



REPÚBLICA DEL ECUADOR



Ministerio
de Relaciones Exteriores
y Movilidad Humana

San José, 18 de septiembre de 2017
No. 4-9 -31/2017

Señor
Pablo Saavedra Alessandri
Secretario
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Presente

Señor Secretario:

Tengo el honor de dirigirme a usted, en ocasión de remitir la comunicación No. MREMH-GM-2017-21112-N, de 18 de septiembre de 2017, mediante la cual el Estado ecuatoriano presenta las respuestas a las preguntas formuladas por los señores jueces de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos con ocasión de la audiencia pública realizada el 24 y 25 de agosto de 2017, en relación con la solicitud de Opinión Consultiva presentada por la República del Ecuador, el 18 de agosto de 2016.

Me valgo de la ocasión para reiterar al señor Secretario las seguridades de mi más alta consideración y estima.

Anexos.-

Atentamente,


Claudio Cevallos Berrazueta
EMBAJADOR DEL ECUADOR
AGENTE ALTERNO





República del Ecuador



Nº MREMH-GM-2017-21112-N
Quito, a 18 de septiembre de 2017.

Señor
Pablo Saavedra
Secretario
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
San José de Costa Rica. -

Señor Secretario:

En cumplimiento del pedido formulado por la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos durante la audiencia pública, celebrada el 24 y 25 de agosto del año en curso, dentro de la Opinión Consultiva OC-25, presentada por el Estado del Ecuador, el 18 de agosto de 2016, me es grato remitirle el escrito preparado por el Ecuador que consta de dos partes: la primera contiene información de carácter doctrinario, jurídico y jurisprudencial alrededor de los temas que suscitaron especial interés entre los señores Jueces, como son la protección de los derechos humanos, el derecho de inmunidad del Estado y los temas atinentes a la jurisdicción, así como un breve esbozo de la doctrina de los actos propios y del principio del *estoppel*; y, la segunda, sobre el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la Opinión Consultiva y pronunciamiento adicional sobre las preguntas realizadas por los jueces Eduardo Vio Grossi y Patricio Pazmiño Freire.

Importa señalar, para todos los efectos de la solicitud de opinión consultiva, que la argumentación elaborada por el Estado ecuatoriano mantiene la debida coherencia y consonancia con los argumentos que respaldan dicha solicitud de opinión consultiva, así como con los términos en que se llevaron a cabo las exposiciones de los delegados ecuatorianos durante la audiencia pública antes mencionada, de manera que es esta visión única y constante la que el Ecuador considera necesario mantener en relación con los importantes temas sobre los cuales debe pronunciarse la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Me valgo de la oportunidad para renovar a usted el testimonio de mi consideración más distinguida.

Rolando Suárez Sánchez,

Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, Subrogante

Anexos (1). -

ASILO, INMUNIDAD DEL ESTADO, JURISDICCIÓN Y ACTOS PROPIOS

ASILO, INMUNIDAD DEL ESTADO Y JURISDICCIÓN

1. Existen distintas visiones en torno al derecho de asilo: unas, las más conservadoras y tradicionales, insisten en que el asilo no es un derecho humano sino una prerrogativa soberana del Estado de acogida, tal como esta apreciación del derecho aparece en la sentencia sobre el caso de asilo de 1950, de la Corte Internacional de Justicia, y en los tratadistas más tradicionales que no disponían de los elementos de juicio necesarios para admitir que el asilo pueda ser una forma jurídica que trascienda el mero voluntarismo estatal. Para estos actores jurídicos, el asilo es una potestad soberana que el Estado ejerce con respecto a determinados sujetos que invocan amparo, concediéndolo según su parecer o negándolo sin verse obligado a explicar por qué lo niega. Desde otro punto de vista, más acorde con la evolución de los derechos humanos y con las determinaciones del Estado constitucional de derechos y de justicia, la visión arcaica del asilo como prerrogativa del Estado ha quedado definitivamente superada a la luz de la evolución y desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos que reconoce como instituciones jurídicas al asilo y al refugio y, como un derecho humano, buscar, recibir y disfrutar del asilo en cualquier país, tal como esta figura aparece en distintos instrumentos regionales e internacionales, varios de los cuales no existían en 1950, cuando la Corte Internacional de Justicia emitió su famoso fallo sobre el asilo de Haya de la Torre, en tanto que aquellos que habían sido aprobados en 1948 no habían arraigado en la consciencia pública (como la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948; y la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre, del mismo año), mientras que otros instrumentos internacionales que consagran el derecho de asilo fueron apareciendo paulatinamente conforme crecía en la consciencia colectiva la necesidad de proporcionar al ser humano un catálogo de derechos y libertades acorde a su dignidad y naturaleza. Así, aparecieron la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1984; la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, y su Protocolo de Nueva York, de 1967; la Declaración de Cartagena, de 1984; la Declaración y Plan de Acción de Viena, de 1993; la Declaración de Brasil, de 2012; y, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2007). Por tanto, hoy, desde el punto de vista jurídico, no cabe sostener que el asilo sea un derecho sometido al arbitrio de los Estados, cuya concesión pueda prescindir por completo de las circunstancias y necesidades de un individuo o grupo de individuos que demandan dicha protección para salvaguardar su vida, seguridad y libertad frente a una situación que supone una seria amenaza a su seguridad jurídica. Este avance significativo del derecho de asilo en la actualidad es concordante con el deber de los Estados de respetar y hacer respetar los derechos humanos en toda circunstancia y sin distinciones desfavorables. Como podrá apreciarse a lo largo de los argumentos que se exponen a continuación, en el derecho internacional contemporáneo, la protección de derechos humanos, en cualquiera de sus formas y manifestaciones, incluyendo el asilo y el refugio, se imponen como una obligación *erga omnes* de los Estados en relación con un derecho que no

puede ser denegado porque no depende de la voluntad de los Estados, sino que es inherente al valor y dignidad de la persona humana. Solo así, la obligación de proteger podrá convertirse en tutela efectiva de los derechos humanos, y éstos podrán adquirir la preminencia que su naturaleza reclama en el ordenamiento jurídico.

2. En este sentido, la opinión de los jueces y sus sentencias judiciales juegan un rol muy importante en el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y en la consolidación de un derecho de protección internacional de tales derechos y libertades. Esa labor judicial tan importante está llamada a superar definitivamente los escollos y dificultades que artificiosamente plantean a su labor jurisdiccional aquellos argumentos positivistas que pretenden desconocer el alcance que los derechos humanos han adquirido en las sociedades humanas de nuestro tiempo, cada vez más conscientes de la importancia que estos bienes jurídicos tienen para una convivencia civilizada, no solo entre los miembros de un conglomerado social determinado, sino para las relaciones libres, respetuosas y pacíficas entre pueblos y naciones.
3. Los Estados son los principales sujetos del derecho internacional y, por tanto, sobre ellos recaen las obligaciones más importantes en el campo de la promoción y protección de los derechos humanos. Otro sujeto destacado de derecho internacional es el individuo, en tanto titular y destinatario de estos derechos. Tanto la Constitución como los tratados internacionales de derechos humanos imponen al Estado y a los individuos el deber de respetar y hacer respetar los derechos humanos garantizados (art. 11.9), y el de respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento (art. 83.5), de manera que el Estado y los individuos (personas naturales y jurídicas, de carácter público y privado) comparten la responsabilidad de hacer realidad la práctica efectiva de los derechos humanos, procurando que el reconocimiento y ejercicio de los mismos se realicen de un modo recíproco y universal, sin que ninguno de estos sujetos pueda alegar insuficiencia del derecho o vacío legal para rehuir sus responsabilidades en este ámbito.
4. El derecho internacional adjudica a los Estados ciertos atributos a fin de que su participación en la sociedad internacional sea eficaz, ordenada y pacífica, tanto desde el punto de vista político como jurídico, y los Estados estén en condiciones de adquirir derechos y obligaciones entre sí teniendo presente al individuo como eje de sus actos y políticas de orden interno y de carácter internacional. Tales atributos permiten a los Estados relacionarse entre sí y organizar la vida internacional en base a unas normas y principios jurídicos que contribuyan a la formación y constante perfeccionamiento de una comunidad de Estados y naciones que responda con efectividad a las expectativas que el ser humano ha depositado en estas entidades establecidas para atender las demandas que surgen de la necesidad de realizar el bien común.
5. Por tanto, los elementos o atributos que concurren a la formación del Estado son tanto de naturaleza material (territorio, población y gobierno), como intangible (soberanía,

independencia, jurisdicción e inmunidad), siendo la interacción de estos últimos lo que define la conducta internacional de los Estados y el carácter marcadamente jurídico de los vínculos que establecen entre ellos. En la esfera de los derechos humanos, estos elementos interactúan con el objetivo de crear las condiciones que más favorezcan la vigencia efectiva de estos bienes jurídicos, aspecto que se examina a continuación, tal como esta situación se presenta en el derecho, la doctrina y la jurisprudencia, con especial énfasis en las manifestaciones extraterritoriales de los elementos intangibles constitutivos del Estado.

6. Una de las organizaciones más autorizadas para emitir una opinión acerca de las relaciones entre asilo y jurisdicción, es la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la misma que se ha pronunciado a este respecto en su «Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, (Ginebra, 26 de enero de 2007)», mediante la cual el ACNUR se refiere a las implicaciones jurídicas de la actividad del Estado fuera de su territorio nacional. Cabe mencionar que la posición que asume el ACNUR a este respecto tiene como eje el artículo 33.1 de la Convención de 1951, en el cual se proclama el principio de no devolución respecto de aquella persona que reúna los criterios previstos en la norma 1A (2) del mismo instrumento, para lo cual señala que «la determinación de la condición de refugiado es de naturaleza declarativa: una persona no se convierte en refugiada porque se le reconoce como tal, sino que se le reconoce porque es refugiada», con lo cual el principio de no devolución aplica tanto para los refugiados reconocidos, como para quienes no se les ha declarado formalmente su estatuto. Y dado que la redacción del artículo 33.1 dispone que «en modo alguno» se puede proceder a la devolución de tales personas, la norma aplica no solo con respecto al país de origen o de residencia del sujeto sino también a cualquier otro lugar donde esta persona tenga motivos para temer que sus derechos y libertades se encuentran amenazados.
7. Por tanto, según el ACNUR, una persona que tiene motivos para temer que es víctima de persecución política en cualquier lugar, puede refugiarse en los términos establecidos en la Convención de 1951, es decir, bajo el estatuto de refugiado, o es refugiada sin que se le haya declarado dicho estatuto, la aplicación del principio no varía en modo alguno, ya que, independientemente de tal estatuto, la persona es refugiada. Y lo es, por tanto, para todos los efectos, de modo que, a causa de esta condición, la misma no puede ser devuelta o extraditada a ningún lugar donde pudiese sufrir graves daños, ni puede serlo desde cualquier lugar donde se haya refugiado, o donde se encuentre disfrutando de su condición de asilado. Por tanto, la persona que no puede ser devuelta o entregada por los motivos indicados es asilada, siendo el cumplimiento de este principio de no devolución el acto del Estado que define a la entidad del asilo. Así lo reafirma el ACNUR cuando señala que «la prohibición de devolver [...] se extiende a todas las personas que puedan estar en el territorio de un Estado o sujetas a su jurisdicción, incluyendo los solicitantes de asilo y refugiados. Así mismo, se aplica con respecto al

país al cual se va a efectuar la deportación o a cualquier otro donde la persona pueda ser enviada posteriormente».

8. Son estas premisas las que determinan el alcance y ámbito de aplicación del principio de no devolución. El ACNUR interpreta el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra, a fin de determinar su aplicabilidad extraterritorial. A este respecto, el ACNUR señala en su Opinión Consultiva que «limitar el alcance territorial del artículo 33.1 de la Convención de 1951 a la conducta de un Estado dentro del territorio nacional, también constituiría una discrepancia con la práctica posterior del Estado y las normas pertinentes del derecho internacional aplicables entre los Estados Partes del tratado en cuestión. Conforme al artículo 31.3 de la Convención de Viena [sobre el derecho de los Tratados] de 1969, también es preciso tomar en cuenta estos elementos al interpretar una disposición de un tratado internacional». De acuerdo con esta norma, la interpretación del artículo 33.1 hay que considerar que el derecho de los refugiados y el derecho internacional de los derechos humanos «son regímenes legales complementarios y se refuerzan mutuamente», de manera que el artículo 33.1 «que representa la esencia humanitaria de la Convención de 1951 y salvaguarda los derechos fundamentales de los refugiados, debe interpretarse de forma que sea congruente con los desarrollos en el derecho internacional de los derechos humanos». Por tanto, prosigue el ACNUR en esta Opinión Consultiva, «un análisis del alcance *ratione loci* de las obligaciones de no devolución de los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, es de especial importancia para la cuestión de la aplicabilidad extraterritorial de la prohibición de devolver a los refugiados al peligro de persecución según los instrumentos internacionales de los refugiados». En tal virtud, el principio de no devolución y su corregente, el asilo o el refugio, operan *ratione loci*, de manera que no es el lugar o el territorio nacional del Estado en el cual se encuentra el asilado o el refugiado lo que constituye el elemento esencial de este principio, lo que cuenta más bien es «si esa persona está sujeta o no a la efectiva autoridad y control del Estado».
9. Resulta evidente, entonces, que la Opinión Consultiva del ACNUR destaque, por encima del elemento territorial del acto del Estado mediante el cual no devuelve y asila a determinada persona, la jurisdicción efectiva bajo la cual se encuentra dicha persona, o sea, la efectiva autoridad y control del Estado asilante. Tal situación, *ratione loci*, en la cual la no devolución y el subsecuente asilo, se presenta claramente en el asilo diplomático, cuando la petición de entrega de una persona que ingresa en la sede diplomática buscando amparo, es denegada por el Estado requerido, el cual coloca de esta forma a dicha persona bajo la protección de su jurisdicción, sustrayendo al asilado de la jurisdicción del Estado territorial y de otros Estados que pudiesen solicitar una extradición o entrega ulterior.
10. A fin de respaldar sus conclusiones, el ACNUR cita la Observación General N° 31 sobre la Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mediante la cual el Comité de Derechos Humanos afirma que «en virtud del párrafo 1 del artículo 2, los Estados Partes

deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todas las personas que se encuentren en su territorio y a todas las que estén sujetas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos enunciados en el Pacto a toda persona que esté bajo la autoridad o el control efectivo del Estado, aunque no se encuentre en el territorio del Estado Parte».

11. Asimismo, el ACNUR recuerda que la Corte Internacional de Justicia ha reiterado que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es aplicable con respecto a los actos realizados por un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio (Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado [2004]). En esta misma Opinión, la Corte establece claramente que «si bien la jurisdicción de los Estados es primordialmente territorial, en ocasiones puede ejercerse fuera del territorio nacional. Teniendo en cuenta el objeto y fin del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parece lógico pensar que, aunque así sea, los Estados que son Parte en el Pacto están obligados a cumplir sus disposiciones».
12. Otro organismo internacional que se ha pronunciado en torno a este mismo asunto es el Comité contra la Tortura, a cuya entidad invoca el ACNUR en la citada Opinión Consultiva. En efecto, dicho Comité sostiene que la obligación de no devolución, contemplada en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura, se aplica en cualquier territorio bajo la jurisdicción de un Estado Parte, expresión esta última en el cual «están comprendidas todas las zonas bajo el efectivo control de facto del Estado Parte, sea cual fuere la autoridad militar o civil que las controla», afirmando claramente que disposiciones como aquella «se apliquen y sean disfrutadas cabalmente por todo aquel que está bajo el control efectivo de sus autoridades, del tipo que sean, en cualquier parte del mundo».
13. El ACNUR hace notar seguidamente que la aplicabilidad extraterritorial de los tratados de derechos humanos también ha sido abordada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Bankovic et. al v. Belgium and 16 other contracting States*, 2001), el cual, al examinar el concepto de jurisdicción, mantiene que el «criterio decisivo no es si una persona se encuentra en el territorio del Estado en cuestión, sino si se encuentra o no, con respecto a la conducta alegada, bajo el efectivo control del Estado en cuestión, o si le afecta la conducta alegada, bajo el efectivo control del Estado en cuestión, o si le afecta la presunta conducta de aquellos que actúan en su nombre». Por último, la Opinión Consultiva del ACNUR trae a colación la decisión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (*Coard y otros v. los Estados Unidos*, Caso N° 10.951, 1999), en la cual sostiene que «si bien la aplicación extraterritorial de la Declaración Americana no ha sido cuestionada por las partes, la Comisión encuentra pertinente señalar que, en ciertas circunstancias, el ejercicio de su jurisdicción sobre actos ocurridos en un lugar extraterritorial no solo será congruente sino requerido por las normas pertinentes».

14. Luego de exponer el razonamiento de los tribunales y organismos mencionados, y su interpretación autorizada de las normas sobre derechos humanos, el ACNUR concluye su Opinión Consultiva señalando que «una interpretación que restringiera el alcance de la aplicación del artículo 31(1) de la Convención de 1951 a la conducta dentro del territorio de un Estado Parte [...], no solo sería contraria a los términos de la disposición sino al objeto y fin del tratado bajo interpretación. Asimismo, sería incongruente con las normas pertinentes del derecho internacional de los derechos humanos. La posición del ACNUR, por tanto, es que el Estado se encuentra compelido por su obligación en virtud del artículo 33(1) de la Convención de 1951 a no devolver a los refugiados al peligro de persecución donde quiera que ejerza efectiva jurisdicción. Al igual que con las obligaciones de no devolución en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, el criterio decisivo no es si dichas personas se encuentran en el territorio del Estado sino, más bien, si se encuentran bajo el efectivo control y autoridad de ese Estado».

15. Por tanto, teniendo en cuenta que el principio de no devolución constituye la esencia humanitaria del derecho de asilo y de los refugiados, cuya aplicación está determinada por el efectivo control y autoridad del Estado protector sobre la persona protegida, persona que, de este modo, ha venido a caer bajo la jurisdicción de dicho Estado, de sus instituciones y sus leyes, sin las cuales no habría efectivo control y autoridad de dicho Estado, y la protección sería inexistente. Así, la decisión de no devolver a una persona se manifiesta en asilo o refugio con independencia del lugar donde se halla esta persona, siempre que la misma se encuentre bajo el efectivo control y autoridad del Estado de acogida, en unas circunstancias que determinan que dicho Estado ejerza su jurisdicción extraterritorialmente con el fin de cumplir sus obligaciones de respetar y hacer respetar los derechos humanos. Dada la naturaleza universal del principio de no devolución y del alcance general que tiene la aplicación de este principio, cabe interpretar que a las mismas premisas están sometidas las normas regionales que proclaman este mismo principio, como sucede con el artículo 22.8 de la Convención Americana conforme al cual «en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal están en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas», norma que es subsecuente con lo establecido en el artículo 22.7 de la misma Convención, que reconoce el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por motivos políticos [...], de acuerdo con la legislación de cada Estado o los convenios internacionales. Ambas disposiciones deben ser interpretadas a la luz de la doctrina y principios establecidos por los mencionados tribunales y organismos internacionales que se han pronunciado sobre estas cuestiones, de los cuales se infiere que buscar y recibir asilo es un derecho; otorgarlo, es un deber del Estado asilante; y, no devolver al refugiado o asilado, es una obligación jurídica internacional *erga omnes*, que pertenece al dominio del *ius cogens*, cuyo cumplimiento es ante todo un acto del Estado que ejerce su derecho de inmunidad de jurisdicción respecto de una persona que se encuentra fuera de su territorio, pero bajo su efectivo control y autoridad, elementos que concurren a dar forma a la figura del asilo diplomático.

16. Desde otro ángulo, la protección establecida por el Estado de acogida a favor de una persona sobre la cual mantiene su autoridad y control efectivo, no debe depender necesariamente del lugar en el cual se haya otorgado el asilo o el refugio, pues, el aspecto material o físico de la protección no es el elemento relevante de la misma, sino la protección en cuanto tal en sí, mientras sea útil o relevante para garantizar los derechos de la persona protegida. Es a la luz de este principio como pueden interpretarse los artículos 22.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos y V de la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático, conforme al cual «El asilo no podrá ser concedido sino en casos de urgencia y por el tiempo estrictamente indispensable para que el asilado salga del país con las seguridades otorgadas por el gobierno del Estado territorial a fin de que no peligre su vida, su libertad o su integridad personal, o para que se ponga de otra manera en seguridad al asilado». Es evidente que el cumplimiento de esta disposición depende de la cooperación internacional y del cumplimiento, por parte de todos los Estados interesados, de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos en base al principio de la buena fe y *pacta sunt servanda*.
17. Cuando esto no ocurre y se supera el «tiempo indispensable» para la duración del asilo diplomático, esta figura se convierte en una forma de confinamiento de la persona protegida o, como lo ha señalado en su Opinión n° 54/2015 el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la injustificada prolongación del asilo termina convirtiéndose en una *detención arbitraria*, motivo suficiente para considerar que el asilo ha cesado *ipso facto* sin subsanar la situación del asilado. Es este hecho, precisamente, el que debe ser interpretado a la luz de la cláusula 1D de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, en la medida en que esta norma confiere unidad y continuidad a las citadas disposiciones del derecho interamericano sobre asilo con la Convención Universal, por cuanto la cláusula 1D establece que si la protección o asistencia otorgada a personas que recibían dicha protección o asistencia de una entidad ajena a las Naciones Unidas y distinta del ACNUR haya cesado por cualquier motivo, sin que la suerte de tales personas se haya solucionado definitivamente, esas personas tendrán, *ipso facto*, derecho a los beneficios del régimen de esta Convención, aspecto que debe ser observado, además, bajo la óptica del principio de igualdad y no discriminación, que obliga a interpretar el derecho aplicando el principio *pro homine* en toda circunstancia y sin distinciones desfavorables, inclusive entre personas refugiadas o asiladas, tal como este principio se encuentra recogido en el Preámbulo de la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, que prohíbe toda forma de discriminación y desigualdad entre personas refugiadas¹.

¹ En efecto, la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia establece textualmente en su Preámbulo lo siguiente: «RECONOCIENDO la obligación de adoptar medidas en el ámbito nacional y regional para fomentar y estimular el respeto y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los individuos y grupos sometidos a su jurisdicción, sin distinción alguna por motivos de sexo, edad, orientación sexual, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, condición infectocontagiosa estigmatizada,

PRIMER AGREGADO

18. La relación jurídica que se establece entre inmunidad y jurisdicción del Estado resulta clave a la hora de entender en toda su dimensión e importancia, la figura del asilo y de cualquier otra forma de protección de los derechos humanos. Esta es la razón por la cual importantes tratadistas del derecho internacional² han orientado sus esfuerzos a revelar las implicaciones que tales elementos tienen en la esfera del derecho de protección internacional de los derechos humanos. Para estos autores, «inmunidad o exención de jurisdicción se refiere a un relevante estatus de las personas que, como representantes de su Estado, ejercen tareas oficiales. Estas personas deben ser excepcionadas de la jurisdicción nacional, por cuanto son consideradas extraterritoriales para que puedan ejercer sin interferencias las tareas que les corresponden». Es evidente, que en su forma peculiar, las inmunidades protegen a altos funcionarios gubernamentales, a los agentes diplomáticos y consulares que los Estados intercambian en sus relaciones mutuas, y agentes oficiales que cumplen misiones especiales en nombre del Estado que envía, motivo por el cual se les considera personas internacionalmente protegidas, siendo esta materia lo que podríamos decir, una rama muy especializada del derecho de protección internacional, que nos refiere a un aspecto muy concreto de protección en el derecho internacional y que alude a la manera cómo los Estados ejercen sus propios derechos cuando se relacionan entre sí en su condición de entes soberanos. Pero más allá del derecho diplomático (en el cual el derecho de protección impone el deber de proteger a un tipo de personas a quienes se les reconoce un estatus de protección previamente establecido, como ocurre con los agentes diplomáticos), y en un sentido bien distinto al que se presenta en este ámbito, dicho estatus debe ser establecido a posteriori a favor de personas en situación de persecución políticamente motivada, discriminación y otras condiciones de vulnerabilidad. En todos estos casos, la protección debida sigue a las circunstancias del sujeto, de tal manera que la protección puede adoptar una gran cantidad de formas y posibilidades, las cuales obedecen siempre a los mismos principios y deben otorgarse de tal modo que se encuentre garantizada su efectividad y ésta asegure que la protección que se concede en cada caso contribuya a consolidar las relaciones entre Estados y preservar la paz y seguridad internacionales, o a impedir que de su ausencia resulte una injusticia por la denegación de derechos de la persona afectada, con graves consecuencias para la misma. Como puede apreciarse, la protección, en cualquiera de estas formas, no puede dejar de otorgarse por cuanto su desconocimiento tendría serias implicaciones para los Estados, así como para los

característica genética, discapacidad, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social.- TENIENDO EN CUENTA que las víctimas de discriminación e intolerancia en las Américas son, entre otros, los migrantes, los refugiados y desplazados y sus familiares, así como otros grupos y minorías sexuales, culturales, religiosas y lingüísticas afectados por tales manifestaciones.- CONVENCIDOS de que ciertas personas y grupos son objeto de formas múltiples o agravadas de discriminación e intolerancia motivadas por una combinación de factores como sexo, edad, orientación sexual, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, condición infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, discapacidad, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social, así como otros reconocidos en instrumentos internacionales».

² Todas las citas que aparecen en este agregado corresponden a la obra del tratadista Kai Ambos, *Derecho y proceso penal internacional*. Editorial Fontamara, México, D.F., 2008, pp. 340 a 344.

individuos que deban enfrentar las consecuencias irreversibles de la negativa a otorgarles dicha protección. Pero, lo que interesa destacar del modo más enfático es el hecho de que, independientemente de la forma que adopte la protección, según las circunstancias del sujeto, lo que cubre a todas y les confiere efectividad, validez y universalidad, es el derecho de inmunidad de jurisdicción del Estado, inmunidad que restringe la jurisdicción de todos los Estados que se ven conminados por este acto del Estado que protege de respetar dicha decisión y sin potestad legal para desconocer el estatus de persona protegida, salvo que invocara una causa de las establecidas en el derecho internacional para exigir que no se conceda dicho estatuto, o cese el que se hubiese concedido. Dejando, empero, de lado este supuesto, lo cierto es que, como se ha dicho, lo que hace posible la protección, es la inmunidad del Estado, o sea, un acto que, en general, no puede ser cuestionado por terceros Estados ante una jurisdicción extranjera. Como todos sabemos, «según el derecho internacional, bajo el principio de igualdad entre Estados, ningún Estado puede arrogarse la soberanía para juzgar a otro Estado (*par in parem non habet imperium*). De esto se infiere el principio básico de la inmunidad estatal (*state immunity*), según el cual un Estado extranjero está exento de la jurisdicción del Estado territorial (así como) también sus órganos y el funcionario correspondiente, (quienes) gozan de inmunidad *ratione materiae* para actos oficiales de servicio (*acta iure imperii*), porque éstos son imputables al Estado mismo, de ésta hay que diferenciar la inmunidad, en principio, absoluta, *ratione personae*, que se extiende también a los actos no oficiales de servicio (*acta iure gestionis*) y así mismo a los actos puramente privados, pero de determinadas personas». Huelga decir que en «el concepto de inmunidad desarrollado por la jurisprudencia anglosajona a través del *Act of State Doctrine*, la inmunidad se refiere al acto oficial como tal, pues, con esta doctrina se prohíbe de manera general para un determinado órgano el examen de sus actos por tribunales extranjeros (*acts of state*). En este sentido se trata de una expresión de la inmunidad estatal, porque supone la revisión judicial de los actos oficiales en el sentido de una judicial *restraint*». Habría entonces que señalar que actos del Estado son todos aquellos que tienen carácter oficial y producen efectos jurídicos sobre la comunidad internacional, es decir, que su naturaleza deriva de las propiedades mismas que posee el Estado como entidad soberana, y que se manifiestan como *potestas-potestatis*, que se define como poder, propiedad, virtud, facultad particular de un ser, o conjunto de sus propiedades y facultades características, entidad investida de poder, *potestativus*. Pero, cabe decir que el acto del Estado va más allá que la *potestas-potestatis*, y se manifiesta como *imperium*, o sea, poder supremo, imperio, revestido del poder supremo, dominio, hegemonía, soberanía, nociones todas estas que nos refieren a un ente que usa su poder soberano, dando lugar exactamente a los actos del Estado, en tanto actos oficiales del Estado, pero revestidos de un carácter tal que no puedan ser objetados por otro soberano. Llevados estos conceptos al ámbito de los derechos humanos, lo primero que salta a la vista es la suprema importancia que los Estados atribuyen a la protección de estos bienes jurídicos, a lo cual habría que añadir el deber que les impone el derecho internacional de respetar y hacer respetar los derechos humanos, y finalmente, la *potestas e imperium* que les confiere el derecho internacional para realizar la cooperación internacional en el estímulo de tales derechos, o a fin de que adopten

medidas individual o colectivamente para proteger estos mismos derechos, y la tajante prohibición de creer que dicha potestas e *imperium* les han sido reconocidos para suprimir, limitar o derogar los derechos fundamentales. Por tanto, la protección de los derechos humanos de una persona que ha buscado y recibido asilo es un acto *iuri imperii*, es decir, un genuino acto del Estado. Es evidente que el deber de respetar los derechos humanos no puede ser mero acto *iure gestionis*, es decir, acto privado, sino que, por el contrario, se trata de una acción pública, acto *iure imperii*, acto oficial o acto del Estado que éste ejerce como ente soberano cubierto de inmunidad. Acto público, por otro lado, puesto que responde a la creciente preocupación de la consciencia pública por alcanzar un estándar cada vez más elevado de respeto de los derechos humanos y la eliminación de las causas que conducen a su quebrantamiento. Por otro lado, los tratadistas nos previenen del debate entre quienes creen que «la inmunidad despliega un efecto jurídico-material» y los que piensan que «el efecto es solo procesal». Mientras «la opinión dominante considera a la inmunidad como obstáculo procesal, una considerable minoría quiere aceptar en todos los casos llamados de “auténtica” extraterritorialidad, lo que significa, todos los casos», aspecto que adquiere especial relevancia en el asilo, el cual puede, por tanto, ser definido en su doble carácter: como asilo territorial y como asilo diplomático extraterritorial, en cuyo caso la inmunidad del Estado asilante se despliega tanto con efectos jurídicos materiales, como procesales, pues, la protección otorgada supone sustracción del asilado de la jurisdicción del Estado territorial, tanto política como judicial. Sin embargo, no puede soslayarse el hecho de que inmunidad y poder son conceptos interrelacionados, y mutuamente dependientes. Ciertamente es que esta interrelación puede ser legítima y legal, pero también espuria. En el primer supuesto, el vínculo tiene base en el derecho; en el segundo, radica en la fuerza. La inmunidad jurídicamente ejercida promueve y protege los derechos humanos, pero, si se la deja al arbitrio de la voluntad, será a costa de estos derechos. De esto se infiere que no todo acto del Estado, aunque se encuentre investido de imperio, es necesariamente legal o jurídico. Para que tal acto sea legal y produzca efectos jurídicos debe basarse en el derecho, es decir, no estar provisto solamente de *imperium*, sino además de *auctoritas*, es decir, del reconocimiento universal de que aquel acto es, en efecto, potestativo y debe, por tanto, ser acatado. Sabemos que no existe un concepto final de jurisdicción, pero una vez que este queda establecido, sabemos exactamente en qué consiste la inmunidad, pues, ésta sigue a aquella como su sombra. Los tratadistas señalan que «la verdadera naturaleza jurídica de la inmunidad y de su efecto respecto a la jurisprudencia interna sobre un extranjero realmente “inmune”, solo se puede deducir si procede de la base del derecho internacional», acotación que adquiere especial significado en el asilo diplomático, puesto que si existe razón para sostener que la persona asilada se encuentra al amparo de la inmunidad del Estado, de la cual, sea dicho de paso, proceden las inmunidades diplomáticas, significa que mientras dure la protección y aunque cese el asilo, la persona protegida permanece al amparo del Estado protector en virtud del acto del Estado, cuyos efectos jurídicos se extienden espacial y temporalmente, mediante una protección que no cesa aun cuando el asilado haya abandonado el lugar físico del asilo. La respuesta que reclama quien exige una base jurídica para sostener la legalidad de este supuesto, se encuentra, desde luego, en el

derecho internacional, y, más concretamente, en el principio de no devolución y su corregente, el principio de permanencia. Es en estos principios y con ellos, que la inmunidad del Estado se perfecciona, y lo hace, en un campo donde es absolutamente necesario, esto es, en la protección de los derechos humanos. Es conocido por todos, lo que afirman los estudiosos del derecho, que «el concepto de *jurisdiction* es ambiguo, (que) no proporciona en sí mismo ninguna aclaración, por lo que se debe preguntar al derecho internacional por el sentido y el objetivo de las normas de inmunidad», para lo cual bien cabría que invocásemos las normas de interpretación del artículo 29 de la Convención Americana, o el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, sin que nos quepa duda alguna que la interpretación de la inmunidad del Estado sería favorable a la posición asumida por quienes mantienen que el asilo es un acto del Estado, por cuanto está referido a la protección y tutela efectiva de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, tal es la institución pro-homine. Pero a esto debemos añadir algo importante que sostienen algunos tratadistas, para quienes «al derecho internacional no le interesa tanto la naturaleza jurídica sino las consecuencias jurídicas de la inmunidad», aun cuando reconozcan que «en el ámbito de la inmunidad estatal, el principio de inmunidad absoluta ha sido desplazado progresivamente por un concepto restrictivo de inmunidad», visión restrictiva que tiene asidero cuando, en función del derecho internacional, la comunidad internacional en su conjunto adopta medidas encaminadas a evitar graves y persistentes cuadros de violación de los derechos humanos en una jurisdicción extranjera, caso en el cual la inmunidad de jurisdicción del Estado infractor se pliega sobre sí misma para dejar paso a la acción internacional. Pero, en el caso del asilo, la inmunidad de jurisdicción del Estado asilante se despliega de manera absoluta a fin de conceder a quien busca y recibe asilo, una protección real y efectiva. De ahí que, como indican estos autores, «en el más reciente desarrollo del derecho internacional penal los límites de la inmunidad reconocidos por causa de la protección de los derechos humanos, se fundan en la idea de que existen violaciones graves de derechos humanos o crímenes internacionales que no pueden ser exceptuados de persecución penal por ninguna razón» y, como podrá colegirse de este breve análisis, la cuestión de la jurisdicción en el ámbito del asilo diplomático y la inmunidad aplicada a este mismo instituto, no debe parecer a nadie una desmesura, si se tiene en cuenta que el derecho internacional ha aceptado contemplar entre sus entidades jurídicas aquella que se encuentra «dentro del status especial que reciben los miembros de las fuerzas armadas, (en el cual) se maneja el concepto de Jurisdicción exclusiva: (forma jurídica que) se presenta cuando un determinado acto está penado solo por el derecho del Estado de envío o solo por el derecho del Estado de recepción. El Estado de recepción tiene que verificar en este caso –al igual que cuando se trata de constatar la existencia de una norma idéntica en el lugar del hecho en relación con la personalidad pasiva o activa, que la conducta es igualmente punible en el respectivo Estado de envío». Asimismo, existe «la Jurisdicción concurrente (que) se establece entre Estados integrantes de la OTAN y guarda semejanzas con el principio de reconocimiento mutuo». Y si tales «jurisdicciones» existen cuando se trata de recurrir a la fuerza de las armas, a pesar de que este recurso está definitivamente prohibido por el derecho internacional, ¿Por qué no habría de existir, de pleno derecho y de un modo universal, una jurisdicción que

proteja de la violación de los derechos humanos y sancione a quienes han menoscabado estos bienes jurídicos, evitando la impunidad de sus perpetradores y la indefensión de las víctimas? Por tanto, «la restricción de la inmunidad, por razones de derechos humanos y de derecho internacional penal, es el resultado de una ponderación de intereses entre la pretensión del Estado nacional de ejercer sus acciones oficiales sin ser estorbado en la mayor medida posible y la pretensión del individuo de que se protejan sus derechos fundamentales». Lo propio puede decirse, por cierto, del despliegue de la inmunidad, por razones de derechos humanos, cuando se hace inminente la necesidad de asilar a ofensores o perseguidos políticos en los recintos diplomáticos.

SEGUNDO AGREGADO

19. Son varios los conceptos que tienen incidencia en la idea que nos hemos formado en torno a la vigencia de los derechos humanos, entre los cuales, al menos tres, se encuentran particularmente implicados en este ámbito. Tales nociones son las de protección, inmunidad y jurisdicción, las cuales, aunque ya han sido mencionadas anteriormente, merecen un examen más detenido como el que se propone a continuación. El término protección nos remite directamente al campo del derecho, vale decir, de un derecho de protección internacional general de carácter consuetudinario, que ha ido cobrando vida propia dentro del derecho internacional de los derechos humanos, cuyas características han sido esbozadas en el presente documento, derecho de protección que seguramente seguirá desarrollándose y perfeccionándose estimulado por la creciente preocupación de la conciencia pública frente a la alarmante y persistente violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que ocurre en todas las regiones del mundo, siendo los Estados los principales responsables de la precariedad y fragilidad en que se encuentran estos bienes jurídicos, así como la conducta resignada y escéptica de los titulares de estos derechos y libertades que no contribuye a cerrar la brecha que existe entre el derecho y la práctica, de modo que, haciendo abstracción de esta realidad, lo que interesa destacar en torno a este derecho de protección, muy sucintamente por cierto, son dos aspectos que conciernen al mismo: la identificación de la persona o grupo de personas que están comprendidas en este derecho, y los principios en los que se sustenta este mismo derecho. En cuanto a las personas, conviene tener presente que los derechos humanos en cuanto tales han sido establecidos para la salvaguardia de todas las personas en toda circunstancia y sin distinciones desfavorables; empero, existen personas que, por sus particulares circunstancias o condiciones, requieren del derecho una protección reforzada que sea la tutela efectiva de sus derechos y libertades. Esta persona o grupo de personas son las que están comprendidas en este derecho de protección que se ha mencionado. Se trata, por tanto, de individuos cuya situación se encuentra definida y reconocida jurídicamente como personas que, por sus funciones oficiales o por otras causas, se encuentran expuestas a determinados riesgos o peligros, tal como sucede con las denominadas personas internacionalmente protegidas (jefes de Estado, ministros de asuntos exteriores y agentes diplomáticos, entre otras); los trabajadores migratorios, personas en situación vulnerable como los migrantes indocumentados, y las mujeres y niños víctimas de las

redes de tráfico de personas; personas que por su condición social, económica o de otra índole, o por pertenecer a grupos minoritarios son objeto de actos discriminatorios; personas que por sus actividades políticas o sus opiniones disidentes, por su lucha contra el colonialismo y toda forma de opresión, defensores de los derechos humanos, son objeto de persecución; personas que padecen determinadas enfermedades, y sufren escarnio y discriminación por esta causa; personas con discapacidad o ancianos víctimas de exclusión; personas atrapadas en conflictos armados, desplazados internos y refugiados que huyen de sus países de origen o residencia a fin de salvar sus vidas, y que son víctimas de discriminación y marginalidad económica y social. Lo cierto es que esta breve descripción de las personas protegidas, sin abarcar todos los casos, es suficiente para comprender el alcance y significado de este derecho de protección, así como la necesidad de impulsar el desarrollo de este ámbito jurídico que demanda leyes e instituciones nacionales e internacionales dotadas de la mayor eficacia jurídica a fin de que tal derecho de protección logre su objetivo de impedir que poderes mal constituidos y defectuosos se extralimiten causando graves daños a estos seres humanos, al tiempo que garantice el pleno ejercicio de sus derechos y libertades. En cuanto a los principios que rigen este derecho de protección, hay que mencionar especialmente uno por el cual la protección más amplia y de mayor alcance conferida a determinada persona o grupo de personas rige mutatis mutandis para todas las personas o grupos de personas contempladas en este régimen jurídico, lo cual quiere decir que los derechos y beneficios de mayor protección reconocidos a favor de una persona o grupo de personas se hará extensivo a todas aquellas que requieran protección reforzada en la medida en que así lo exijan sus circunstancias y particularidades, en virtud de los principios pro ser humano, igualdad y no discriminación, aplicación directa, cláusula abierta, complementariedad, progresividad, e interpretación analógica y teleológica del principio y norma aplicables. Así, por citar un ejemplo, en el artículo 2 (b) y (c) de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, que consideran punibles la comisión de un atentado o la amenaza de un atentado contra los medios de transporte de una persona internacionalmente protegida que pueda poner en peligro su integridad física, su libertad o dignidad. Esta norma, por las especiales connotaciones que tiene sobre el derecho de asilo, debe tener aplicación en el mismo, no porque sea deseable o necesario que determinado medio de transporte pueda ser utilizado como lugar de asilo, sino que, con el fin de garantizar este derecho, el medio de transporte que se utilice para poner en seguridad al asilado necesita contar con protección especial como parte de la tutela efectiva de los derechos humanos de esta persona. Lo propio se puede decir en relación con otros lugares en los cuales incidentalmente deba encontrarse el asilado o refugiado como consecuencia de un hecho fortuito o de fuerza mayor que obligue al asilado a dejar temporalmente el lugar habilitado legalmente para el asilo, de manera que la protección siga al asilado en cualquier sitio donde el mismo se encuentre. Proteger los derechos humanos es parte de una obligación más amplia referida al deber de respetar y hacer respetar los derechos humanos, deber que para realizarse reclama a su vez unos propósitos concretos como son la promoción, desarrollo progresivo y garantía de la realización y ejercicio de estos derechos, invocando al mismo tiempo la

cooperación internacional, sin la cual ningún esfuerzo individual o colectivo orientado a tales fines tendría oportunidad de alcanzar suficiente eficacia jurídica. La acción de proteger tiene lugar en un ámbito muy extenso del derecho internacional, lo cual no impide que se haga mención al hecho de que la protección de los derechos humanos es ante todo una responsabilidad internacional de la comunidad internacional en su conjunto, tal como se desprende del Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la cual los Estados signatarios reconocen que «los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tiene como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional, coadyuvante y complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos». De esta manera se pone en evidencia que la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales obedece a un interés superior de los Estados que consiste en garantizar la tutela efectiva de dichos bienes jurídicos. El objeto de la protección explica su naturaleza y proviene de ella, y consiste en evitar que una persona o grupo de personas tenga que enfrentar una situación incompatible con el valor y dignidad humanos, tal como lo señala el artículo 1(d) de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de 1960. Proteger significa también prevenir cualquier situación susceptible de convertirse en violación de los derechos humanos, adoptando las medidas que sean necesarias bien sea para evitar que las mismas se presenten, bien para eliminar las causas que yacen detrás de tales infracciones. Por tanto, proteger designa también el deber de garantizar los derechos humanos y las libertades fundamentales, de manera que dicha garantía se refleje cabalmente en el ejercicio de tales derechos y libertades de un modo tan fehaciente que el titular de estos derechos y libertades tenga plena certeza del goce y disfrute de estos bienes jurídicos, de conformidad con el principio constitucional de aplicación directa de los derechos humanos, y, llegado el caso, cuente con la seguridad de que la violación de estos derechos será objeto de una investigación seria y responsable que conduzca a la verdad y a la justicia que no sea otra cosa que impedir la impunidad y, hasta donde sea posible, mitigar el sufrimiento de las víctimas con las debidas reparaciones. Por último, la protección tiene que ver con la universalidad de los derechos humanos en lo que respecta tanto a su promoción, como a su desarrollo progresivo, y algo no menos importante sino más bien esencial a dicha universalidad, como es la titularidad universal de los derechos humanos, de manera que cada sujeto aboque para sí los mismos derechos que reconoce a los demás dentro de un régimen de absoluta equidad y reciprocidad. Solo de esta forma los derechos humanos alcanzan el fin superior que les ha reservado su esencia jurídica y su sustancia ética, evitando que, despojados de universalidad, solo sean la triste representación de un privilegio.

20. En cuanto a la inmunidad del Estado, tal como se ha señalado *ut supra*, constituye un derecho que pone de manifiesto la naturaleza soberana e independiente del Estado, de manera que sus *acta iure imperii* no puedan ser cuestionados ante tribunales extranjeros, teniendo en cuenta que este derecho es consustancial a la naturaleza del Estado mismo, sin cuyo reconocimiento y ejercicio no existirían ni el Estado ni la comunidad

internacional. Algo distinto sucede con los denominados *acta iure gestionis*, los cuales, por corresponder al ámbito privado, no se encuentran revestidos de inmunidad, lo cual no quiere decir, sin embargo, que cualquier persona natural o jurídica de derecho privado pueda llevar ante los tribunales a un Estado, sin su expreso consentimiento. En consecuencia, actualmente debe hablarse de una inmunidad circunscrita a los *acta iure imperii*, no obstante lo cual la inmunidad puede ser absoluta cuando la actividad del Estado se encuentra referida al campo de los derechos humanos, como sucede con la obligación de respetar los derechos humanos de todas las personas sujetas a su jurisdicción o que han venido a caer en ella, en cuyo caso rige el derecho del Estado asilante de conformidad con el derecho internacional; o, puede tornarse restringida cuando se trata de hacer respetar los derechos humanos en una jurisdicción extranjera en la cual se han producido violaciones persistentes, masivas y comprobadas de derechos humanos, situación en la cual el Estado infractor no podría invocar –al menos en sentido absoluto– su derecho de inmunidad y tendría que someterse a las medidas que establezca la comunidad internacional a fin de superar tal situación, medidas que deberían ceñirse al derecho internacional en perjuicio del derecho interno de aquel Estado y que, en ningún caso, podrían incluir el uso de la fuerza sino como recurso extremo ante la renuencia o incapacidad de las autoridades para poner fin a dicho orden de cosas. A todo esto habría que añadirse la doctrina sentada por la Corte Internacional de Justicia en el fallo del caso de la Inmunidad de los Estados, planteado por Alemania contra Italia, de 2012, en el cual el alto Tribunal «hace hincapié en que únicamente se ocupa de la inmunidad del Estado mismo frente a la competencia de los tribunales de otros Estados» y recuerda que «las reglas de la inmunidad del Estado son de carácter procesal y están limitadas a determinar si los tribunales de un Estado pueden o no ejercer su competencia respecto de otro Estado. No se aplican a la cuestión de saber si la condición respecto de la cual se incoan las actuaciones judiciales fue lícita o ilícita»³. *Alias dicta*, como era de suponer, la Corte se ha manifestado guardando absoluta fidelidad hacia el derecho de inmunidad del Estado, velando, por tanto, porque se mantenga la naturaleza misma de una institución, como es el acto del Estado, que contribuye a sostener los cimientos del orden jurídico internacional. Importantes tratadistas del derecho internacional mantienen, con razón, que, en general, en la actualidad se reconoce el derecho de inmunidad en sentido restringido «y a diferencia del pasado, ya no se puede sostener que la tesis de la inmunidad absoluta constituya una norma de derecho internacional general, porque ni existe en la actualidad una práctica uniforme (elemento material de la costumbre), y no cabe considerar tampoco que exista una *opinio iuris generalis* (elemento espiritual). Consiguientemente, el desconocimiento de la inmunidad en los casos de actos *iure gestionis* no desencadena la responsabilidad internacional del Estado del tribunal que condene a un Estado extranjero»⁴. Empero, cuando el acto del Estado está orientado hacia la protección de los derechos humanos, tal acción cae dentro de los *acta iuri imperii*, por cuanto se trata de una conducta que el

³ Corte Internacional de Justicia: Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania contra Italia: Intervención de Grecia). Fallo de 3 de febrero de 2012.

⁴ Pastor Ridruejo, José: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Editorial TECNOS, Madrid, 2015, p. 562.

Estado protector se encuentra conminado a observar de conformidad con el derecho público, protección que se realiza a través de entidades propias del Estado, es decir, oficiales o públicas, o por intermedio de organizaciones internacionales autorizadas conforme al derecho internacional. Por el contrario, las violaciones de derechos humanos no pueden considerarse *acta iure imperii* porque todo acto que se traduce en menoscabo y quebrantamiento de derechos humanos es un acto ilícito y la inmunidad del Estado no ha sido instituida con el fin de encubrir tales infracciones y servir de pretexto a la impunidad. En este sentido se ha pronunciado, con su voto disidente, el juez de la Corte Internacional de Justicia, Cançado Trindade, en el caso sobre las Inmunidades del Estado, de 2012, al señalar que «lo que pone en peligro o desestabiliza el ordenamiento jurídico internacional son los crímenes internacionales y no las peticiones de reparación de los particulares. El problema para el ordenamiento jurídico internacional es el encubrimiento de esos crímenes internacionales, acompañado por la impunidad de los perpetradores, y no la demanda de justicia de las víctimas. Cuando un Estado lleva a cabo una política criminal de asesinar a segmentos de su propia población y de la población de otros Estados, no puede luego escudarse en las inmunidades soberanas, ya que estas últimas jamás fueron concebidas para ese fin»⁵. Por otra parte, la Corte ha señalado, en la misma sentencia de 2012, que existe «un grado de acuerdo considerable entre las partes en cuanto a que la inmunidad se rige por el derecho internacional y no es una mera cuestión de cortesía internacional», y declara que «entre las Partes, el derecho a la inmunidad puede derivarse solo del derecho internacional consuetudinario», para afirmar de inmediato que aun cuando en el pasado «ha habido un gran debate acerca del origen de la inmunidad del Estado y la determinación de los principios que la sustentan, la Comisión de Derecho Internacional concluyó en 1980 que la regla de la inmunidad del Estado había sido “adoptada... como una regla general de derecho internacional consuetudinario con una base sólida en la práctica actual de los Estados”», de lo cual infiere la Corte que «esa práctica demuestra que, ya sea para invocar la inmunidad para sí mismos, o para concedérsela a terceros, los Estados suelen fundarse en que existe un derecho a la inmunidad en virtud del derecho internacional, junto con la correspondiente obligación de los demás Estados de respetar y aplicar dicha inmunidad». En cuanto al alcance del derecho de inmunidad, la Corte se pronunció en este fallo indicando que «después de examinar la práctica internacional y de los Estados (en cuanto a determinar si un Estado carece de derecho a la inmunidad en el caso de graves violaciones de los derechos humanos o del derecho aplicable a los conflictos armados), la Corte concluye que, en virtud del derecho internacional consuetudinario en su forma actual, un Estado no queda privado de la inmunidad por el hecho de que se le acuse de violaciones graves de la normativa internacional de los derechos humanos o del derecho aplicable a los conflictos armados»⁶. Teniendo en cuenta los elementos positivos presentes tanto en las conclusiones de la Corte como en el criterio disidente del juez Cançado Trindade, no debería producirse necesariamente una insalvable contradicción entre estas posiciones. Miradas desde un ángulo negativo, no cabe duda que la opinión disidente parece llevar la razón frente al criterio de la Corte, pues, no

⁵ *Ibidem*, fallo de la CIJ, p. 310.

⁶ *Ibidem*, fallo de la CIJ, p. 304.

cabe, en efecto, que un Estado que ha cometido graves violaciones de los derechos humanos y del derecho que rige sobre los conflictos armados rehúya toda responsabilidad escudándose en el derecho a la inmunidad que invoca; empero, privar de este derecho arbitrariamente a un Estado acusándolo sin fundamento de tales infracciones con el fin de alcanzar oscuros propósitos, tomando medidas compulsivas sin que se haya realizado una investigación veraz y convincente a cargo de entidades y personalidades de reconocida probidad, imparcialidad y prestigio internacional, de tal modo que sus resultados y conclusiones puedan ser admitidos por el *communis* más allá de la duda razonable, podría desembocar en agresiones militares que constituyen una flagrante violación del derecho internacional, tal como viene ocurriendo en distintos países del mundo. Sería más útil y de beneficio para el avance efectivo de los derechos humanos que se observaran con mayor detenimiento los pronunciamientos aparentemente opuestos a fin de descubrir que la contradicción es mera especulación del espíritu inmediato que cree que lo que encuentra en la superficie es lo real sin preocuparse de ver la realidad que permanece oculta bajo el velo de Maya que encubre todas las cosas. Por tanto, conviene a tales fines extraer de dichas posturas los elementos positivos presentes en cada una de ellas de manera que se produzca el necesario equilibrio entre la opinión de la Corte y la del magistrado Cançado Trindade, interpretando ambas posturas en el sentido que resulte más ventajoso para los derechos humanos, es decir, que la comunidad internacional adopte medidas y procedimientos ceñidos al derecho internacional a fin de que el Estado infractor se sienta compelido a adoptar medidas efectivas, diseñadas conjuntamente con los organismos y representantes legítimos de la comunidad internacional, con el fin de dar una solución digna, duradera y definitiva a una situación interna de violación de derechos humanos, de forma tal que se restituya el derecho y se eliminen las causas que han desencadenado la situación que se busca subsanar. Ciertamente que la reticencia a adoptar tales medidas por parte del Estado infractor debería llevar a la comunidad internacional a tomar medidas más drásticas, sin que las mismas supongan añadir más sufrimiento a la población de dicho Estado, ni el empeoramiento de la situación que se busca corregir con dichas medidas, tomando en cuenta que la inmunidad del Estado protege fundamentalmente no solo al Estado como sujeto pleno de derecho internacional, sino a los pueblos que encuentran en la inmunidad del Estado la salvaguardia de sus propios derechos, e incluso, un medio eficaz para asegurar su supervivencia como naciones libres e independientes. Esto es así, porque solo en la medida en que el derecho resulte útil a la solución de los problemas que plantea la convivencia humana, la práctica del derecho y el logro de sus fines será la mejor prueba de su efectividad, mientras que el uso de la fuerza será siempre que se recurra a ella, dolorosa demostración de las falencias y limitaciones que padece un estado jurídico pretendidamente avanzado, pero en realidad afectado por una grave ausencia de eficacia jurídica. En las instituciones del asilo y del refugio previstas en la norma 22.7 de la Convención Americana, es evidente que el derecho a la inmunidad del Estado interviene en abierto apoyo de la protección de los derechos humanos de quienes han debido invocar el amparo del Estado de acogida para salvaguardar sus derechos a la vida, libertad y seguridad, entre otros derechos amenazados por un agente de persecución ofendido por las actividades y

opiniones políticas de los disidentes, o que ha creado un clima de violencia que fuerza a estas personas a buscar protección internacional. Sustraer a estas personas de una jurisdicción punitiva no afecta la inmunidad del Estado territorial salvo que las víctimas de la persecución demanden judicialmente al Estado infractor ante una instancia habilitada para estos fines de conformidad con el derecho aplicable. En el derecho de asilo y de los refugiados, la inmunidad del Estado protector se fortalece a fin de blindar a estos derechos, de manera que la protección debida se hace posible y alcanza su objeto en virtud de la inmunidad del Estado y por la mediación de este derecho, por cuanto la decisión soberana de conferir amparo al más vulnerable y al más débil, es el acto de Estado por excelencia, que al poner a la inmunidad al servicio de un fin superior interpreta del modo más adecuado posible la creciente preocupación de la conciencia pública por la vigencia efectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales de la humanidad, al tiempo que adjudica entidad suficiente a las instituciones del asilo y del refugio para que obtengan el objetivo reconocimiento que reclama su efectividad en la esfera del derecho.

21. En cuanto a la jurisdicción, la misma queda definida por el alcance de la protección, jurisdicción revestida de inmunidad, o inmunidad de jurisdicción, que en el caso del asilo y del refugio adquiere un carácter absoluto tal como este hecho ha sido explicado en este mismo estudio. Absoluto, en un doble sentido: Por cuanto el Estado tiene el deber de respetar y hacer respetar los derechos humanos de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, autoridad y control efectivo, sea en su territorio o fuera de él, y porque ningún otro Estado puede desconocer esta *obligatio in potestas*, tan fuertemente vinculada al derecho de inmunidad de jurisdicción del Estado, que incluso cabe afirmar que las obligaciones que surgen de los tratados de derechos humanos son, en última instancia, exclusivas del Estado, y, por tanto, cumplir tales obligaciones y velar por su cumplimiento, es siempre acto del Estado, es decir, una *obligatio iuris gentium* revestida de poder o potestad jurisdiccional. Por tanto, la *obligatio* nos refiere al deber del Estado de dar cuenta de sí sobre su conducta en materia de derechos humanos, teniendo en cuenta que el cumplimiento de dicho deber es, además, *in potestas*, o sea, con el poder de exigir que todos quienes se encuentran sujetos a su autoridad y control cumplan con su deber de respetar y hacer respetar los derechos humanos; pero, además, la *obligatio* compromete al Estado a comparecer ante los jueces si es demandado por violar tales derechos, mientras *in potestas* viene a ser también, poder del Estado para perseguir y castigar, a través de sus órganos de justicia, a quienes han observado una conducta lesiva de estos mismos derechos. Por último, *in potestas* es poder del Estado de expresar su consentimiento a fin de responder ante otros Estados, *inter pares*, o ante determinados organismos internacionales, sobre el grado de cumplimiento de sus *obligationes iuris gentium* en materia de derechos humanos; o, si se remite esta cuestión al concepto de jurisdicción universal, *in potestas* vendría a ser el poder del Estado para juzgar penalmente ante sus propios tribunales a cualquier individuo o grupo de individuos que haya tenido participación en acciones de menoscabo y destrucción de los derechos y libertades, aunque los hechos imputados hayan ocurrido en una jurisdicción extranjera. En la esfera de los tratados de derechos

humanos, señalan los tratadistas, «la jurisdicción equivale a “poder de facto, autoridad o control” por el Estado»⁷. Sin embargo, no existe un criterio unánime acerca del concepto de jurisdicción. La sola etimología de esta palabra debería ser suficiente para dejar sentado de un modo definitivo la noción de tan importante término jurídico. Si no existe unanimidad en torno al significado y alcance de esta forma jurídica, quizás sea porque la idea de jurisdicción es tan dúctil y maleable que no puede ser reducida a una sola idea, pues, la jurisdicción solo puede ser comprendida si se advierten de antemano sus múltiples manifestaciones que en nada afectan su unidad conceptual, lo cual quiere decir que independiente de la forma, ámbito y alcance que se le atribuya, la jurisdicción es siempre una y la misma cosa. Sea que adopte la forma de competencia, sea que se encuentre restringida a los jueces y tribunales, sea que adquiera la forma soberana territorial o extraterritorialmente, jurisdicción es siempre lo que señala su etimología latina: «*iurisdictio-onis*, ejercer, tener, invadir, caer en la»⁸. Por tanto, aquí se condensa todo cuanto es jurisdicción según quien la ejerza, según quien la posea, según quien la toma o se arroga y según quien viene a caer o a someterse a ella. En el derecho internacional «existe un consenso más o menos generalizado en la doctrina y la jurisprudencia, respecto de que el término jurisdicción hace referencia a tres conjuntos de poderes del Estado: la jurisdicción prescriptiva o competencia normativa de los Estados para regular conductas de conformidad con los límites del derecho internacional; la jurisdicción ejecutiva o competencia de ejecución de las normas previamente dictadas; y, por último, la jurisdicción judicial que se refiere al poder de los Tribunales de un Estado de resolver disputas y hacer cumplir las normas dictadas por dicho Estado». Un cuarto conjunto de poderes del Estado entiende la jurisdicción como «manifestación de la soberanía de los Estados, de su derecho de establecer normas y hacerlas cumplir en su respectivo territorio»⁹, quedando por dilucidar si dicha manifestación de soberanía adjudica a los Estados la posibilidad de una jurisdicción extraterritorial sin la cual los Estados no podrían cumplir con ciertas obligaciones internacionales originadas en sus compromisos convencionales o consuetudinarios con los derechos humanos. En la actual sociedad internacional es evidente que existen manifestaciones extraterritoriales de la jurisdicción, entre las cuales se encuentra la que, para algunos tratadistas, es una jurisdicción que proviene de los tratados internacionales de derechos humanos y, por tanto, correspondiente a esta esfera. En efecto, son varias las normas que constan en tales instrumentos internacionales que invocan a una jurisdicción en materia de derechos humanos, aun cuando no haya uniformidad entre ellas. Así, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que los Estados se obligan a respetar y garantizar los derechos de quienes se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción; el artículo 1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, refiere su ámbito a toda persona sujeta a su jurisdicción, mientras que el artículo 7 del Convenio

⁷ Nagore Casas, María: *El concepto de jurisdicción en los tratados de derechos humanos: Mención especial a la actuación extraterritorial de las empresas transnacionales*. Ensayo publicado en la obra editada por Carmen Márquez Carrasco, *España y la implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: oportunidades y desafíos*. Editorial Huygens, Barcelona, 2014, p. 83.

⁸ Moliner, María: *Diccionario de Uso del Español*. Editorial Gredos, Madrid, 2002, Tomo II, p.129.

⁹ Nagore Casas: *Ibidem*, pp. 80 y 81.

Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, alude a respetar y garantizar los derechos de los trabajadores que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción¹⁰. De todas formas, esta proposición se encuentra respaldada en el fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional, *caso Lotus*, 1972, por el cual dejó sentado «que la primera y principal restricción impuesta por el derecho internacional a un Estado es que –a falta de existencia de una norma permisiva en sentido contrario–, no puede ejercer su poder en forma alguna en el territorio de otro Estado. En este sentido, la jurisdicción ciertamente es territorial, no puede ser ejercida por un Estado fuera de su territorio, salvo en virtud de una regla permisiva derivada de la costumbre internacional o de una convención»¹¹. Por otra parte, se admite en el derecho internacional contemporáneo la existencia de un modelo extraterritorial o espacial y de un modelo personal de la jurisdicción. En el modelo espacial, se considera que el Estado ejerce jurisdicción cuando ejercita el control sobre un espacio o área territorial determinada, control que incluye, de facto, a las personas que se encuentran en dicho espacio, de donde surgen para el Estado las obligaciones en materia de derechos humanos respecto de las mismas. Se trata de un enfoque con respaldo jurisprudencial en los casos sometidos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como *Loizidou c. Turquía*, *Chipre c. Turquía* o *Bankovic*, siendo este último un fallo apegado a la territorialidad. En cuanto al modelo personal de jurisdicción extraterritorial, la presencia del Estado se realiza cuando éste ejercita poder o autoridad sobre personas situadas fuera de su territorio, siendo éste un concepto progresivo de la noción de jurisdicción conforme al cual se establece el alcance que los Estados deben garantizar a los derechos y libertades de individuos que están fuera de sus fronteras. Se trata de un modelo defendido por el Comité de Derechos Humanos (casos *López Burgos c. Uruguay* y *Celiberti de Casariego c. Uruguay*, ambos de 1981); por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (caso *Víctor Saldaño c. Argentina*, y caso *Coard et al. c. Estados Unidos*, ambos de 1999); así como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre todo en los *casos respecto del Norte de Chipre*. Ambos modelos presentan ventajas e inconvenientes, las cuales podrían ir subsanándose si se complementan con un modelo adicional que distinga entre obligaciones positivas y negativas de los Estados, de manera que resulte más objetivo determinar el alcance de la jurisdicción en uno u otro modelo¹². De todos modos, hay que destacar que el modelo extraterritorial personal, unido al de deberes positivos y negativos del Estado en materia de derechos humanos, resuelve y explica con meridiana claridad y fundamentación jurídica tanto a la figura del refugio como a la del asilo diplomático dentro de sus respectivas peculiaridades, al tiempo que deja abierta la vía que conduce a su universalidad. Se desprende de estas normas que el deber de respetar y hacer respetar los derechos humanos es, a la vez, una obligación y una atribución jurisdiccional del Estado, en el sentido que rebasa los límites territoriales y se extiende hasta unos espacios que, en derecho, corresponden a la jurisdicción de dicho Estado, en los cuales

¹⁰ Nagore Casas: *Ibíd.*, p. 82.

¹¹ Sorensen, Max: *Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de Cultura Económica, México, 12 D.F., 1973, p. 353

¹² Nagore Casas: *Ibíd.*, pp. 83 a 88.

se encuentre un individuo o grupo de individuos que necesitan protección de sus derechos humanos. En cuanto a la jurisprudencia, se debe confiar en que los jueces se vayan sumando cada vez con mayor determinación a un enfoque progresivo de la noción de jurisdicción, sin olvidar que los juristas romanos, creadores del derecho, comprendían muy bien la naturaleza de los diversos conceptos jurídicos, lo cual les llevó a pensar certeramente que «la justicia es un hábito de la voluntad; la jurisprudencia, del intelecto, *Iustitia est habitus voluntatis; iurisprudentia, habitus intellectus*»¹³, lo cual quiere decir que de los nuevos enfoques que se produzcan en torno al concepto de jurisprudencia, entendida en el sentido que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos humanos, dependerá también el futuro desarrollo del término jurisdicción. En este aspecto tan relevante reside precisamente la importancia de los dictámenes y fallos judiciales.

¹³ Cabanellas de Torres, Guillermo: Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2007, p. 523.

ASILO Y ACTOS PROPIOS (*ESTOPPEL*)

22. El Estado que concede asilo o refugio no puede adoptar posteriormente medidas o normas que contradigan su conducta pasada, es decir, no puede contradecir sus actos propios. Los actos propios están fatalmente regidos por el principio de no contradicción, el cual obliga al poder público a ser absolutamente coherente con aquellas decisiones o actos que crean o reconocen derechos como el asilo, sin que pueda el mismo Estado cambiar de conducta y poner en vigor normas o políticas que sean disonantes con un comportamiento anterior jurídicamente válido y que posteriormente no puede haber perdido ni visto disminuida su validez toda vez que no dependen de su arbitrio.
23. La doctrina de los actos propios, *venire contra factum proprium non valet*, tiene antiguos precedentes históricos y en la actualidad goza de amplia vigencia, sobre todo en el derecho anglosajón, en el cual se le conoce bajo el término de *estoppel*. Según esta doctrina, existe un deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas, y, por tanto, no es lícito invocar un derecho en contradicción con una conducta anterior cuando la misma, «interpretada objetivamente, según la ley, según las buenas costumbres, la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe»¹⁴. Nada impide que la doctrina de los actos propios sea observada como norma jurídica en vista de que la misma trasciende los márgenes que pretende imponerle el concepto de identidades subjetivas, cuando lo esencial de este concepto no es el sujeto que se contradice, sino la materia sobre la cual se produce dicha contradicción, adjudicándole a esta doctrina un alcance más amplio que aquel que se le ha asignado hasta el momento, con el fin de que tenga aplicación plena en la esfera de la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.
24. En la doctrina de los actos propios el principio de no contradicción debe afectar al mismo sujeto jurídico. Sin embargo, si llevamos más lejos el alcance de esta doctrina, no deja de ser verdad que un sujeto jurídico no puede desconocer en la conducta de otro los actos propios ejecutados con anterioridad, de tal manera que entre ellos se genere un deber jurídico de actuar del mismo modo ante similares circunstancias, en cuyo caso, los actos propios sirven como precedente de obligatoriedad que pueden originar tales conductas especialmente en un campo tan dinámico como el de los derechos humanos en el cual tales conductas no necesitan repetirse de un modo prolongado para convertirse en un deber jurídico. Esto no es menos cierto en el ámbito del asilo diplomático, el cual encuentra amplio sustento en principios jurídicos que se han instituido en las últimas décadas.
25. Para que la doctrina de los actos propios tenga aplicación, deben configurarse al menos los siguientes presupuestos: 1) que la conducta anterior del sujeto haya sido válida,

¹⁴ BOSCH: *Derecho Civil, Parte General*, Barcelona, 1930, p. 495. (Prólogo a la obra citada de EKDAHL, María).

eficaz y relevante, de manera que sea susceptible de influir en la conducta de terceros; 2) que el sujeto formule una pretensión a través del ejercicio de un derecho subjetivo que ha de ser contradictorio con el sentido objetivo que deriva de la conducta pasada; 3) la contradicción ha de causar grave perjuicio a quienes, confiando en el sentido objetivo que se infiere de la conducta vinculante, han visto alterada de alguna forma su condición jurídica¹⁵.

26. El *estoppel* significa que un Estado, por medio de una presunción iure et de iure (que no admite prueba en contrario), queda impedido de rebatir dentro del proceso aquellos hechos que son derivaciones inmediatas de sus declaraciones o de sus actos (pues el Estado puede quedar también vinculado a los hechos implícitamente establecidos, no sólo con sus palabras sino a través de su propia conducta).
27. La palabra *estoppel*, que suele atribuirse como una exclusividad del *Common Law*, tiene, sin embargo, un origen en el antiguo francés normando, que tanta influencia tuvo en la terminología inglesa, de donde tomó la palabra *étouper*, del latín *stopare* (estopas, en español anticuado) que significa “tapar”, “cerrar” y de la que se deriva el verbo inglés *estoppe* o *stoppe* y el sustantivo *stoppel*, de manera que *estoppel* es la conclusión a la que se llega por ministerio de la ley, porque el acto o la conducta misma de una persona o de un Estado “le cierran o tapan la boca” (*stoppeth his mouth*), para alegar o hacer valer en juicio la verdad de los hechos¹⁶.
28. Por tanto, ateniéndonos a este concepto de capital importancia para el derecho internacional, huelga mencionar que son muchos los Estados europeos que a lo largo de los Siglos XIX y XX practicaron el asilo diplomático, incluyendo aquellos países que hoy son supuestamente tan reacios a esta figura jurídica que si no se conociesen los antecedentes que se mencionan a continuación, el estudioso se sentiría tentado a creer que países como estos, han sido siempre contrarios a la práctica de esta forma de amparo. Podría realizarse una larga mención de los casos de asilo en los que han participado las potencias europeas y de norte-américa, pero solo se hará constar a continuación una breve referencia con respecto a dos de los Estados que con más ahínco reniegan actualmente de sus actos propios del pasado y, por tanto, se encuentran en una situación de *estoppel* ante el asilo:

A. **Estados Unidos.** - Han practicado frecuentemente el asilo en América Latina y en Oriente, ora como asilo diplomático, ora como asilo naval, y, en Europa, practicó el asilo para proteger al cardenal Mindzenty en su Embajada en Budapest. La posición adversa al derecho de asilo que mantiene los Estados Unidos es puramente teórica y se fue asentando a partir de la segunda mitad del S. XIX cuando, por lo demás, era la tendencia general. Estados Unidos siempre ha defendido la inviolabilidad de la misión diplomática, aunque hubiese

¹⁵ Ekdahl, María: *La Doctrina de los Actos Propios*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pp. 38 y 39.

¹⁶ Ekdahl Escobar, María Fernanda: *La doctrina de los actos propios, el deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989, pp. 79 y 80.

concedido asilo y ha aconsejado a sus diplomáticos y comandantes de buques de guerra que, cuando en casos extremos practicaran el asilo, lo hicieran con gran discreción y sin la pretensión de ejercer un derecho. Tales instrucciones del Departamento de Estado fueron enviadas al ministro de este país en Chile a propósito del asilo que había concedido al coronel Arteaga en 1851 (instrucciones de 2 de julio de 1851)

En 1875, el ministro norteamericano Cushing, concedió asilo diplomático a un español (Castro) y defendió el asilo ante el Departamento de Estado, invocando la costumbre existente en esa época en Madrid.

En 1895, el Departamento de Estado, en sus instrucciones al ministro norteamericano en Quito a propósito del asilo concedido al general Savasti, decía: «el derecho de asilo diplomático solo es admisible para personas que son perseguidas por la turba y no por las autoridades que representan a los gobiernos locales».

En 1898, el representante de Estados Unidos, junto con los de Francia y Brasil, colabora en la formulación de lo que se ha llamado *Reglas de la Paz*, en un esfuerzo destinado a reglamentar la práctica del asilo.

En 1899, el Departamento de Estado instruye a su representante en Quito que «el ejercicio del derecho de asilo no corresponde a ningún derecho o inmunidad diplomática bien determinada. Puesto que se basa exclusivamente en razones humanitarias, debe limitarse a los casos excepcionales caracterizados por la indisciplina y violencia populares».

En 1902, el ministro de Estados Unidos en Haití recibió la instrucción que señalaba que «el asilo solo podrá ser concedido en los casos que sea de admitir como protección humanitaria indispensable, y solo a perseguidos políticos cruelmente perseguidos». En 1905, nuevas instrucciones a la legación norteamericana en Haití decían: «para que se conceda asilo son necesarias pruebas evidentes de que la vida de la persona que lo requiere corre peligro inminente.

En 1911, el Secretario de Estado Adeo envía instrucciones al cónsul norteamericano en Foochow, según las cuales, ante una eventual concesión de asilo, «el derecho de asilo no es reivindicado por este gobierno, pero usted puede usar su discreción para preservar vidas inocentes evitando cuidadosamente tomar partido en este asunto».

En 1920, la Embajada de Estados Unidos en Bolivia concedió asilo al ex presidente Guerra y algunos de sus ministros. En 1922, los Estados Unidos

conceden asilo a varias personas en Asunción. En 1956, Estados Unidos concede asilo en Budapest al cardenal Mindzenty.

- B. **Reino Unido.** - Ha practicado con frecuencia el asilo en el extranjero bajo la forma de asilo naval y diplomático. En 1848, en Italia, la Marina inglesa dio las siguientes instrucciones a propósito del asilo naval concedido en los buques *Hecate* y *Hanibal*: «No sería correcto recibir y esconder a bordo de naves de guerra británicas a ninguna persona escapando de la justicia con un cargo criminal, o quien ha escapado de una sentencia de un tribunal de justicia. Pero, un buque británico de guerra ha sido siempre y en cualquier lugar considerado un lugar seguro de refugio para personas de cualquier país u opiniones; y esta protección ha sido igualmente otorgada si el refugiado estaba escapando de los actos arbitrarios de un gobierno monárquico o de la violencia ilegal de un comité revolucionario».

En 1903, Inglaterra asila a seis periodistas en su Legación en Pekín. En 1908, a propósito del asilo concedido en Persia, el Secretario de Estado, E. Gray, hizo la siguiente declaración ante la Cámara de los Comunes: «siendo el asilo una costumbre en Persia, la Legación inglesa no podía dejar salir a los refugiados sin que el Gobierno persa diese garantías de que se abstendría de venganzas y crueldades»¹⁷.

- C. **España.** – Durante la Guerra Civil Española (1936-1939), miles de refugiados, tanto del bando Republicano como del bando Nacional, lograron salvar sus vidas y ponerse en seguridad refugiándose en embajadas y consulados de varios países europeos, entre los que merecen destacarse Bélgica, Checoslovaquia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Italia, Noruega, Países Bajos, Polonia, Rumanía, Suecia, Suiza y Yugoslavia. Los agentes diplomáticos y consulares de estos países acreditados en Madrid y Barcelona, como ocurrió en el caso de Gran Bretaña y otros países, habilitaron pisos, liceos y otros lugares para albergar a los refugiados y gestionaron ante el gobierno tanto Republicano como Nacional, la evacuación de hombres, mujeres y niños que huían del conflicto¹⁸. De este modo, no es exagerado afirmar que los países europeos han practicado el asilo diplomático de un modo masivo y reiterado, demostrando, de esta manera, la utilidad práctica de una institución de protección de los derechos humanos sin cuya intervención no habrían podido preservar la vida y la libertad las personas que invocaron este amparo y obtuvieron la protección debida. De este modo, no cabe duda que los países europeos que renegaban en esa misma época del asilo, y que hoy dicen no admitirlo, contrarían sus actos propios y se encuentran en una situación de *estoppel*.

¹⁷ Fernández, Carlos: *El Asilo Diplomático*. Editorial JUS, México, D.F., 1970, pp. 58 a 65 (Carlos Fernández fue embajador de Portugal en México y presidente del Consejo de Ministros de Portugal).

¹⁸ Moral, Antonio M.: *El Asilo Diplomático en la Guerra Civil Española*. Editorial Actas, Madrid, 2001, pp. 120 a 153.

D. **Chile.** – Durante el golpe militar que derrocó al Gobierno de la Unidad Popular, numerosos Estados europeos acogieron en sus sedes diplomáticas a centenares de asilados políticos chilenos y de otras nacionalidades que de este modo se pusieron en seguridad ante la persecución de que eran objeto, tal como consta en el cuadro que se inserta a continuación:

Estadística de asilados y salvoconductos al 23 de noviembre de 1973

Embajada	Asilos concedidos por sede diplomática	Salvoconductos para asilados otorgado por el MINREL	Salvoconductos pendientes para asilados	Salvoconductos para extranjeros expulsados	Salvoconductos otorgados por cortesía
Austria	40	11	29	1	23
Bélgica	75	47	28	1	12
Dinamarca	3	1	2	6	-
España	8	5	3	25	5
Finlandia	92	12	80	-	1
Francia	140	64	76	8	29
Italia	55	45	10	3	10
Noruega	12	3	9	-	6
Países Bajos	64	41	23	5	22
RFA	1	-	1	7	7
Reino Unido	-	-	-	1	-
Santa Sede	2	-	2	-	-
Suecia	153	73	80	64	61
Suiza	26	14	12	1	21
Total	671	316	355	122	197

Fuente y elaboración: CAMACHO, Fernando; "Los asilados de las Embajadas de Europa Occidental en Chile tras el golpe militar y sus consecuencias diplomáticas: El caso de Suecia", Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe, #81, octubre de 2006, p. 24.

29. De lo señalado precedentemente se infiere que Estados Unidos y los Estados europeos mencionados han practicado el asilo en distintas partes del mundo, independientemente de si están de acuerdo o no con esta institución de amparo, y lo han hecho con la convicción de que su conducta está vinculada a la protección de los derechos humanos. Teniendo en cuenta la rápida evolución del derecho internacional de los derechos humanos, carece de validez el argumento según el cual la práctica del asilo diplomático por parte de esos países no constituye la demostración de una reiterada *consuetudo et opinio juris sive necessitatis*, pues, en la esfera de los derechos humanos este principio tiene unas connotaciones muy distintas, de manera que los actos de protección de los derechos y libertades fundamentales adquieren inmediata validez y universalidad, sin necesidad de una previa, larga y reiterada conducta que demuestre la inequívoca voluntad de los Estados de establecer en el transcurso del tiempo, obligaciones jurídicas entre sí, en tan importante esfera.

OBSERVACIONES DEL ESTADO ECUATORIANO A LAS PREGUNTAS Y TEMAS QUE SE PLANTEARON DURANTE LA AUDIENCIA PÚBLICA DE 24 Y 25 DE AGOSTO DE 2017

CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA OPINIÓN CONSULTIVA

30. Durante la audiencia se registraron diversas posturas respecto a criterios de admisibilidad de esta solicitud, varias de las cuales coadyuvan la posición del Estado ecuatoriano, por lo que el Estado considera oportuno realizar observaciones sobre admisibilidad para contradecir aquellas posturas que cuestionan la función consultiva de la Corte para emitir un pronunciamiento sobre esta solicitud.
31. La jurisdicción consultiva de la Corte IDH está dada en el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). El Tribunal Interamericano ha indicado el alcance de esta función consultiva, que constituye “un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales” referentes a derechos humanos¹⁹. De esta forma, en su artículo 64 del Pacto de San José se señala:
- “Los Estados miembros de la organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”
32. Además, el artículo 62 del Reglamento de la Corte establece:
- “(…) 1. La solicitud de una opinión consultiva presentada de conformidad con el artículo 64.2 de la Convención deberá señalar las disposiciones de derecho interno, así como las de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección a los derechos humanos, que son objeto de la consulta;
- b. las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte;
- c. el nombre y la dirección del Agente del solicitante.
2. A la solicitud se acompañará copia de las disposiciones internas a que se refiera la consulta.”
33. En efecto, la competencia consultiva de la Corte constituye un método judicial alternativo para la protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, lo que indica que esta competencia no debe “ejecutarse mediante especulaciones puramente académicas, **sin una previsible aplicación a situaciones concretas** que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva”²⁰. Incluso, la Corte Interamericana, para decidir acerca de la admisibilidad de solicitudes de opinión consultiva sobre propuestas legislativas indicó que:

¹⁹ Ver Restricciones a la Pena de Muerte (art. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC 3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 43. Cfr. también Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, supra nota 2, párr. 64; y, Condición jurídica y derechos humanos del niño, supranota 2, párr. 34.

²⁰ Corte IDH, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (art 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de Octubre de 1987. Serie A No.9 Párr. 16.

“La Corte debe actuar cuidadosamente para asegurarse de que su jurisdicción consultiva en estos casos no sea utilizada como instrumento de un debate político con el fin de afectar el resultado del proceso legislativo interno. La Corte, en otras palabras, no debe inmiscuirse en disputas políticas internas, que podrían afectar el papel que la Convención le asigna”²¹

34. En virtud de esto, incluso los Estados tienen derecho a consultar a la Corte acerca de la compatibilidad entre sus leyes internas y la Convención Americana. En efecto, el Pacto de San José confirma que:

“La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”²².

35. En este sentido, la Corte ha establecido con claridad la amplitud de asuntos que le pueden ser presentados a su conocimiento, a partir de la protección a los derechos humanos con base en su función consultiva, según lo previsto en el artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
36. Cabe indicar que, en la presente solicitud, se están cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 62 del Reglamento de la Corte para su presentación: formulación precisa de las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte, indicación de las disposiciones cuya interpretación se solicita, indicación de las normas internacionales de derechos humanos diferentes a las de la Convención Americana que también se requiere interpretar, presentación de las consideraciones que originan la consulta y señalamiento del nombre y dirección de los delegados.
37. En la presente solicitud se busca esclarecer la naturaleza y alcance de la institución del asilo para determinar la interpretación que asegure la más efectiva vigencia del artículo 22.7 de la Convención Americana. El asilo es además una institución reconocida en varios instrumentos internacionales como en el artículo 14.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en expresas disposiciones de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 y su Protocolo de Nueva York de 1967, así como convenciones regionales sobre asilo y refugio. De esta manera, en virtud de la facultad reconocida en el artículo 29 de la CADH, la Corte tiene la potestad para dar una interpretación de la institución del asilo, apoyándose en estos instrumentos internacionales para ampliar la protección en virtud del principio *pro homine*.

²¹ Ver Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 30.

²² Convención Americana, artículo 64.2.

38. Además, la presente solicitud incluye un tema de derecho internacional sobre el cual la Corte no se ha pronunciado previamente. Esto constituye un elemento diferenciador que debe tomarse en cuenta para analizar e interpretar las obligaciones estatales derivadas de la Convención Americana en relación con otros instrumentos internacionales. El Estado del Ecuador considera que la presente solicitud permitirá apoyar a la Corte en su importante tarea de resolver sobre un tema de actualidad en el contexto internacional como es la protección internacional del asilo.

39. También, las disposiciones que resuelva la Corte en la presente opinión consultiva sobre el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, van a permitir a los órganos de los Estados realizar de manera más apropiada el control de convencionalidad. Esto ha sido confirmado por la Corte Interamericana:

“(…) de la norma convencional interpretada, todos los órganos de los Estados miembros de la OEA, incluyendo los que no son parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana, cuentan con una fuente que contribuye de manera preventiva a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos”²³

40. La jurisprudencia en materia consultiva de la Corte, además ha señalado los siguientes requisitos de la petición de opinión consultiva:

“...a) no debe encubrir un caso contencioso o pretender obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte a través de un caso contencioso; b) no debe utilizarse como un mecanismo para obtener un pronunciamiento indirecto de un asunto en litigio o en controversia a nivel interno; c) no debe utilizarse como un instrumento de un debate político interno; d) no debe abarcar, en forma exclusiva, temas sobre los que la Corte ya se ha pronunciado en su jurisprudencia y e) no debe procurar la resolución de cuestiones de hecho, sino que busca desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos y, sobre todo, **coadyuvar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales**”²⁴.

41. En tal virtud la solicitud propuesta no incurre en ninguno de los criterios de exclusión desarrollados por el Tribunal interamericano, toda vez que lo que busca es que la

²³ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21 párr.31

²⁴ Corte IDH. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 23 de Junio del 2016. Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos.

Corte se pronuncie sobre la naturaleza y alcance de la institución del asilo reconocida en el artículo 22.7 de la Convención Americana, para una mayor protección de los derechos de las personas.

42. Por lo tanto, el Estado del Ecuador considera que su petición cumple los requisitos anunciados para que la Corte Interamericana pueda dar paso a su análisis e interpretación.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PREGUNTAS REALIZADAS POR LOS JUECES EDUARDO VIO GROSSI Y PATRICIO PAZMIÑO FREIRE

43. Durante el desarrollo de la audiencia los Jueces Eduardo Vio Grossi y Patricio Pazmiño Freire realizaron cuestionamientos sobre las intervenciones realizadas en audiencia, sobre los cuales se presentan las siguientes observaciones:
44. Sobre la naturaleza del asilo diplomático: *“El asilo, en su vertiente diplomática, nace con el surgimiento de las embajadas, las cuales surgen a mediados del siglo XVII con la firma del Tratado de Paz de Westfalia. La regulación de esta importante figura jurídica empieza a ser desarrollada por el derecho de gentes. Su origen se basa en la inviolabilidad de los recintos de las misiones diplomáticas, ya que se asumía que tanto el jefe de ésta, como el resto del personal diplomático, quedaban al margen de la jurisdicción de la autoridad local, incluso llegó a considerarse a las embajadas como territorio extranjero. El principio anterior, llamado “de extraterritorialidad”, fue debatido durante mucho tiempo. En la actualidad la doctrina y los tratados internacionales no lo aceptan en toda su extensión; la idea de creación de este concepto fue evitar que se considerase como una intervención de un Estado en los asuntos internos de otro.”*²⁵
45. Así, los Estados europeos, se comprometieron a reconocer y aplicar de manera universal y efectiva, los derechos citados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en beneficio de las personas sujetas a su jurisdicción, como se desprende del preámbulo la misma:

“LA ASAMBLEA GENERAL proclama la presente DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.”

²⁵ Fernando Serrano Migallón. El derecho de Asilo P.361

46. De este modo, más allá del debate sobre el valor jurídico del derecho al asilo, conviene destacar que los Estados Partes de la Convención Europea de Derechos Humanos se comprometieron a garantizar y respetar los derechos de las personas. Bajo ese concepto, cabe indicar que el asilo diplomático como tal versa sobre la obligación de un Estado de proteger y garantizar los derechos de las personas. Existe una obligación general de garantizar y proteger derechos humanos, en cualquier situación. Los sujetos de dicha obligación son las personas presentes dentro de su territorio. La obligación también es aplicable a las personas que solicitan el asilo en embajadas extranjeras, ubicadas dentro del territorio.
47. En efecto, como lo indica la doctrina, la decisión del Estado receptor de otorgar el asilo diplomático, se basa en la necesidad de proteger una persona humana:

“El asilo diplomático no pretende la impunidad de un delito que puede tener carácter político, sino proteger al perseguido de la injusta sanción moral o física con la que se le juzgará en su país ante tribunales que el Estado receptor considera, por razones de diferente índole, de dudosa imparcialidad.”²⁶

48. En el contexto de las normas sobre el asilo basadas en la lógica interestatal es claro que otorgar el asilo (no sólo el diplomático, sino incluso el territorial al que aquí nos referimos) es un derecho del Estado.
49. Respecto a la posición protectora del derecho de asilo de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se realizan las siguientes aproximaciones:

LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA OFICINA DE ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR)

50. Sin perjuicio de lo señalado por el ACNUR dentro de la audiencia, resulta relevante definir que la *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967* planteó una premisa de interpretación básica:

“(…) El derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional de los derechos humanos son regímenes legales complementarios y se refuerzan mutuamente. En consecuencia, el artículo 33 (1), que representa la esencia humanitaria de la Convención de 1951 y salvaguarda los derechos fundamentales de los refugiados, debe interpretarse de forma que sea

²⁶ Fernando Serrano Migallón. El derecho de Asilo p. 366

congruente con los desarrollos en el derecho internacional de los derechos humanos. (...) ²⁷”

51. El ACNUR ha proporcionado claramente una noción de transversalidad en la protección del derecho al asilo, entendiendo las obligaciones estatales en diversos instrumentos internacionales como plexos jurídicos. Así, dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, su artículo 7 está vinculado a la protección del derecho a la integridad personal y es directamente aplicable a la protección de la persona en situación de asilo. Es igualmente compatible, la disposición del artículo 3 de la Declaración sobre el Asilo Territorial adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967, en la cual se especifica claramente que:

“(...) 1. Ninguna de las personas a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1, será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera, o si hubiera entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o la devolución obligatoria a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución. (Artículo 1. El asilo concedido por un Estado, en el ejercicio de su soberanía, a las personas que tengan justificación para invocar el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos...”

52. En conexión con lo anteriormente abordado, el jurista César San Juan, en un estudio auspiciado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH y el ACNUR, ha señalado como agenda pendiente para la comunidad internacional y los Estados, que no es posible negar la importancia de la aplicación de los instrumentos universales del derecho de los refugiados, vale decir, la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967²⁸; y, de otra parte, que es necesario considerar el contenido del derecho de asilo a la luz del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, principalmente bajo la interpretación amplia del principio y a la vez derecho de igualdad y prohibición de discriminación²⁹.

53. Pero, si existiera alguna duda de que la solicitud ecuatoriana de Opinión Consultiva, era una necesidad para consolidar la institución del asilo como derecho, el propio César San Juan en el estudio del ACNUR antes mencionado señaló hace aproximadamente trece años:

²⁷ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR, “Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967”, Ginebra, 26 de enero de 2007, párrafo 34.

²⁸ ACNUR- IIDH-Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Universidad de Lanús, “El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, véase la sección: Informe General de la Investigación, Walter César San Juan, página 73.

²⁹ *Ibidem*, páginas 73 y 74.

“(…) debería considerarse la importancia de solicitar una Opinión Consultiva a través de uno de los órganos competentes de la OEA o un Estado parte respecto de los alcances y el contenido mismo del derecho de asilo, sobre la base del artículo 22.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con el artículo XXVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y con relación a la protección de refugiados según el sistema internacional (...)”³⁰,

54. Precisamente, esta preocupación de la comunidad internacional, principalmente de la región, en la que tiene alta incidencia la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue recogida por el Estado ecuatoriano en su solicitud de Opinión Consultiva y ha recibido importantes aportes de diversas delegaciones tanto en la forma como en el fondo, tiene como interés común ampliar la protección de derechos humanos en la región, objetivo en el que no existe ninguna discrepancia tanto en los Estados, como en otros actores que forman parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.
55. Ahora bien, la protección internacional de los derechos humanos se superpone a cualquier análisis o prerrogativa administrativa que pueda realizar cualquier Estado respecto a una persona en condición de asilo. Entonces en el plano del derecho subjetivo, Gloriana Fernández afirma:

“(…) Su inclusión en el listado de los derechos humanos, tanto en la Declaración Universal como en la Declaración Americana, tiene como consecuencia que se le apliquen los aspectos básicos de la teoría de los derechos, tales como concepto, características, responsabilidad del estado, fuentes y respeto de decisiones de órganos de derechos humanos, entre otras (...)”³¹,

56. Precisamente, son estos aspectos los que bajo la línea jurisprudencial de la Corte podrán ser delineados a partir de la solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Ecuador.
57. De otra parte, al analizar al derecho subjetivo de asilo en los instrumentos internacionales de derechos humanos, resulta oportuno citar el Informe No.6/02 Admisibilidad, Petición 12.071, las Bahamas, en la cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos valoró que el sistema regional sea complementado por el universal, y que esta condición precisamente es posible gracias a que su interdependencia

³⁰ Walter César San Juan, Informe General de la Investigación en ACNUR- IIDH-Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Universidad de Lanús, “El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

³¹ Fernández de Daniels, Gloriana, “La protección internacional de la persona en situación de asilo”, Programa Andino de Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Caracas, documento digital disponible en: http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/CDH/recursos/La%20proteccion%20integral-%20ursula.pdf. Acceso en: 13/09/2017

concuenda con el objeto y propósito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, asunto que también ha sido señalado por el Ecuador en su presentación escrita de solicitud de Opinión Consultiva, principalmente respecto a la referencia de interpretación solicitada al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que proviene del Sistema Universal de Derechos Humanos.

58. Adicionalmente, el propio Comité de Derechos Humanos que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dentro de la Observación General No.15, que hace mención al respeto del derecho a la igualdad y prohibición de no discriminación señaló:

“(...) Los Estados Partes deben velar por que se garanticen los derechos reconocidos en el Pacto "a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción" (párr. 1 del art. 2). En general, los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, e independientemente de su nacionalidad o de que sean apátridas (...)³²”

59. Como vemos, el Comité de Derechos Humanos no hace distinción alguna entre nacionales y extranjeros, no solo a aquellos que encuentren en su territorio sino también a aquellos sujetos a su jurisdicción soberana. Por esta razón, utiliza el genérico “todas las personas”, a fin de explicar el alcance de la protección del Pacto, e inclusive separa cualquier condición jurídica asimilable a prerrogativa; es decir que privilegia la protección de derechos humanos sobre cualquier decisión pública que va más allá de la reciprocidad entre Estados.

LA POSICIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

60. Ahora bien, en la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de la audiencia celebrada los días 24 y 25 de agosto de 2017 para escuchar la solicitud de Opinión Consultiva OC 25 presentada por Ecuador, varias veces se mencionó la jurisprudencia del Tribunal Interamericano, en torno al derecho de asilo, sin concebir a tal figura jurídica como una prerrogativa. En este sentido, en el año 2013 la propia Corte Interamericana dentro del caso Pacheco Tineo contra Bolivia, consideró:

“(...) El derecho de buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana, leído en conjunto con los artículos 8 y 25 de la misma, garantiza que la persona solicitante de estatuto de refugiado sea oída por el

³² Organización de las Naciones Unidas, ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, “Situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11/04/86. CCPR” disponible digitalmente en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1403.pdf?view=1>. Acceso en: 13/09/2017.

*Estado al que se solicita, con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo (...)*³³”

61. Desde esta noción jurisprudencial está claro que el derecho de asilo aún dentro de la definición de asilo diplomático tiene una dimensión normativa en la que el Estado tiene una participación esencial para garantizar su umbral de protección, al establecer dentro de su contenido, garantías judiciales y protección judicial por parte del Estado.
62. Posteriormente, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, un año después de dictar el fallo Pacheco Tineo contra Bolivia, en la Opinión Consultiva OC -21, de 19 de agosto de 2014, consolidó el estatuto de protección del derecho de asilo, dejando de lado, cualquier noción discrecional de protección de cualquier Estado, y más bien puso en claro, la obligación internacional de los Estados respecto a debidas garantías para la persona al señalar:

*“(...) debe tenerse presente que, si bien la noción de asilo se encontraba inicialmente anclada en la llamada tradición latinoamericana del asilo, que comprendía el asilo diplomático y territorial así como la no extradición por motivos o delitos políticos, lo cierto es que a partir de la adopción de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (en adelante “Convención de 1951”) y su Protocolo de 1967, la institución del asilo asumió una específica forma y modalidad a nivel universal: la del estatuto del refugiado*³⁴”.

63. Con lo anterior, queda definido que por vía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha superado la noción del asilo como una práctica jurídica exclusiva de los Estados en torno al asilo diplomático y territorial al adquirir una figura de dimensión universal, se consolida por tanto un estatuto jurídico mayor y obligaciones estatales específicas.
64. Inclusive, en la misma Opinión Consultiva OC-21 de 19 de agosto de 2014, el Tribunal Interamericano definió también al asilo como un derecho y caracterizó obligaciones de adecuación interna contenidas en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, asunto que aunque estuvo relacionado con la protección a niñas y niños, es compatible con la noción de protección a la persona, en los siguientes términos:

³³ Corte IDH, Caso Pacheco Tineo vs Bolivia, Sentencia de 25 de septiembre de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 154.

³⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 21/14, de 19 de agosto de 2014, solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República Oriental del Uruguay, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” párrafo 74

*”(...) para garantizar de forma efectiva el derecho comprendido en los artículos 22.7 de la Convención Americana y XXVII de la Declaración Americana, los Estados deben adecuar los procedimientos de asilo o de determinación de la condición de refugiado para brindar a las niñas y niños un acceso efectivo a los mismos que permita considerar su situación específica (...)”*³⁵,

65. En consecuencia, es indispensable una interpretación de mayor protección al derecho al asilo planteada por el Ecuador en su solicitud de Opinión Consultiva, en particular sobre el contenido del artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para el efecto, es relevante citar lo planteado por la propia Corte IDH:

*“(...) La función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos (...)”*³⁶,

66. Por lo tanto, dado que la finalidad mayor que concibe la Corte para declarar admisible una solicitud de Opinión Consultiva está dada tanto por los propósitos básicos de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como por cumplir la finalidad de coadyuvar al cumplimiento de obligaciones internacionales para proteger derechos humanos, la solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Ecuador precisamente se enmarca en los criterios amplios y no restrictivos del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos considerando que el propio Tribunal Interamericano señaló: **“(...) el artículo 64 de la Convención confiere a esta Corte la más amplia función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno (...)”**³⁷,

PETITORIO FINAL.

67. El Estado ecuatoriano se ratifica en su petitorio expuesto en la solicitud de opinión consultiva y, por lo tanto, solicita a la Corte Interamericana que se pronuncie sobre la misma al amparo de lo dispuesto en el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.-

³⁵ *Ibíd*em, párrafo 261.

³⁶ Corte IDH, OC 1/82 Opinión Consultiva de 24 de septiembre de 1982, “Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por el Perú” párrafo 25.

³⁷ *Ibíd*em, párrafo 14.