que atentan contra la seguridad de Ecuador. Ante esta decisión de cesación cabe recurso de impugnación.

2. Brasil:

En este país, el refugiado es considerado como *“todo individuo que deja su país de origen debido a fundados temores de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, grupo social u opinión política imputada, o debido a una situación de grave y generalizada violación de derechos humanos en su país de origen”*⁵⁹

En Brasil, el refugio está regulado por la Ley 9474 de 1997 y todas las solicitudes de asilo son analizadas por el Comité Nacional para los Refugiados – CONARE-, organismo interministerial, vinculado al Ministerio de la Justicia, el cual debe establecer el siguiente procedimiento:

- A. Solicitud:** Se puede solicitar en cualquier momento, después de la llegada a Brasil, presentándose la solicitud ante una Comisaría de la Policía Federal o ante una autoridad migratoria en la frontera. No se puede solicitar desde el exterior ante un Consulado o Embajada brasilera.
- B. Protocolo Provisional:** Después de radicar la solicitud, se recibe un Protocolo Provisional (documento de identidad), válido por 1 año y debe renovarse

59 Folleto para solicitantes de asilo en Brasil. Procedimientos, decisión de los casos, derechos y deberes, informaciones y direcciones útiles. Elaborado por ACNUR y encontrado en: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2015/Cartilha_para_solicitantes_de_refugio_no_Brasil_2015.pdf

anualmente, ante la Policía Federal, hasta que salga la decisión final del CONARE. Si no se renueva, se archiva la solicitud. Con este documento el solicitante tendrá derecho a Cartera de Trabajo (CTPS) y Registro de Persona Física (CPF) y podrá acceder a todos los servicios públicos.

C. Entrevista: El solicitante debe presentarse ante los funcionarios del CONARE o de la Defensoría Pública de la Unión para una entrevista. Adicionalmente, podrá tener una segunda entrevista con un abogado de las organizaciones sociales del ACNUR. No obstante, la falta injustificada a la entrevista, acarrea el archivo de su solicitud.

D. Decisión CONARE: No existe plazo para que el CONARE decida sobre la solicitud y dicha decisión será comunicada en las unidades de la Policía Federal. Si se reconoce la condición de refugiado, la persona obtendrá el Registro Nacional de Extranjeros (RNE), el derecho a una Cartera de Trabajo definitiva y a los mismos derechos de cualquier otro extranjero en situación regular en Brasil. Si no es reconocida la condición de refugiado, el solicitante puede presentar recurso ante la Policía Federal, dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la decisión, asistido gratuitamente por un abogado.

3. Argentina:

Para el Estado argentino, un refugiado es *“toda persona que: a) 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 no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él, y/o aquella que, b) Ha huido de su país de nacionalidad o de residencia habitual para el caso en que no contara con nacionalidad porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”*⁶⁰

En este país, se adoptó la Ley No. 26.165 de 2006, titulada como la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado. La entidad encargada de decidir sobre la concesión del estatuto de refugiados es la Comisión Nacional para Refugiados – CONARE-, que es un organismo interministerial que opera en el ámbito del Ministerio del Interior, el cual procede de la siguiente manera:

60 Ley 26.165 del 28 de noviembre de 2006, de la Nación de Argentina, por medio de la cual se regulan temas de extradición, condición jurídica del refugiado, órganos competentes y funciones en material de refugiados, procedimiento para la determinación de la condición de refugiado y otras disposiciones. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4658.pdf>

- A. Solicitud:** La solicitud se presenta ante la Secretaría Ejecutiva del CONARE o ante cualquier Delegación u Oficina Migratoria de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), o ante cualquier autoridad nacional, provincial o municipal, o ante la Autoridad Migratoria de Frontera. No se puede solicitar estando fuera del territorio argentino.
- B. Entrevista:** El solicitante deberá presentar una entrevista personal.
- C. Certificado Provisorio:** Dentro de los primeros 20 días de entregada la solicitud, la persona obtiene un Certificado Provisorio, que permite transitar legalmente por el país y trabajar (Código de Identificación Laboral). Este Certificado deberá prorrogarse en la Secretaría o en cualquier Delegación de la DNM. La Secretaría Ejecutiva gestionará ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, la expedición de un permiso de trabajo temporal, dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la solicitud.
- D. Decisión CONARE:** No hay término para que CONARE tome la decisión. Si se reconoce la condición de refugiado, se entrega un certificado para tramitar la residencia temporaria, ante la DNM e iniciar el trámite del Documento Nacional de Identidad para extranjeros. Si se niega la condición de refugiado, se podrá interponer un recurso por escrito ante el CONARE.
- E. Recurso:** El solicitante podrá interponer por escrito recurso jerárquico dentro de los diez días subsiguientes a la fecha de notificación. El recurso deberá ser fundado e interpuesto ante la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Nacional y elevado al ministro del interior, previa intervención de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. La interposición de recursos administrativos o judiciales, suspenderá la ejecución de las medidas dictadas hasta tanto queden firmes. Si la decisión del recurso es negativa, la persona podrá solicitar la revisión judicial, a través de abogado.
- F. Cancelación:** Una vez que una solicitud ha sido resuelta por la autoridad competente, la decisión adoptada no puede ser objeto de revisión a instancia de la misma autoridad. Excepcionalmente, se podrá revisar la condición de un refugiado reconocido en el país, cuando se tenga prueba suficiente que demuestre que el peticionante ocultó o falseó los hechos materiales sobre los que fundamentó su solicitud.
- G. Cesación de la condición de refugiado:** Cesará la condición de refugiado de una persona, cuando se ha acoja nuevamente de manera voluntaria a la protección del país de su nacionalidad, o habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente. También cuando ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección de ese país. Otra causal es cuando se ha establecido

voluntariamente en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguido o cuando no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada. No obstante, si se trata de una persona que no tiene nacionalidad, y por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, esta persona está en condiciones de regresar al país donde tenía su residencia habitual.

4. México:

La Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político y su Reglamento, regula el reconocimiento de la condición de refugiado y el otorgamiento de asilo político. El reconocimiento de refugiado compete exclusivamente a la Secretaría de Gobernación, a través de la Coordinación General de la Comisión de Ayuda a Refugiados de la Secretaría de Gobernación –COMAR–, con insumos de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

El procedimiento por el cual un extranjero puede solicitar ser reconocido como refugiado en México es el siguiente:

- A. Solicitud:** La solicitud se presenta a la Secretaría de Gobernación, dentro de los 30 días siguientes a su ingreso.
- B. Constancia de trámite:** La Secretaría de Gobernación expedirá al solicitante una constancia de trámite.
- C. Entrevista:** El solicitante debe acudir a COMAR para llenar un cuestionario y ser entrevistado.
- D. Investigación:** COMAR realiza una investigación a detalle de las condiciones sobre el país de origen y la Secretaría de Relaciones Exteriores deberá emitir una opinión sobre las condiciones prevalecientes en dicho país de origen, dentro de los 15 días hábiles siguientes al recibo de la solicitud.
- E. Decisión COMAR:** COMAR debe tomar la decisión en un término de 45 días hábiles, a partir de la presentación de la solicitud. Si se reconoce la condición de refugiado, el Instituto Nacional de Migración documentará a la persona, bajo la calidad de Inmigrado. Si no se reconoce la condición de refugiado, COMAR debe pronunciarse en la misma resolución, sobre el otorgamiento o no de la protección complementaria (*non refoulement* o no devolución).
- F. Suspensión:** El refugiado podrá solicitar, en cualquier momento, que se suspenda su condición, dando aviso a COMAR. Si el refugiado abandona el territorio nacional y solicita el reconocimiento de la condición de refugiado, COMAR

suspenderá la condición de refugiado. No obstante, esta condición podrá ser reactivada.

- G. No reconocimiento o renovación:** Cuando la persona haya cometido un delito contra la paz, genocidio, crímenes de lesa humanidad o de guerra, o cuando haya cometido fuera del territorio nacional, y antes de su internación, un delito calificado como grave. También cuando la persona haya cometido actos contrarios a las finalidades y principios de las Naciones Unidas. Esta decisión se informará mediante resolución fundada y motivada de COMAR, expedida en un término de 45 días hábiles, contados a partir del día en que se inicie el procedimiento de revocación.
- H. Cesación:** Las causales de cesación de la condición de refugiado son: cuando la persona se acoge voluntariamente a la protección del país de su nacionalidad; cuando, habiendo perdido su nacionalidad, la persona recobra voluntariamente su nacionalidad; cuando la persona adquiera una nueva nacionalidad y se acoja a la protección de ese país; cuando han desaparecido las circunstancias, por las cuales se le reconoció la condición de refugiado a la persona, en el país de su nacionalidad; y cuando, sin tener nacionalidad, han desaparecido las circunstancias por las cuales se le reconoció la condición de refugiado en el país donde la persona tenía su residencia habitual. Esta decisión se informará mediante resolución fundada y motivada de COMAR, expedida en un término de 45 días hábiles, contados a partir del día en que se inicie el procedimiento de cesación.
- I. Cancelación de la condición de refugiado:** Esta decisión se tomará cuando existan pruebas fehacientes de que el solicitante ocultó o falseó la información proporcionada en su solicitud, y se informará al refugiado, mediante resolución fundada y motivada de COMAR, expedida en un término de 45 días hábiles, contados a partir del día en que se inicie el procedimiento de cancelación.
- J. Recurso de revisión:** El recurso deberá presentarse dentro de los 15 días hábiles posteriores a la notificación.

En México, el asilo o asilo político se define como *“la protección que el Estado mexicano otorga a un extranjero considerado perseguido por motivos o delitos de carácter político o por aquellos delitos del fuero común que tengan conexión con motivos políticos, cuya vida, libertad o seguridad se encuentre en peligro”*⁶¹. El asilo puede ser solicitado por vía diplomática o por vía territorial, y la decisión sobre la concesión o no del asilo, corresponde exclusivamente a la Secretaría de Relaciones Exteriores.

61 Lineamientos para Atender Solicitudes de Asilo y Refugio, de la Secretaría de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos Mexicanos. Julio 2006. Disponible en: <https://extranet.sre.gob.mx/images/stories/asilo/asilo2016.pdf>

Por consiguiente, las diferencias entre refugio y asilo en este país se resumen de la siguiente manera⁶²:

REFUGIO	ASILO
Es un derecho humano	Es una facultad discrecional del Estado. Su concesión constituye un acto de política exterior
El procedimiento de reconocimiento se lleva a cabo conforme a estándares reconocidos internacionalmente	No existe un procedimiento universal para su concesión. El procedimiento se ha derivado de la práctica regional y los aspectos generales contenidos en los instrumentos convencionales regionales
Motivos de la persecución: <ul style="list-style-type: none"> - Raza - Religión - Nacionalidad - Pertenencia a un determinado grupo social - Opiniones políticas - Género - Violencia generalizada - Agresión extranjera - Conflictos internos - Violación masiva de los derechos humanos - Otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público 	Motivos de la persecución: <ul style="list-style-type: none"> - Delitos políticos - Delitos comunes con fines políticos
Se reconoce la condición de refugiado cuando existen temores fundados de persecución	Se concede sólo en casos de urgencia, es decir, cuando el individuo efectivamente es perseguido y su vida, libertad o seguridad se encuentra en peligro
El individuo necesariamente debe encontrarse en el territorio del Estado que habría de reconocer la condición de refugiado	El individuo puede o no estar en territorio del Estado asilante para solicitarlo
Es competencia de la Secretaría de Gobernación determinar si lo reconoce o no	Por tratarse de un acto de política exterior, corresponde a la Secretaría de Relaciones Exteriores su concesión
Una vez presentada la solicitud de reconocimiento no se podrá proporcionar información alguna al país de origen	Al conceder el asilo se debe informar de inmediato al país de origen

5. Colombia:

El derecho de asilo se encuentra consagrado en el artículo 36 de la Constitución Política sin mayor desarrollo legal o jurisprudencial. Por su parte la institución del

⁶² Ibid.

refugio está regulada en el decreto 2840 de 2013 “Por el cual se establece el Procedimiento para el Reconocimiento de la Condición de Refugiado, se dictan normas sobre la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado y otras disposiciones”⁶³.

El procedimiento para la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, se rige por lo dispuesto en el Decreto 2840 que se encuentra compilado en el Decreto 1067 de 2015, y debe presentarse ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, de la siguiente forma:

- A. Solicitud:** Al ingresar al país, la persona deberá presentar la solicitud ante las autoridades de migración, por escrito y con la información exigida en el artículo 14 del Decreto 2840 de 2013, además deberá remitir la documentación necesaria, por medio físico o electrónico, dentro de un término máximo de 24 horas siguientes a la recepción de la solicitud, al Despacho del Viceministro de Asuntos Multilaterales del Ministerio de Relaciones Exteriores. Por el contrario, si la persona ya se encuentra en el país, deberá presentar la solicitud máximo dentro del término de 2 meses siguientes a su ingreso y podrá ser presentada directamente por el interesado, ante el Despacho del Viceministro de Asuntos Multilaterales del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- B. Unidad Administrativa Especial Migración Colombia:** Si no existe causal de inadmisión, se expide un salvoconducto de permanencia por 5 días hábiles, dentro de los cuales el solicitante deberá ratificar o ampliar su solicitud, por cualquier medio físico o electrónico, ante el Despacho del Viceministro de Asuntos Multilaterales. En caso de no realizarse la ratificación o ampliación de la solicitud, la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado recomendará rechazar la solicitud e informará a la Unidad Especial Migración Colombia, dentro del día hábil siguiente al vencimiento del salvoconducto, para que tome las medidas migratorias correspondientes.
- C. Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado -CONARE-:** Recibe las solicitudes que cumplan los requisitos legales y realiza las entrevistas personalmente a los solicitantes. Si el solicitante no se presenta, la Secretaría Técnica expedirá una constancia de no comparecencia y archiva el expediente, sin embargo, dentro del mes siguiente al archivo de éste, el solicitante podrá pedir el desarchivo, si demuestra que no compareció por razones de fuerza mayor o caso fortuito. En todo caso, el CONARE es el Organismo que se encarga de analizar y estudiar individualmente cada caso y proyecta las resoluciones que resuelven las solicitudes de reconocimiento de condición de refugiado y para ello, puede solicitar información a las autoridades nacionales de seguridad del país o a las

63 Decreto 2840 de 2013

autoridades extranjeras a través de las misiones diplomáticas o consulares de Colombia en el exterior. En caso de ser autorizada la solicitud, solicitará la expedición del salvoconducto de permanencia a la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia, que será válido hasta por 3 meses, prorrogables por un lapso de tiempo igual, mientras se resuelve la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.

- D. Desistimiento:** Se puede manifestar en cualquier momento y el expediente será archivado, mediante acto de trámite expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Si lo anterior sucede, el solicitante no podrá volver a presentar solicitud por los mismos hechos.
- E. Reconocida la condición de refugiado:** El Ministerio de Relaciones Exteriores expedirá el documento de viaje y la visa correspondiente. Podrá presentar solicitud para que dicha condición se extienda a: cónyuge o compañero permanente; hijos menores de edad; hijos mayores de edad hasta los 25 años, que dependan económicamente del refugiado; hijos en condiciones de discapacidad.
- F. Pérdida de la vigencia del salvoconducto:** Esta situación se podrá presentar por las siguientes razones: por reconocimiento de la condición de refugiado; con la ejecutoria de la resolución por la cual se niega la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado; por la violación de las autorizaciones establecidas en el salvoconducto; por el vencimiento de los 3 meses o su prórroga; por no presentarse el solicitante a la entrevista; por ordenarse el archivo de la solicitud o cuando la solicitud haya sido rechazada de plano.
- G. Negación de la solicitud:** Negada la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado y ejecutoriada la decisión, se comunica a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia para que cancele el salvoconducto vigente y emita uno nuevo hasta por 30 días calendario para que el solicitante salga del territorio nacional o se sujete a las normas y medidas migratorias correspondientes.
- H. Exclusión de la condición de refugiado:** No se le reconocerá a la persona que haya cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad; haya cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiado; o sea culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.
- I. Revocación de la condición de refugiado:** Si la persona comete los actos contemplados en las cláusulas de exclusión, se revocará su condición de refugiado.

J. Cesación de la condición de refugiado: Las causales de cesación de la condición de refugiado son las siguientes: si la persona se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad; si la persona ha recobrado su nacionalidad, voluntariamente; si la persona ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección de dicho país; si la persona se ha establecido voluntariamente en el país que había abandonado por temor de ser perseguido; por desaparecer las circunstancias por las cuales se le reconoció a esa persona la condición de refugiado; si el refugiado renuncia voluntariamente y por escrito y si se descubre que obtuvo la condición de refugiado en virtud de hechos inexactos.

Como conclusión, podemos observar que la mayoría de los Estados latinoamericanos consagran el derecho de asilo en sus constituciones o sus leyes nacionales, pero no tienen un procedimiento diferenciado para su concesión, o desarrollan sus obligaciones internacionales en la materia a través de la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967, negando un abanico de posibilidades de protección que van de acuerdo al *effet utile* de la Convención Americana y el principio de interpretación *pro homine*.

III. CONCLUSIONES

i) Respuestas a las preguntas elevadas por el Estado de Ecuador

En su escrito de solicitud de Opinión Consultiva, el Ecuador presentó 7 cuestiones al conocimiento de este H. Tribunal. Como parte del presente ejercicio, daremos respuesta a las preguntas “A)”, “B)”, “C)”, “E)” y “F)”. Las preguntas “B)” y “C)” serán absueltas conjuntamente, en razón de que se encuentran estrechamente ligadas, y las preguntas “D)” y “G)” no serán absueltas por ser consideradas relativas a cuestiones muy específicas y/o que escapan del alcance de la Corte en ejercicio de su competencia consultiva.

A) Teniendo en cuenta especialmente los principios de igualdad y no discriminación por razones de cualquier condición social previstos en los artículos 2.1, 5 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el principio *pro-homine* y la obligación de respetar todos los derechos humanos de todas las personas en toda circunstancia y sin distinciones desfavorables, así como los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 28 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿cabe que un Estado, grupo o individuo realice actos o adopte una conducta que en la práctica signifique el desconocimiento de las disposiciones establecidas en los

instrumentos de derechos humanos antes mencionados, incluyendo el artículo 5 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de manera que se atribuya a los artículos 22.7 y XXVII de la Convención Americana y de la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre, respectivamente, un contenido restringido en cuanto a la forma o modalidad del asilo, y cuales consecuencias jurídicas deberían producirse sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona afectada por dicha interpretación regresiva?

R:/ Es de nuestra consideración que la conducta regresiva de un Estado con relación al cumplimiento de una obligación internacional emanada de los instrumentos expuestos con anterioridad, endilga la responsabilidad internacional del Estado, por cuanto supone la perpetración de un hecho ilícito internacional. En este punto es menester recordar que el artículo 29(b) de la Convención Americana expone que la misma no puede ser interpretada en el sentido de *“limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”*, lo que en el caso particular implica que el contenido del artículo 22.7 de la CADH y XXVII de la DADDH, debe ser interpretado de conformidad con las Convenciones de Caracas de 1954, la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967, así como los demás instrumentos que conforman la *tradición latinoamericana del asilo*; y su eventual incumplimiento supondrá una transgresión a las obligaciones generales de respeto y garantía de los Derechos Humanos.

- B) ¿Cabe que un Estado, ajeno a determinada convención sobre asilo, obstaculice, impida o limite la acción de otro Estado que sí es parte en dicha convención de manera que no pueda cumplir con las obligaciones y compromisos contraídos en virtud de dicho instrumento, y cuáles deberían ser las consecuencias jurídicas de dicha conducta para la persona que se encuentra asilada?
- C) ¿Cabe que un Estado, ajeno a determinada convención sobre asilo, o que pertenezca a un régimen jurídico regional distinto de aquel en base al cual se concedió el asilo, entregue a quien goza del estatuto de asilado o refugiado al agente de persecución, violando el principio de no devolución, argumentando que la persona asilada pierde esta condición por encontrarse en un país extraño a dicho régimen jurídico al ejercer su derecho de libre movilidad humana y cuáles deberían ser las consecuencias jurídicas derivadas de dicha conducta sobre el derecho de asilo y los derechos humanos de la persona asilada?

R:/ Es de nuestra consideración que NO CABE la posibilidad de que un Estado perteneciente a un régimen jurídico regional distinto de aquel al

cual se concedió el asilo, decida unilateralmente obviar la concesión del derecho de asilo en cabeza del fugitivo político. Lo anterior, por cuanto es una norma de Derecho Internacional general el respeto a la concesión de asilo por parte de terceros Estados, y está sentado que el mismo no debe considerarse como un acto inamistoso hacia la comunidad internacional.

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 1.1 de la CADH, las obligaciones generales de los Estados se predicán ante “*toda persona que esté sujeta a su **jurisdicción***”. La doctrina clásica ha entendido el término **jurisdicción** como la potestad del Estado de alterar, crear o terminar relaciones legales y obligaciones⁶⁴, a través de acciones de índole legislativa, ejecutiva o judicial⁶⁵. Bajo esta línea se alega que la jurisdicción del Estado es “*primordialmente territorial*”⁶⁶.

A *contrario sensu*, debe entenderse que, tratándose de Derechos Humanos, la **jurisdicción** debe ser entendida en un sentido amplio⁶⁷, que refleje la naturaleza especial y única de las obligaciones en la materia⁶⁸, como lo hizo el TEDH en el caso *Loizidou*, pues por el objeto y fin del CEDH, la responsabilidad internacional de un Estado parte también surgía por el **control efectivo** ejercido en un área por fuera de su territorio⁶⁹.

En el evento expuesto, es evidente que las obligaciones generales de respeto y garantía de los Derechos Humanos se extienden a las legaciones de los Estados asilantes, de modo que la aplicabilidad de los artículos 22.7 y 22.8 de la CADH y XVII de la DADDH tendrán plena aplicabilidad en sus premisas, aunque en principio la embajada se encuentre en el territorio de otro Estado completamente ajeno al derecho interamericano.

En ese sentido, en el instante preciso en que el individuo con fundados temores de ser perseguido ingresa a la embajada del Estado que pretende le brinde protección, queda cubierto por la garantía del *non-*

⁶⁴ SHAW, Malcolm. *International Law – 6th edition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Pág. 645;

⁶⁵ CASSESE, Antonio. *International Law – 2nd edition*. Oxford: Oxford University Press, 2005. Págs. 45-51;

⁶⁶ TEDH., Caso *Bankovic y Otros Vs. Bélgica y Otros*. Sentencia de 12 de diciembre de 2001. No. 52207/99, párr. 59;

⁶⁷ MILANOVIC, Marko. *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2011. Pág. 26;

⁶⁸ CIJ., *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*. Opinión Consultiva. Sentencia de 9 de julio de 2004. I.C.J. Reports 2004, párr. 109;

⁶⁹ TEDH., Caso *Loizidou Vs. Turquía*. Sentencia de 18 de diciembre de 1996. No. 15318/89, párr. 62;

refoulement, ya sea que se le conceda el derecho de asilo en los términos del régimen de las Convenciones de Caracas de 1954 o se le reconozca como refugiado y se le aplique las disposiciones de la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967.

Para concluir, es preciso afirmar que las obligaciones generales de respeto y garantía de los Derechos Humanos imponen obligaciones *erga omnes* de protección. En términos de A.A. CAÑADO TRINDADE, “*las obligaciones erga omnes de protección, en una dimensión horizontal, son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos **debidas a la comunidad internacional como un todo***”⁷⁰. En el marco del derecho internacional convencional, vinculan ellas todos los Estados Partes en los tratados de derechos humanos (obligaciones *erga omnes partes*), y, en el ámbito del derecho internacional general, vinculan todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no Partes en aquellos tratados (obligaciones *erga omnes lato sensu*)”⁷¹. En ese sentido, es una obligación de terceros Estados respetar los Derechos Humanos del individuo, aun cuando dicha obligación no devenga de un tratado en el que haga parte dicho Estado en cuestión.

- E) ¿Cabe que un Estado deniegue asilo a una persona que solicita dicha protección en una de sus sedes diplomáticas aduciendo que otorgarlo sería dar mal uso a los locales que ocupa la Embajada, o que concederlo de esta forma sería extender indebidamente las inmunidades diplomáticas a una persona sin estatus diplomático, y cuáles deberían ser las consecuencias de orden jurídico de dichos argumentos sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona afectada, teniendo en cuenta que podría tratarse de una víctima de persecución política o de actos de discriminación?

R:/ Es de nuestra consideración que el Estado no puede objetar el cumplimiento de sus obligaciones en materia de Derechos Humanos amparándose en el derecho nacional o en el cumplimiento de otra obligación internacional. Precisamente, el eje transversal de la interpretación en materia de Derechos Humanos es el principio *pro homine*, que en términos generales establece la prelación de cualquier disposición cuyo contenido material sea más favorable para la persona humana.

- F) ¿Cabe que el Estado asilante deniegue una solicitud de asilo o refugio, o revoque el estatuto concedido como consecuencia de la formulación de

⁷⁰ Corte IDH, caso *Blake versus Guatemala* (Fondo), Sentencia del 24.01.1998, Voto Razonado del Juez A.A. Cañado Trindade, párr. 26, y cf. párrs. 27-30;

⁷¹ Corte IDH, Medidas provisionales del caso *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó Vs. Colombia*. Voto Razonado del Juez A.A. Cañado Trindade, párr. 8;

denuncias o del inicio de un proceso legal contra dicha persona, habiendo indicios claros de que dichas denuncias tienen un móvil político y que su entrega podría dar lugar a una cadena de sucesos que terminaría causando graves daños al sujeto, es decir, la pena capital, cadena perpetua, tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, a la persona reclamada?

R:/ Retomando lo abordado al inicio del documento y la respuesta “C)”, es de nuestra consideración que es facultad del Estado asilante calificar la naturaleza de la falta como un delito político, delito común conexo al delito político, o delito puramente común, en aras de decidir las circunstancias en que será otorgado el derecho de asilo de acuerdo con los instrumentos internacionales en la materia. En todo caso, las obligaciones generales de respeto y garantía de los Derechos Humanos imponen el principio de *non-refoulement*, el cual deberá ser respetado en toda circunstancia.