

Bogotá D.C., 4 de mayo de 2017.

Señor:
ROBERTO F. CALDAS
Presidente
Corte Interamericana de Derechos Humanos
San José (Costa Rica)

Ref.- Opinión escrita sobre la consulta presentada por el Estado de Ecuador sobre la institución del asilo en sus diversas formas y la legalidad de su reconocimiento como derecho humano de todas las personas conforme al principio de igualdad y no discriminación.

Con base en el artículo 73.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la invitación extendida por ella, presento por medio de este escrito mi opinión académica y jurídica respecto a la consulta formulada por el Estado de Ecuador, sobre “la institución del asilo en sus diversas formas y la legalidad de su reconocimiento como derecho humano de todas las personas conforme al principio de igualdad y no discriminación”.

En aras de dar respuesta al cuestionario dirigido por el Estado de Ecuador a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), es importante, en primer lugar, hacer un análisis sobre la preeminencia de los derechos humanos a través del principio de igualdad y no discriminación, para enseguida, analizar el alcance universal del principio de no devolución frente a todos los refugiados.

I. La preeminencia de los derechos humanos a través del principio de igualdad y no discriminación

El fenómeno de las nuevas migraciones comienza a involucrar progresivamente a todos los Estados y a diversos actores de la comunidad internacional. La protección del refugiado, pero en términos más generales, del migrante y de su familia, ha dejado de ser un asunto entre países de origen y países de recepción, para transformarse en un tema de interés global, que encuentra fundamento en el principio de igualdad y en la no discriminación.

DAVID ANDRÉS MURILLO CRUZ

*Abogado Investigador y Consultor
en Derechos Humanos y Derecho Internacional Público*

Frente a la consulta solicitada por el Estado de Ecuador y vista la cruda situación que en nuestros tiempos atraviesan los migrantes, las reflexiones hechas por Hannah Arendt sobre la existencia del “derecho a tener derechos” (*right to have rights*)¹ son más que pertinentes.

En su obra sobre el totalitarismo, Arendt afirma que “los derechos humanos, en principio inalienables, se han vuelto imposibles de ser respetados, incluso en los países cuya Constitución está fundada en ellos, cada vez que aparecen personas que ya no son ciudadanos de un Estado soberano”²; pues estas personas, mal llamadas por algunos como los “sin derechos” (*without rights*)³, parecen haber perdido su humanidad y haber sido “despojados de sus derechos humanos”⁴.

De acuerdo a la teoría de Arendt, la pérdida de los derechos de quienes han debido migrar forzosamente se da en dos momentos. El primero, consiste en la pérdida de la residencia, lo que en otras palabras significa, “la pérdida de toda trama social en la que nacieron y en la que ocuparon un lugar distinto en el mundo”⁵. La segunda, es la pérdida de la protección por parte de un gobierno, “lo que implica no sólo la pérdida de su estatus jurídico en su propio país sino en todos los demás”⁶.

En particular, la autora se refiere a aquellas personas que por sus creencias y/o convicciones han debido migrar de forma forzada de su país, para encontrarse no sólo con la realidad de haber sido enajenados de sus derechos por su Estado, sino que, en cierta medida, encuentran que en la práctica los han perdido por completo, pues los demás Estados no quieren tampoco reconocérselos.

Ahora bien, si las reflexiones de esta filósofa política son pertinentes para esta opinión consultiva, es justo porque los cuestionamientos planteados por el Estado de Ecuador no sólo involucran al asilado y al refugiado, sino que son perfectamente extrapolables a los millones de personas que hoy padecen la crítica situación de la migración forzada, sobre todo para aquellos que son tratados bajo calificativos peyorativos (“ilegales”, “irregulares” o “indocumentados”), al punto que hoy por hoy podría decirse que los migrantes forzados se han transformado en los apátridas del siglo XXI.

Desafortunadamente, como bien lo reconoce el juez internacional Cançado Trindade, “la idolatría del mercado” ha reducido a los hombres a simples agentes de

¹ Hannah ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, San Diego, New York, London, Harcourt, 1968, p. 296.

² *Ibid.*, p. 293.

³ *Ibid.*, p. 453.

⁴ *Ibid.*, p. 296.

⁵ *Ibid.*, p. 293.

⁶ *Ibidem.*

DAVID ANDRÉS MURILLO CRUZ

*Abogado Investigador y Consultor
en Derechos Humanos y Derecho Internacional Público*

producción económica⁷. Hasta terminar siendo un tanto irónico que sea precisamente en el mundo “globalizado” en donde las fronteras están abiertas para los capitales, bienes y servicios, pero cerradas para los seres humanos”⁸.

Para el juez Cançado Trindade:

“esta nueva tragedia contemporánea, esencialmente creada por el hombre y que hubiera podido ser evitada perfectamente si la solidaridad humana hubiera prevalecido sobre el egoísmo individual, ha dado lugar a un nuevo fenómeno de flujo masivo de migración forzada que emerge y se intensifica –millones de seres humanos buscan escapar, no sólo a una persecución individual y política sino también al hambre, a la miseria y a los conflictos armados- con graves consecuencias para la aplicación de normas internacionales de protección de la persona humana”⁹.

De ahí que resulte pertinente la consulta del Estado de Ecuador, pues los interrogantes por él planteados podrían ayudar a esclarecer la situación tanto de asilados como de migrantes en general protegidos por la presunción del estatus de refugiado, pues el progreso material de algunos seres humanos se ha acompañado del cierre de fronteras para otros, al igual que de la aplicación de nuevas formas de criminalidad alrededor de los flujos migratorios, tales como la explotación laboral, el tráfico clandestino de personas y la prostitución forzada, en donde los migrantes “irregulares” o “indocumentados”, son con frecuencia las víctimas, al no recibir la protección necesaria por parte de los Estados y de la comunidad internacional¹⁰.

Sobre el masivo flujo migratorio y las violaciones de los derechos humanos que están presentes en este fenómeno, es necesario saber que desde los años 90 varios esfuerzos se han realizado para tratar este problema, reforzando el marco normativo internacional existente desde 1951 con la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados¹¹;

⁷ Antônio CANÇADO TRINDADE, Uprootedness and the Protection of Migrants in the International Law of Human Rights, *Revista Brasileira de Política Internacional*, 2008, Vol. 51, No. 1, p. 139.

⁸ Antônio CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine*, Paris, Pedone, 2012, p. 217.

⁹ *Ibid.*, pp. 217 et 218.

¹⁰ *Ibid.*, p. 219.

¹¹ Esta Convención, considerada la “Carta de derechos de los refugiados”, fue adoptada el 28 de julio de 1951 y entró en vigor el 22 de abril de 1954 con el depósito de la ratificación número 16, tal como lo había previsto su artículo 43. Ver: UNHCR, *50th Anniversary the 1951 Genève Convention: The Wall Behind Which Refugees Can Shelter*, Refugees, Vol. 2, No. 123, 2001 y Jean-Yves CARLIER, “Et Genève sera... la définition du réfugié: bilan et perspective”, in Vincent CHETAIL y Jean-François FLAUSS (Dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 63 – 89.

DAVID ANDRÉS MURILLO CRUZ

*Abogado Investigador y Consultor
en Derechos Humanos y Derecho Internacional Público*

convención inicialmente creada para paliar la grave situación de los europeos desplazados por los conflictos vividos a mediados del siglo XX en dicho continente¹².

Todos los esfuerzos en la protección de los refugiados se han apoyado sobre una base común que ha sido reforzada y adaptada al fenómeno planetario de nuevas migraciones forzadas. Se trata en concreto, del principio de igualdad y no discriminación. El artículo 3º de la Convención de Ginebra de 1951 establece expresamente la no discriminación, al prescribir que “los Estados Contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen”.

Inicialmente, esta Convención fue concebida como un instrumento destinado a reglamentar un fenómeno que se creía temporal y limitado geográficamente a los desplazados forzados provenientes de Europa. No obstante, la persistencia y la multiplicación del fenómeno de migraciones forzadas en el mundo llevaron a la enmienda de la Convención por el Protocolo del 31 de enero de 1967 sobre el estatuto de los refugiados, suprimiendo las limitaciones temporales y geográficas, pero conservando las disposiciones esenciales de la Convención, para así hacerla más amplia y funcional¹³.

Por su parte, en el continente africano, el artículo 4 de la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) de 1969, hoy Unión Africana (UA), que regula los aspectos propios del fenómeno de los refugiados en África, dispuso, igualmente, que “los Estados miembros se comprometen a aplicar las disposiciones de la presente Convención a todos los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas”¹⁴.

En América, igualmente, el principio de igualdad y no discriminación se encuentra en la Declaración de Cartagena sobre los refugiados del 22 de noviembre de 1984 y en la Declaración de San José sobre los refugiados y las personas desplazadas del 5 – 7 de diciembre de 1994, las cuales son reconocidas como instrumentos complementarios de la Convención de Ginebra de 1951 y de su Protocolo de 1967.

Para la consulta realizada por Ecuador, es de radical importancia lo contenido en la conclusión 10 de la Declaración de San José, ya que “reafirma que tanto los refugiados como las personas que migran por otras razones, incluyendo causas económicas, son

¹² Beatriz GARCÍA SÁNCHEZ, “El asilo como derecho de los individuos: ¿garantiza este derecho la normativa comunitaria?”, in Antonio Rafael CUERDA RIEZU (Dir.), *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado*, p. 21.

¹³ Vincent CHETAIL, “Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international”, in Vincent CHETAIL y Jean-François FLAUSS (Dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 4.

¹⁴ Esta Convención fue elaborada el 10 de septiembre de 1969 en la Capital de Etiopía, Addis-Abeda, y entró en vigor el 20 de junio de 1974.

DAVID ANDRÉS MURILLO CRUZ

*Abogado Investigador y Consultor
en Derechos Humanos y Derecho Internacional Público*

titulares de derechos humanos que deben ser respetados en todo momento, circunstancia y lugar”. De ahí que estos derechos sean “inalienables” y deban “respetarse antes, durante y después de su éxodo o del retorno a sus hogares, debiéndose proveerles además lo necesario para garantizar su bienestar y dignidad humana”.

En el viejo continente, también el artículo 4 de la Convención europea sobre el establecimiento de personas del 13 de diciembre de 1955, consagró que “los nacionales de las Partes contratantes gozan sobre el territorio de las otras Partes de un trato igual al de los nacionales en cuanto al goce y ejercicio de los derechos civiles, sean de naturaleza personal, sean de naturaleza patrimonial”.

En igual sentido, el párrafo 1 del artículo 5 de la Convención sobre la nacionalidad del 6 de noviembre de 1997, confirmó el principio de igualdad y no discriminación, al establecer que “las reglas de un Estado Parte sobre la nacionalidad no deben contener distinción o incluir prácticas que constituyan una discriminación fundada sobre el sexo, la religión, la raza, el color o el origen nacional o étnico”.

Estos instrumentos muestran con exactitud, la existencia de una indiscutible evolución en la protección de los derechos humanos, que toma en cuenta la universalidad de los derechos del individuo, para de ahí trascender la limitada protección estatal y buscar una verdadera protección universal de derechos, a partir del principio de igualdad y el derecho a la no discriminación.

Esta ha sido precisamente la postura que han asumido los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) en relación con la protección de los derechos de los extranjeros y de los migrantes incluyendo los menores migrantes.

En la opinión consultiva OC-16, del 1º de octubre de 1999, respecto al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco del debido proceso legal, la Corte IDH ha señalado que “para alcanzar sus objetivos, el proceso [judicial] debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación”¹⁵.

Para el tribunal de San José:

“la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del

¹⁵ CORTE IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, § 119.

DAVID ANDRÉS MURILLO CRUZ

*Abogado Investigador y Consultor
en Derechos Humanos y Derecho Internacional Público*

procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”¹⁶.

Por ello, y en lo que atiende a la consulta hecha por Ecuador, la Corte IDH ha dicho que se debe proveer “de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular”¹⁷.

Con base en lo anterior, la jurisprudencia interamericana ha sentado un precedente respecto a la protección de los extranjeros en todo proceso judicial, sean éstos migrantes, refugiados o asilados, incluso, frente al proceso administrativo o judicial que define la situación jurídica del migrante como refugiado.

Empero, la Corte IDH con el transcurrir del tiempo ha sido mucho más sabia en sus argumentos y apreciaciones respecto a la protección de los migrantes, al considerar en la opinión consultiva OC-18, del 17 de septiembre de 2003, que:

“el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo el ordenamiento jurídico”¹⁸.

De acuerdo al sentir de la Corte, “todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley”¹⁹. Lo anterior, dado que dicha obligación se desprende “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”²⁰.

Para la jurisprudencia interamericana, el principio de igualdad y no discriminación impregna toda actuación del poder estatal en relación con el respeto y la garantía de los derechos humanos. El Estado, sea a nivel internacional o a nivel interno, y por los actos de

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibid.*, § 120. Ver: Antônio CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine*, Op. Cit., pp. 230 et 231.

¹⁸ CORTE IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, § 101.

¹⁹ *Ibid.*, § 100.

²⁰ CORTE IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002, § 45 y Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, § 55.

DAVID ANDRÉS MURILLO CRUZ

*Abogado Investigador y Consultor
en Derechos Humanos y Derecho Internacional Público*

todas sus autoridades, incluso de terceros que actúan bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar contrariamente al principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un grupo determinado de personas, como los migrantes “indocumentados”²¹.

En razón a ello, “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio”²². Para la Corte IDH, “este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre”. Al punto que “cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos”²³.

Recientemente en la opinión consultiva OC-21, del 19 de agosto de 2014, la Corte IDH reafirmó que los Estados tienen obligaciones generales frente a los migrantes, particularmente si se trata de menores de edad.

Sobre el sujeto, señaló que de acuerdo al artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), existe el “deber estatal de respeto y garantía de los derechos humanos de “toda persona que esté sujeta a la jurisdicción” del Estado”²⁴. En otras palabras, subsiste la obligación estatal con toda persona “que se encuentre en su territorio o que de cualquier forma sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control, en este caso, al intentar ingresar al mismo, y ello sin discriminación alguna”²⁵.

Por su parte, la Comisión IDH en su informe sobre *los derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana*, ha hecho evidente que “en las Américas, los principios vinculantes de igualdad y no discriminación constituyen el eje central del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”²⁶. De ahí que la Comisión haya establecido que “el derecho internacional de los derechos humanos no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra cierta categoría de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria”²⁷.

²¹ CORTE IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, Op. Cit., § 100.

²² *Ibíd.*, § 172.

²³ *Ibíd.*

²⁴ CORTE IDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, § 61.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ COMISIÓN IDH, Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, Washington, CIDH, OEA/Ser.L/V/II, 2013, § 357.

²⁷ *Ibíd.*, § 358.

DAVID ANDRÉS MURILLO CRUZ

*Abogado Investigador y Consultor
en Derechos Humanos y Derecho Internacional Público*

Para la Comisión IDH, los Estados tienen obligaciones positivas respecto a los migrantes sea cual sea su situación migratoria. Estas obligaciones se materializan particularmente con el deber de respetar y el deber de garantizar los derechos²⁸. Esto en la práctica implica que:

“los Estados deben organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder estatal, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción”²⁹.

Pour su parte, la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), orientada por el mismo espíritu humanista de los órganos interamericanos, en marzo del 2014, emitió un informe titulado “*Childre on the Run*”, en el cual confirmó las obligaciones generales de los Estados respecto de los migrantes, incluso de los migrantes menores; y precisó el significado de la noción de “protección internacional” en dicha materia.

De acuerdo a la ACNUR, la protección internacional de los migrantes se asemeja a la responsabilidad de proteger, dado que inicialmente “es responsabilidad de los Estados proteger a sus nacionales”³⁰, empero, si “los gobiernos de sus países de origen no protegen los derechos básicos de estas personas, la comunidad internacional debe intervenir para asegurar que dichos derechos, como está previsto por diferentes instrumentos regionales e internacionales, sean respetados”³¹.

Como se hace evidente, gracias a la evolución sobre los derechos de los migrantes, puede observarse que existe en relación con la protección de los derechos humanos toda una transición de la responsabilidad exclusiva del Estado a la responsabilidad de la comunidad internacional, en aras de redundar en la protección del individuo obligado a migrar.

Este fenómeno en realidad, no hace más que probar la existencia de una universalización en la protección y garantía de los derechos de las personas que han sido obligadas a salir de su país, la cual se hace más evidente con el principio de no devolución y su alcance universal.

²⁸ *Ibíd.*, §§ 362 – 365.

²⁹ *Ibíd.*, § 365.

³⁰ UNHCR, *Children on the Run*, Washington, 2014, p. 8, Disponible [En línea] :<http://www.unhcr.org/about-us/background/56fc266f4/children-on-the-run-full-report.html> (3 de abril de 2017).

³¹ *Ibidem*.

II. El alcance universal del principio de no devolución como garantía de protección al refugiado y/o asilado

La primera referencia sobre el “*non-refoulement*” o la no devolución en la práctica del derecho internacional, se encuentra en el período de entre guerras con el artículo 3 de la Convención del 28 de octubre de 1933, sobre el estatuto internacional de los refugiados, la cual previó la prohibición para las Partes contratantes de “devolver a los refugiados a las fronteras de sus países de origen”³².

No obstante, fue en el periodo histórico subsecuente a la segunda guerra mundial que la no devolución es reconocida como un principio cardinal del derecho internacional de los refugiados con el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 y el artículo 2.3 de la Convención de la OUA de 1969, sobre los aspectos propios a los problemas de refugiados en África³³.

La importancia dada al principio de no devolución después de la segunda guerra mundial ha sido tan fuerte que el artículo 42 de la Convención de Ginebra de 1951 prohíbe de forma categórica, la formulación de reservas al respecto; y algunos años después del fin de la guerra en Vietnam, la Declaración de Cartagena sobre los refugiados de 1984 estableció en su quinta conclusión que el *non-refoulement* “debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio *jus cogens*”³⁴.

Sin embargo, y tal como ha sido precisado en la consulta presentada por Ecuador, dado que en la actualidad los Estados tienen cada vez más dificultades para distinguir los refugiados de los migrantes económicos, debido esto a que hoy por hoy las migraciones mixtas son más frecuentes, el principio de no devolución se revela una protección inicial tanto para los unos como para los otros.

En efecto, las dificultades que en la práctica sobrevienen para hacer la distinción entre refugiados y migrantes económicos, han extendido la protección dada por el principio de *non-refoulement* a todo migrante, mientras se lleva a cabo el procedimiento que les reconoce o no el estatus de refugiado. Esto quiere decir, que alrededor de la noción de refugiado existe una presunción de protección que debe ser respetada por todos los Estados, ya que está blindada al ser norma de *jus cogens*.

³² Respecto a la evolución de los derechos de los refugiados, ver: AMNESTY INTERNATIONAL, *Réfugiés: un scandale planétaire*, Paris, Autrement, 2012, pp. 12 – 21.

³³ Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Boston, Martinus Nijhoff, 2013, p. 520.

³⁴ OAS, *Cartagena Declaration on Refugees*, Cartagena - Colombia, 19 – 22 November 1984, Disponible [En línea] : http://www.oas.org/dil/1984_cartagena_declaration_on_refugees.pdf (3 de abril de 2017).

“Según la Convención de Ginebra de 1951, las personas son refugiadas a partir del momento en el que han salido de su país huyendo de amenazas, incluso antes de ser reconocidas como refugiadas por otro Estado”³⁵. Por ello, estas personas deben de beneficiarse de la protección dada por el estatus presumido de refugiado, “mientras no se pruebe lo contrario”³⁶. Es así como:

“toda persona que se presente a un puesto fronterizo se encuentra ya, de *facto*, al interior del territorio y bajo la jurisdicción de las autoridades de ese Estado, las cuales están, por consiguiente, obligadas en acordarle la protección debida de acuerdo al artículo 33 de la Convención de Ginebra”³⁷.

Esta teoría ha sido confirmada por el Comité ejecutivo de la ACNUR en sus conclusiones sobre la situación de los refugiados, al reafirmar “la importancia fundamental de la observancia del principio de no devolución – tanto en la frontera como dentro del territorio del Estado”³⁸, y luego al precisar *vis-à-vis* la protección internacional del ser humano que, “el principio fundamental de no devolución incluyendo el no rechazo en la frontera, debe ser escrupulosamente observado”³⁹. Incluso en los “movimientos masivos de poblaciones” y las situaciones de “recesión económica”⁴⁰, el principio de no devolución no puede ser derogado debido a su carácter de norma de *jus cogens*⁴¹.

Por esa razón, como lo afirma Amnistía Internacional, “el principio de no devolución concierne a toda persona que teme persecuciones en su país de origen”⁴². Este principio protege entonces a “todas las personas que correrían el peligro de sufrir graves violaciones en sus derechos fundamentales, aun cuando no son consideradas como refugiados en el sentido de la Convención de Ginebra”⁴³.

Es así como para Cançado Trindade, “el principio de no devolución al igual que otros principios básicos, como el principio de igualdad y no discriminación, el principio de inviolabilidad y la seguridad de la persona humana, el principio de la inalienabilidad y la

³⁵ AMNESTY INTERNATIONAL, *Réfugiés: un scandale planétaire*, Op. Cit., p. 16.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Vincent CHETAIL, *Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international*, Op. Cit., p. 19.

³⁸ UNHCR EXCOM, Conclusion n° 6 (XXVIII), 12 October 1977, § c.

³⁹ UNHCR EXCOM, Conclusion n° 21 (XLVIII), 21 October 1981, Measures of Protection, § 2. Ver también: UNHCR, *A Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions*, 2014, p. 14, Disponible [En línea]: <http://www.unhcr.org/53b26db69.html> (28 de abril de 2017).

⁴⁰ UNHCR EXCOM, Conclusion n° 25 (XXXIII), 20 October 1982, § d.

⁴¹ UNHCR EXCOM, Conclusion n° 79 (XLVII), 11 October 1996, § I; y Jean ALLAIN, *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, *International Journal of Refugee Law*, Oxford, Oxford University Press, Vol. 13, No. 4, 2002, p. 539.

⁴² AMNESTY INTERNATIONAL, *Réfugiés: un scandale planétaire*, Op. Cit., p. 17.

⁴³ *Ibid.*, p. 19.

DAVID ANDRÉS MURILLO CRUZ

*Abogado Investigador y Consultor
en Derechos Humanos y Derecho Internacional Público*

“irrenunciabilidad” a los derechos humanos, hacen parte del irreductible mínimo de protección de los derechos de los individuos⁴⁴.

Es por esto que, según el juez internacional, el marco de aplicación del principio de no devolución se ha extendido desde los años 90, en su *ratione personae* como en su *ratione materiae*, en beneficio de sujetos distintos a los refugiados, tal como los extranjeros en general, pero también a cada individuo en caso de extradición, expulsión, deportación o devolución hacia un Estado en el que podría correr el riesgo de ser sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes⁴⁵.

La extensión dada al principio de *non-refoulement* ha redefinido su marco universal de protección como determinado su naturaleza de *jus cogens*⁴⁶. Ahora, la no devolución constituye una limitación al actuar soberano de los Estados a favor de la integridad y del bienestar de la persona humana⁴⁷, sobre la cual no puede existir ningún tipo de oposición por parte de los Estados, pues, se trata de una obligación de tipo *erga omnes*.

Por otro lado, el principio de no devolución es concebido en la actualidad, gracias al desarrollo convencional de finales del siglo XX, particularmente, el dado por la Declaración de Cartagena sobre los refugiados de 1984, como una herramienta de protección inicial que protege a todos los migrantes, así como una norma imperativa para todos los Estados, que los obliga a prever una protección universal, efectiva y durable a los migrantes, mientras se determina su situación migratoria.

Finalmente, como lo anota Chetail, “el principio de no devolución es la última muralla contra la opresión, el último derecho humano cuando todos los demás han sido burlados”⁴⁸. De ahí que el *non-refoulement* constituya, más que nunca, “parte integral del patrimonio jurídico común de la humanidad”⁴⁹; uno de los principios que se integra al derecho de los Estados y que es prueba fehaciente de la universalización de los derechos humanos.

Dada las anteriores precisiones conceptuales y jurídicas, se procede a dar respuesta a los interrogantes planteados por el Estado de Ecuador.

PREGUNTAS:

⁴⁴ Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 520 et 523.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Jean ALLAIN, *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, Op. Cit., pp. 538 – 548.

⁴⁷ Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 524.

⁴⁸ Vincent CHETAIL, *Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international*, Op. Cit., p. 61.

⁴⁹ *Ibidem*.

A. ¿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, tales como el PIDCP, la Convención de Viena de 1969, la CADH y el artículo 5 de la Convención de Ginebra de 1951, atribuyéndole un contenido restringido en cuanto a la forma o modalidad de asilo, y cuáles consecuencias jurídicas deberían producirse sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona afectada por dicha interpretación regresiva?

Con base en el contenido del artículo 29 de la CADH y de las reglas de interpretación de los derechos humanos en él fijadas, junto con el principio *pro homine*, un Estado está obligado en aplicar la interpretación más favorable de los derechos de la persona humana y en tratándose de sanciones, de buscar la interpretación la menos restrictiva de sus derechos⁵⁰.

De ahí que, ningún Estado pueda interpretar de forma restrictiva las normas que regulan y protegen la institución del asilo y del refugio. Mucho menos si se toma en cuenta, como se ha explicado *supra*, que gracias al principio de igualdad y no discriminación, blindado con la protección principio de *non-refoulement* en tanto normas de *jus cogens*, no pueden ser desconocidas por ningún Estado.

Con base en la interpretación más favorable, si en un caso concreto existen dudas sobre la modalidad de asilo aplicable, deberá tomarse en cuenta la interpretación más favorable para la persona humana, que en este caso es, brindarle la protección plena que brinda el estatus de refugiado. Así, se le da una protección plena a los derechos de la persona humana y el Estado receptor o acogedor cumple plenamente con sus obligaciones de proteger y garantizar, tal como lo exige el artículo 1.1 de la CADH.

Respecto a las consecuencias que una interpretación regresiva tendría sobre los derechos de la persona afectada, en relación con la modalidad de asilo, se estaría frente a un incumplimiento de las obligaciones del Estado, particularmente las establecidas por el artículo 1.1 de la CADH, y frente a la consumación de un hecho ilícito internacional en la medida en que dicha interpretación podría conllevar la vulneración potencial de los derechos de la persona.

B. ¿Cabe que un Estado, ajeno a determinada convención sobre asilo, obstaculice, impida o limite la acción de otro Estado que sí es parte de dicha convención de manera que no pueda cumplir con las obligaciones y compromisos contraídos

⁵⁰ CORTE IDH, Colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, § 52.

en virtud de dicho instrumento, y cuáles deberían ser las consecuencias jurídicas de dicha conducta para la persona que se encuentra asilada?

Si un Estado, que no pertenece a una determinada convención sobre asilo, impide que otro Estado cumpla con sus obligaciones internacionales contraídas por dicho instrumento, aplicando el principio de *non-refoulement* y la protección ampliada que éste le da a todo extranjero, pero también a todo individuo en caso de extradición, expulsión, deportación o devolución hacia un Estado en el que podría correr el riesgo de ser sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes⁵¹, tal como se explicó *supra*, podría incurrir en hecho ilícito internacional, ya que se desconocería la obligación de proteger que ha traído consigo la evolución del principio de no devolución respecto de todos los refugiados y refugiados presuntos.

Respecto a las consecuencias jurídicas de dicha conducta respecto de la persona asilada, le generaría a ésta una potencial vulneración de sus derechos y por ende, podría dar lugar a un proceso de responsabilidad internacional frente al Estado, con el fin de lograr un reparación integral del asilado-víctima.

C. ¿Cabe que un Estado, ajeno a determinada convención sobre asilo, o que pertenezca a un régimen jurídico regional distinto de aquel [con] 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?

Con base en la evolución que ha tenido el derecho internacional de los refugiados, los Estados están obligados por una norma de derecho internacional general, a proteger y garantizar los derechos de las personas que se encuentren huyendo de sus países y frente a las cuales se corra el riesgo de que sus derechos humanos sean vulnerados⁵².

Por ende, existe sobre el Estado receptor o acogedor del refugiado la obligación de brindarle la máxima protección en sus derechos, lo que en la práctica lo obligaría a no entregarlo a ninguna otra entidad u autoridad estatal, so pena de desconocer la obligación internacional general que le crea la norma *jus cogens* de no devolución o entrega.

⁵¹ Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 520 et 523.

⁵² *Ibidem*.

De tal manera que todo Estado como receptor o acogedor de un refugiado o asilado, debe garantizarle y protegerle a la persona en esta condición la plenitud de derecho, lo que le proscibiría la entrega a otro Estado, sobre el cual recaiga la sospecha de poder violentar los derechos de la persona refugiada o asilada.

D. ¿Cabe que un Estado adopte una conducta que en la práctica limite, disminuya o menoscabe cualquier forma de asilo, argumentando para ello que no confiere validez a ciertos enunciados de valor ético y jurídico como son las leyes de la humanidad, los dictados de la conciencia pública y la moral universal, y cuáles debería ser las consecuencias de orden jurídico que se desprendería del desconocimiento de dichos enunciados?

De acuerdo a los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969, toda conducta, hecho u acción de un Estado que desconozca una norma de derecho internacional general, será inválida y constituirá un hecho ilícito internacional que, de acuerdo a la obligación internacional de reparar reconocida por la jurisprudencia internacional, dará lugar a una reparación integral.

Con base en lo anterior, un Estado no debe adoptar una conducta nugatoria frente al asilo o el refugio, de hacerlo, desconocería el principio de *non-refoulement* y la máxima protección que éste le brinda a la persona que ha sido obligada a migrar de su país, pues desconoce una norma de *jus cogens*.

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 debería 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?

Tomando en cuenta que en el Sistema Interamericano existe el “deber estatal de respeto y garantía de los derechos humanos de “toda persona que esté sujeta a la jurisdicción” del Estado”⁵³, y que una sede diplomática se considera una extensión del territorio de un Estado, “subsiste la obligación estatal con toda persona “que se encuentre

⁵³ CORTE IDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, § 61.

en su territorio o que de cualquier forma sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control”⁵⁴.

De ahí, que un Estado no pueda denegar la protección a una persona que solicita asilo o refugio en una de sus sedes diplomáticas, pues de hacerlo estaría desconociendo la obligación general de proteger y garantizar los derechos humanos consagrada en el artículo 1.1 de la CADH. Menos aún, si existen para el Estado receptor o acogedor serías sospechas que la persona solicitante puede ser víctima de persecución política o de actos de discriminación, ya que el Estado se enfrentaría ante el incumplimiento de dos obligaciones de carácter general.

De una parte, la obligación de brindar la máxima protección al migrante forzado *vía* principio de *non-refoulement*; por otro lado, la obligación de garantizar el principio de igualdad y no discriminación, ya que sobre él “descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional”⁵⁵.

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

La Corte IDH respecto al integridad personal ya ha señalado que:

“a partir del artículo 5 de la Convención Americana, leído en conjunto con las obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección de los derechos humanos, se desprende el deber del Estado de no deportar, devolver, expulsar, extraditar o remover de otro modo a una persona que esté sujeta a su jurisdicción a otro Estado, o a un tercer Estado que no sea seguro, cuando exista presunción fundada para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes”⁵⁶.

Esto significa que le está proscrito a un Estado denegar una solicitud de asilo o refugio de una persona, así existan en otro Estado denuncias o investigaciones, cuando haya indicios claros de que éstas tienen un móvil político y que podría su entrega terminar

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ CORTE IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, Op. Cit., § 101.

⁵⁶ CORTE IDH, Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C n° 81, 30 de junio de 2015, § 127.

causándole a la persona solicitante la violación o el desconocimiento de sus derechos humanos.

Aunado a lo anterior, el sistema interamericano cuenta con una Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la cual recoge el principio de no devolución en su artículo 13 *in fine*⁵⁷, y por gracias a la cual le quedaría prohibido a un Estado denegar el estatuto de asilado o refugiado a una persona cuando en otro Estado ésta corra el peligro de sufrir graves violaciones en su vida e integridad. Especialmente si se tiene en cuenta que, el principio de *non-refoulement*, “tal como se encuentra regulado, está asociado también a la protección del derecho a la vida y de determinadas garantías judiciales, de modo tal que no se limita únicamente a la protección contra la tortura”⁵⁸.

Por ello, ha dicho indicado la jurisprudencia interamericana, “no basta con que los Estados se abstengan de incurrir en una violación de dicho principio, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas”⁵⁹. Así, “en situaciones en las cuales la persona se encuentra frente a un riesgo de tortura el principio de no devolución es absoluto”⁶⁰.

G. ¿Cabe que el estado que ha sido objeto de la resolución o dictamen de un mecanismo multilateral perteneciente al Sistema de Naciones Unidas, mediante el cual se le atribuye responsabilidad en la violación de los derechos de una persona asilada o refugiada consagrados en los artículos 5,7 y 8 de la CADH, y de los artículos 7, 9, 10 y 14 del PIDCP, solicite cooperación judicial en materia penal al Estado asilante sin tener en cuenta el mencionado dictamen ni su responsabilidad en el menoscabo de los derechos de la persona asilada?

No hay lugar a que el Estado que recibe la solicitud de cooperación judicial en materia penal atienda a ella. Pues no sólo ha de tenerse como un elemento negativo determinante la atribución de responsabilidad que ya se ha dado en el dictamen del mecanismo multilateral del Sistema de Naciones Unidas para dicha cooperación, sino que deben tomarse en cuenta las obligaciones internacionales de protección y garantía de derechos que sobre el Estado receptor existen en relación con la persona asilada.

⁵⁷ “No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente”.

⁵⁸ CORTE IDH, Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C n° 81, Op. Cit., § 128.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ CORTE IDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14, Op. Cit., §§ 225, 227 y 236.

Así, para el Estado llamada a cooperar dicho dictamen constituye un indicio grave que debe ser imperativamente atendido al momento de brindar o no su cooperación judicial con el Estado encontrado responsable de desconocer derechos, puesto que de no hacerlo estaría desconociendo el principio de *non-refoulement* y la protección por cuestiones humanitarias, que éste le brinda a la persona refugiada o asilada.

De esta manera lo ha entendido, por ejemplo, el juez internacional Cançado Trindade, al explicar que “el principio de no devolución al igual que otros principios básicos, como el principio de igualdad y no discriminación, el principio de inviolabilidad y la seguridad de la persona humana, el principio de la inalienabilidad y la “irrenunciabilidad” a los derechos humanos, conforman ese irreductible mínimo de protección de los derechos de los individuos⁶¹.”

Atentamente,



DAVID ANDRÉS MURILLO CRUZ

DATOS REQUERIDOS:

Nombre:

David Andrés

Apellidos:

MURILLO CRUZ

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

⁶¹ Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 520 et 523.