

# ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**Opinión consultiva sobre el alcance y fin del derecho de asilo y refugio en el marco  
del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las normas del Derecho  
Interamericano**

*Amicus curiae* presentado por el Consejo Noruego para Refugiados con base en el  
artículo 73 del Reglamento de la Corte Interamericana

Abril de 2017



**Christian Visnes, Director de País  
Consejo Noruego para Refugiados  
Carrera 9 No. 81 A – 26 Piso 9  
Bogotá D.C, Colombia  
Tel. +57 3171481**

---

## ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	3
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	5
<b>CONSIDERACIONES GENERALES EN RELACIÓN AL REFUGIO Y ASILO EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS</b> .....	8
Dicotomía en los conceptos de asilo y refugio .....	10
Normas de Soft Law y otros instrumentos en relación al asilo y refugio .....	13
Control de convencionalidad y adecuación normativa .....	14
Adecuación normativa en el caso ecuatoriano y la Ley de Movilidad Humana .....	16
<b>CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS EN LA MATERIA SOMETIDA A CONSULTA</b> .....	20
Alcance del derecho de asilo o refugio .....	20
El deber de calificación y deber de cooperación en materia judicial .....	21
Desconocimiento de normas de ius cogens y consecuencias .....	26
<b>CONCLUSIONES</b> .....	28
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	30

## PRESENTACIÓN

Este *amicus curiae* es presentado por Christian Visnes en calidad de Director País del Consejo Noruego para Refugiados - NRC<sup>1</sup>, organización internacional humanitaria especializada en trabajo con población desplazada, refugiada y en Necesidad de Protección Internacional - PNPI, con presencia en Colombia, Ecuador, Panamá, Venezuela y Honduras<sup>2</sup>. Nuestra organización fundamenta su actuación en un enfoque de derechos, con garantía de los principios de humanidad, neutralidad, independencia e imparcialidad.

NRC cuenta con los programas de educación e información, orientación y asistencia legal – ICLA por sus siglas en inglés, y con respuesta a situaciones de emergencias, todos éstos, dirigidos a población desplazada, PNPI y refugiada, persiguiendo resultados de calidad con acceso equitativo a los grupos vulnerables, especialmente mujeres y niños. Como parte del trabajo de NRC, se ha documentado la situación de derechos humanos de población antes mencionada en los países de la región en los que nos encontramos, publicándose varios informes en relación a estos fenómenos<sup>3</sup>.

El reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH o Corte Interamericana) en su artículo 73.3<sup>4</sup> faculta a las personas u organizaciones con interés para emitir opinión en los casos de opiniones consultivas presentadas ante este alto Tribunal. En el marco de esta disposición, la CoIDH invitó a todos los interesados para presentar su opinión respecto a la solicitud de opinión consultiva presentada por el Estado ecuatoriano a través de su Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, el 18 de agosto de 2016, en relación a varias cuestiones relacionadas al alcance y fin del derecho de asilo y refugio, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y las normas del Derecho Interamericano.

Teniendo en cuenta el trabajo especializado del Consejo Noruego para Refugiados en torno a las temáticas de refugio, asilo y desplazamiento forzado, la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró pertinente elevar invitación a participar en la solicitud de opinión consultiva relacionada, razón por la cual es también nuestro interés presentar algunas consideraciones por medio del presente escrito, dentro del

---

<sup>1</sup> [http://nrc.org.co/index.php?option=com\\_content&view=category&layout=blog&id=8&Itemid=101](http://nrc.org.co/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=8&Itemid=101)

<sup>2</sup> Además de otros 26 países en Europa, Asia, África y Oriente Medio.

<sup>3</sup> CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS. *Protocolo de Investigación Criminal de los Delitos de Desplazamiento Forzado*. Disponible en <http://nrc.org.co/images/documentos-internos/protocolo-de-investigacion-desplazamiento.pdf>

CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS. *Colombia. Reporte anual 2014*. Disponible en: [http://nrc.org.co/images/Sobre\\_NRC/Reporte-Anual-NRC-Colombia-2014-Web.pdf](http://nrc.org.co/images/Sobre_NRC/Reporte-Anual-NRC-Colombia-2014-Web.pdf)

CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS. *Global Overview 2012. People internally displaced by conflict and violence*. Disponible en <http://nrc.org.co/images/documentos-internos/Informe-Global-IDMC-2013.pdf>

<sup>4</sup> Artículo 73. Procedimiento. 3. La Presidencia podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Si la solicitud es de aquellas a que se refiere el artículo 64.2 de la Convención, lo podrá hacer previa consulta con el agente.

plazo límite para la presentación de observaciones, solicitando así tener en consideración la opinión contenida en este documento<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Mediante nota CDH-OC-25/216, la Corte Interamericana de Derechos Humanos invita a NRC para que conforme a la solicitud elevada por el Gobierno de Ecuador, presente su opinión sobre los puntos sometidos a consulta, para lo cual, fija como plazo máximo el 4 de mayo de 2017 para la presentación de las observaciones.

## INTRODUCCIÓN

NRC busca responder a las necesidades y derechos de las personas desplazadas y refugiadas, teniendo en cuenta el goce efectivo de sus derechos y el enfoque hacia soluciones duraderas.

Dado que NRC es una organización internacional, con presencia en Latinoamérica desde el año 1991<sup>6</sup>, y que sus principios se enfocan en la garantía de derechos y la actuación independiente e imparcial, en materia de desplazamiento forzado y refugio, nuestra organización aplica y se acoge al desarrollo que en materia de derechos humanos se ha producido en el marco del sistema universal y regional, siendo primordial en el caso latinoamericano, la aplicación de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

De esta manera, aunque el NRC no es un Estado ni parte de los tratados internacionales signados en el sistema interamericano<sup>7</sup>, nuestros principios se enfocan en la actuación humanitaria, y para ello, la colaboración y respuesta estratégica debe adecuarse también a otros marcos de garantía de derechos, para lo cual es importante resaltar y promover siempre aquellos que presentan desarrollos más favorables para la actuación humanitaria y para la solución de los problemas que enfrenta la población desplazada o refugiada.

En ese orden de ideas, NRC no puede dejar de mencionar que el derecho al refugio ha sido desarrollado en el marco del derecho universal de derechos humanos, y que Latinoamérica ha sido pionera en el desarrollo de instituciones asociadas y/o equivalentes, siendo el caso del asilo uno de los más emblemáticos a lo largo de su historia, y de la conformación del sistema regional de defensa de derechos humanos, lo que lo hace un marco de acción especial y no comparable con otros a nivel regional.

Del total de 24,5 millones<sup>8</sup> de personas refugiadas en el mundo para el año 2015, América contaba con más de medio millón de ellas dentro de su territorio, situación que a la par de generar obligaciones en materia de protección a la población refugiada por parte de los Estados Americanos, presenta retos en torno a la aplicabilidad de los instrumentos para su protección, su adaptabilidad a nuevos escenarios y sobretodo la garantía de principios humanitarios que permitan flexibilizar las normas existentes hacia circunstancias de mayor favorabilidad para los sujetos en necesidad de protección internacional.

De acuerdo al Informe sobre el Examen Periódico Universal del año 2012, Ecuador es el país Latinoamericano que acoge mayor número de refugiados, que alcanzaban los 55.330 para esa fecha, siendo el 98,47% de ellos de nacionalidad colombiana<sup>9</sup>. El Estado

<sup>6</sup> Cuando se iniciaron labores humanitarias en Colombia, en respuesta a la emergencia social producida por el fenómeno del desplazamiento forzado interno.

<sup>7</sup> Aunque Noruega como país cuenta con Estatus de Observadores Permanentes dentro de la Organización de Estados Americanos.

<sup>8</sup> Norwegian Refugee Council. *NRC Annual Report 2015*. Recuperado de <https://www.nrc.no/globalassets/pdf/annual-reports/2015/nrc-annual-report-2015.pdf> el 05 de marzo de 2017.

<sup>9</sup> Teniendo en cuenta el fenómeno del desplazamiento forzado derivado del conflicto armado colombiano, que en muchos casos pasa a ser transfronterizo.

ecuatoriano se caracteriza por desarrollar algunas de las normas más favorables en materia de movilidad en comparación con los demás Estados latinoamericanos, y entre algunos de estos desarrollos ejemplares se tienen la reciente implementación de conceptos como el de ciudadanía universal, libre movilidad, prohibición de criminalización a migrantes, y la acogida de refugiados y migrantes en las dinámicas sociales y económicas nacionales, con el apoyo de la comunidad internacional<sup>10</sup>.

La migración es un derecho humano, al igual que el refugio y/o asilo, por lo que la reglamentación de estos derechos en los ordenamientos internos o inclusive la determinación de procedimientos en el marco de tratados internacionales debe hacerse de manera razonable respetando la dignidad humana y los derechos fundamentales de los seres humanos, razón por la cual los intereses legítimos de los Estados no pueden acudir a la arbitrariedad y denegar injustificadamente el goce de estos derechos, más allá del ejercicio legítimo de su soberanía.

El Estado consultante, en su solicitud de opinión consultiva presenta claridad respecto de estas obligaciones, en especial aquellas que son derivadas de los tratados internacionales suscritos e incluidos en su ordenamiento interno, para el cual el derecho a migrar, al refugio y al asilo son considerados derechos fundamentales<sup>11</sup>. No obstante, sus consultas giran en torno a cuatro temas principales, que podrían ser resumidos de la siguiente manera:

- El asilo y la capacidad de un Estado para otorgarlo se ampara en su inmunidad y en ese entendido no es permitido cuestionar la actuación protectora del asilante, sin distinción de si esta ocurre en su territorio o en una sede diplomática, o inclusive en otro lugar que se hubiera acordado. Si se tratara del asilo extra territorial o diplomático, el Estado territorial se encuentra obligado a respetar la inviolabilidad de las legaciones así como la inmunidad de los agentes diplomáticos que pretendan salvaguardar la integridad y libertad de la persona asilada.
- La vigencia de los derechos humanos y libertades fundamentales debe realizarse individual y colectivamente por los Estados o a través de la cooperación internacional para el cumplimiento de obligaciones internacionales, lo que incluye también la adopción de disposiciones internacionales en los ordenamientos internos, inclusive tratándose de normas más favorables que las que contemplan los convenios internacionales.

---

<sup>10</sup> Por lo cual los refugiados en este país no se albergan en campamentos, lo que le ha valido reconocimiento en relación a las acciones encaminadas a la protección de esta población.

<sup>11</sup> La Constitución Política del Ecuador dispone en su artículo 40 el derecho de asilo y refugio como derecho fundamental consagrado también en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la protección especial a las personas que se encuentren en dicha condición, y los principios de no devolución, asistencia humanitaria y jurídica de emergencia y favorabilidad en términos de no sancionar el ingreso o permanencia irregular en su territorio cuando se trate de solicitantes de asilo y refugio. Asimismo, contempla la progresividad de los derechos (Art. 11), considerando inconstitucional cualquier acción u omisión que “disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”.

- Ningún Estado puede desconocer las formas de asilo legítimamente reconocidas por otro Estado aludiendo vacíos o insuficiencia normativa, inclusive si éste no es parte de determinada convención, en razón al deber de cooperar en el cumplimiento y vigencia de los derechos y garantías fundamentales conforme los principios de buena fe.
- Los derechos humanos, sus principios e instituciones hacen parte del *ius cogens*, y en ese sentido las obligaciones respecto a su cumplimiento son universales, deben ser practicados de forma efectiva en garantía de la igualdad y no discriminación, sobre todo cuando estas resulten en tratos desfavorables.

Previo a abordar las consideraciones del Consejo Noruego para Refugiados en el caso específico, es necesario recordar el desarrollo del derecho al refugio y asilo en el caso latinoamericano, pues la posición del NRC no se encuentra apartada de las disposiciones regionales en torno a la protección de las personas refugiadas y asiladas, y amén a esto los escenarios que generaron la adecuación normativa regional deben ser tenidos en cuenta para evitar retrocesos en el enfoque progresivo que deben tener los derechos humanos.

## CONSIDERACIONES GENERALES EN RELACIÓN AL REFUGIO Y ASILO EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Las Américas cuentan con el Sistema institucional Internacional más antiguo en materia de Derechos Humanos, que a través de la tradición interamericana facilitada por la conformación de la Organización de los Estados Americanos (OEA), ha permitido la creación de distintos instrumentos y organismos para la garantía y vigencia de los derechos humanos, a cuyo cumplimiento están obligados los Estados miembros, que suman 35 actualmente<sup>12</sup>.

El interés de regular y aunar esfuerzos por consolidar la protección en materia de asilo y refugio, ha sido evidenciado en América Latina incluso antes de la creación de organismos regionales, es así como en 1889 se firmó en Montevideo, Uruguay el Tratado sobre Derecho Penal Internacional, contemplando en artículos 15 a 18<sup>13</sup> la figura del asilo como garantía en relación a los perseguidos políticos solicitados en extradición.

Así también, para 1928 en la Habana, Cuba, se firmó la Convención sobre Derecho de Asilo<sup>14</sup>, a fin de fijar las reglas en las relaciones entre Estados para la concesión de este derecho. Esta Convención en particular, desarrolla en forma primaria la posibilidad de otorgar asilo diplomático, así como regula las condiciones para brindarlo, referentes a la determinación del estatus del solicitante, la tipología del delito por el cual se supone perseguido, la urgencia manifiesta en la solicitud, entre otras.

<sup>12</sup> Información recuperada de [http://www.oas.org/es/estados\\_miembros/default.asp](http://www.oas.org/es/estados_miembros/default.asp) el 12 de febrero de 2017.

<sup>13</sup> Artículo 15. Ningún delincuente asilado en el territorio de un Estado podrá ser entregado a las autoridades de otro, sino de conformidad a las reglas que rigen la extradición.

Artículo 16. El asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos, pero la Nación de refugio tiene el deber de impedir que los asilados realicen en su territorio actos que pongan en peligro la paz pública de la Nación contra la cual han delinquido.

Artículo 17. El reo de delitos comunes que se asilase en una Legación deberá ser entregado por el jefe de ella a las autoridades locales, previa gestión del Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando no lo efectuase espontáneamente. Dicho asilo será respetado con relación a los perseguidos por delitos políticos, pero el jefe de la Legación está obligado a poner inmediatamente el hecho en conocimiento del Gobierno del Estado ante el cual está acreditado, quien podrá exigir que el perseguido sea puesto fuera del territorio nacional dentro del más breve plazo posible. El jefe de la Legación podrá exigir, a su vez, las garantías necesarias para que el refugiado salga del territorio nacional respetándose la inviolabilidad de su persona. El mismo principio se observará con respecto a los asilados en los buques de guerra surtos en aguas territoriales.

Artículo 18. Exceptnase (sic) de la regla establecida en el Artículo 15, a los desertores de la marina de guerra en aguas territoriales de un Estado. Esos desertores, cualquiera que sea su nacionalidad, deberán ser entregados por la autoridad local a pedido de la Legación, o en defecto de ésta, del agente consular respectivo, previa la prueba de identidad de la persona.

<sup>14</sup> Adoptada y firmada en la misma Acta por parte de 20 Estados entre los cuales se encuentran Colombia, Ecuador, Panamá y Venezuela, así como Honduras, Guatemala y El Salvador. Información recuperada de [http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/AdjuntosTratados/ce404\\_OEA%20-%20DER%20ASILO%20-%201928.pdf](http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/AdjuntosTratados/ce404_OEA%20-%20DER%20ASILO%20-%201928.pdf) el 10 de febrero de 2017.

En Montevideo, Uruguay, para el año 1933 se firmó la Convención sobre Asilo Político, a fin de modificar la Convención de la Habana, para regular las condiciones del otorgamiento de asilo bajo la premisa de que el solicitante esté procesado por delitos comunes en debida forma, así como para otorgar el derecho de calificación en relación a la tipología del delito al Estado asilante, determinar el carácter humanitario de la institución del asilo y el derecho a gozarlo por parte de los seres humanos sin distinción de su nacionalidad, entre otras. Este instrumento fue ratificado por 16 Estados americanos, entre los cuales están Colombia (1936), Ecuador (1955), Panamá (1938), El Salvador (1937), Honduras (1936) y Guatemala (1935).

En el mismo país, para 1939 se suscribió el Tratado sobre Asilo y Refugio Político, en el cual se introdujeron conceptos como el asilo político y el refugio en territorio extranjero, sin que se hicieran diferenciaciones entre una y otra figura, pero existiendo en ambas la posibilidad de los Estados para proteger a perseguidos políticos, así como también estableciendo como métodos para la resolución de conflictos suscitados por el tratado a tribunales de arbitraje o decisión judicial emanada de organismos cuya competencia fuera reconocida por ambas partes.

Ya en el marco del Sistema Universal de Derechos Humanos, para 1951 se emanó la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, dentro de la Organización de las Naciones Unidas, a fin de garantizar protección a las personas refugiadas o que solicitaran serlo, determinar dicha condición y los derechos que se derivan de ella, el carácter humanitario de la misma, así como la competencia de la Corte Internacional de Justicia para interpretar o resolver controversias en relación a las disposiciones de este instrumento. Este tratado fue ratificado por Colombia (1982), Ecuador (1955) y Panamá (1978), entre otros 145 Estados, incluidos Honduras (1992), Guatemala (1983) y El Salvador (1983)<sup>15</sup>.

Para 1967 se emitió el Protocolo al Estatuto de los Refugiados, en el marco del Sistema de Naciones Unidas, con 146 Estados partes, que concluyeron la existencia de situaciones fuera del término contemplado en el Estatuto de los Refugiados de 1951 y la necesidad de eliminar esta condición a fin de garantizar la protección a quienes tuvieran condiciones para ser refugiados por fuera de dicho límite temporal. Así también se eliminan barreras geográficas, haciendo obligatorias las disposiciones del tratado para todos los Estados partes, entre los cuales se encuentran Colombia (1980), Ecuador (1969), Panamá (1978), Venezuela (1986), Honduras (1992), Guatemala (1983) y El Salvador (1983).

Casi en forma paralela, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se estaban desarrollando, incluso antes de las ratificaciones de la mayoría de Estados latinoamericanos a la Convención y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, instrumentos en relación al derecho de asilo. Es así como para 1954 en Caracas, Venezuela, se suscriben las Convenciones sobre Asilo Territorial y Asilo Diplomático,

---

<sup>15</sup> Información recuperada de <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73b0d63.pdf> el 18 de febrero de 2017.

ratificadas por Colombia (1968<sup>16</sup>), Ecuador (1955), Panamá (1958), Venezuela (1954), Guatemala (1983) y El Salvador (1954), en todos los casos, ratificaciones hechas con anterioridad a la adhesión a los instrumentos del Sistema de Naciones Unidas, sin que esto signifique que se traten de disposiciones contradictorias sino complementarias. Con estos instrumentos, los Estados americanos se reiteran en las múltiples posibilidades para proteger a las personas refugiadas y perseguidas políticamente, inclusive por fuera de su territorio, cuando quiera que se encuentren bajo su jurisdicción: en legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares, residencias diplomáticas, entre otras.

Esta complementariedad no fue en principio desarrollada taxativamente en dichos instrumentos, sin embargo, el desarrollo de los conceptos a través del Sistema Interamericano ha llevado a unificar la protección bajo el marco de la Convención del Estatuto de los Refugiados y su Protocolo, así como a mantener en algunos pocos y específicos casos la protección bajo las Convenciones sobre Asilo Territorial y Diplomático, en la medida que estas resulten más favorables de acuerdo a la interpretación a la luz de instrumentos regionales de derechos humanos vistos integralmente<sup>17</sup>.

### • ***Dicotomía en los conceptos de asilo y refugio***

América Latina desarrolló prematuramente algunos conceptos en torno al asilo y refugio en instrumentos internacionales no enfocados especialmente a estas instituciones<sup>18</sup>. Con relación a la Convención de Ginebra y su Protocolo de 1967, la reserva geográfica en el continente europeo ocasionó la atención de los problemas de asilo y refugio a través de instrumentos de carácter regional<sup>19</sup>. Así las cosas, la institución del asilo empezó a desarrollarse, basada exclusivamente en protección por motivos de persecución política, asociados inicialmente a la recepción de refugiados europeos en el continente americano<sup>20</sup>, y posteriormente a los cambios de regímenes de distintos Estados de la región<sup>21</sup>.

Aunque la atención de los refugiados o asilados en la región fue inicialmente ejecutada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados - ACNUR, paulatinamente y a medida que los regímenes autoritarios hicieron tránsito a sistemas democráticos, también cada Estado apropió sus correspondientes obligaciones internacionales, fortaleciéndose el Sistema Regional e Interamericano, en el cual se

<sup>16</sup> Solamente ratificó la Convención sobre Asilo Territorial. Información recuperada en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-46.html> el 10 de febrero de 2017.

<sup>17</sup> Hungarian Helsinki Committee (2015) *The Refugee Law Reader*, pp. 183-184.

<sup>18</sup> Refiriéndonos especialmente al Tratado sobre Derecho Penal Internacional de 1889.

<sup>19</sup> Oliveira, Vanessa (s.f) *El Derecho de Asilo en el Marco del Sistema Interamericano*. Recuperado de [http://abacus.universidadeuropea.es/bitstream/handle/11268/3020/ASILO%20\(OLIVEIRA\).pdf?sequence=1](http://abacus.universidadeuropea.es/bitstream/handle/11268/3020/ASILO%20(OLIVEIRA).pdf?sequence=1) el 06 de marzo de 2017, pp. 8.

<sup>20</sup> Principalmente en Chile, Brasil y Argentina.

<sup>21</sup> Inicialmente aquellos derivados de la instalación de regímenes autoritarios en la América Central y luego los correspondientes a perseguidos políticos con ocasión de las dictaduras del cono sur (Argentina, Chile, Uruguay, principalmente). Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2004) *Análisis crítico del dualismo "asilo-refugio" a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/22563.pdf> el 10 de febrero de 2017, pp. 17.

profirieron las ya mencionadas Convenciones y Declaraciones en materia de asilo y refugio. La ratificación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo, y la implementación de las disposiciones de las Convenciones de Caracas representaron para los Estados latinoamericanos algunas confusiones que pretendían separar figuras de protección que en realidad bien podrían estar asociadas o ser equivalentes, significando esto una intención marcada de definir el asilo y el refugio como categorías distintas.

Inicialmente los Estados Latinoamericanos trataron de diferenciar técnicamente lo que denominaron asilo territorial<sup>22</sup> y asilo diplomático<sup>23</sup>, sin que estas diferencias fueran solucionadas definitivamente, hasta la expedición de las Convenciones de Caracas del año 1954, inclusive, en los instrumentos anteriores, fueron utilizados indistintamente los conceptos de asilo, refugio y hasta el de refugio político<sup>24</sup>. En la práctica, la diferencia entre una y otra forma es el otorgamiento de la protección dentro o fuera del territorio del Estado receptor, y la limitación a la persecución por motivos políticos en el caso del asilo diplomático, aunque actualmente deban examinarse casos en concreto, particularmente frente a esta última modalidad, pues los casos relacionados al asilo territorial podrían encontrarse contenidos en las definiciones de refugio de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo, y la extensión hecha a través de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984<sup>25</sup>, por resultar estas más favorables y ajustadas, como se verá más adelante.

Doctrinalmente el asilo y refugio pretendían diferenciarse bajo el entendido de que el primero depende de la soberanía estatal, es decir, de la facultad de un Estado para concederlo, y el segundo en cambio, en cuanto se encuentra atado a la Convención de Ginebra de 1951, es obligatorio para los Estados parte, en el entendido que no podrían rechazar a quien solicite amparo en sus fronteras. En ese entendido el asilo podría considerarse como un permiso a petición de parte para permanecer en un Estado, justificado en ciertas circunstancias, mientras que el refugio es en cambio un mandato de

---

<sup>22</sup> Entendido como la acogida permanente que un Estado concede en su territorio a los extranjeros perseguidos o cuya vida o integridad física o moral está en peligro.

<sup>23</sup> Entendido como el asilo otorgado en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares, a personas perseguidas por motivos o delitos políticos. Esta forma de asilo busca exigir al Estado territorial la expedición de un salvoconducto al asilado para que este abandone el lugar donde se encuentra y pueda acceder al territorio del Estado que lo asila o a otro Estado.

<sup>24</sup> Hungarian Helsinki Committee. Ob. Cit. Pp. 184.

<sup>25</sup> Esto teniendo en cuenta que la transformación de los Estados latinoamericanos tras la caída de los regímenes autoritarios y la vigencia de las democracias, evidenció que los marcos regionales no eran suficientes para tratar los nuevos escenarios de refugio y asilo. Al respecto: *“Los diversos instrumentos latinoamericanos en materia de asilo funcionaron mientras la realidad política de los países latinoamericanos correspondió a la experiencia que dio lugar a la práctica del asilo, su desarrollo y codificación. Hacia los inicios de la década de los años setenta, debido a los acontecimientos de los países del Cono Sur, fue evidente que estos instrumentos ya no correspondían a la nueva realidad política, social, económica e ideológica. A partir de entonces cobró auge la aplicación del Sistema de las Naciones Unidas.*

*Durante la segunda mitad de la misma década, los problemas de refugiados se desplazaron hacia la región centroamericana. Una vez más, quedó en evidencia que con los instrumentos interamericanos no se podía afrontar esta situación, y el Sistema de las Naciones Unidas operó plenamente en la región centroamericana.”* Ver: United Nation High Commissioner for Refugees (2002) *Compilación de Instrumentos Jurídicos regionales relativos a derechos humanos, refugio y asilo*. Recuperado de <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73b0d63.pdf> el 25 de marzo de 2017, pp.80.

prohibición para los Estados, para no rechazar y admitir a las víctimas de persecución que soliciten su abrigo<sup>26</sup>. Pese a esta diferenciación inicial, actualmente no podría decirse que la figura del asilo sea meramente facultativa, en tanto hablamos de un derecho humano y por ende los Estados están llamados a protegerlo en el entendido que son miembros de la comunidad internacional y por ello la discrecionalidad podría más bien ampliarse en vinculación con principios como el de la solidaridad internacional<sup>27</sup>, pasando de ser una facultad del Estado a un derecho de la persona perseguida.

Otros desarrollos doctrinales permiten unificar los conceptos de asilo y refugio sobre la base de que es el primero de ellos la institución que comprende todas las modalidades de protección internacional para quienes son perseguidos (políticamente o no<sup>28</sup>). En esta línea, el asilo comprendería tanto el Estatuto del Refugiado como las Convenciones sobre asilo territorial y diplomático, y todo lo que se halle relacionado a obtener soluciones duraderas para las personas en necesidad de protección internacional<sup>29</sup>.

De esta manera, tanto el asilo (territorial y diplomático) como el refugio, son ambos “*gradaciones del mismo concepto: el derecho de asilo*”<sup>30</sup>, que pese a haber sido desarrolladas en distintas latitudes y para la atención de problemáticas ostensiblemente diferentes, pretendían en todo caso ofrecer protección a las personas perseguidas cuya vida e integridad se encontrara en peligro en virtud de dicha persecución. Esta es la razón por la cual países como Honduras, Guatemala y el Salvador, han integrado constitucionalmente el derecho al asilo cuando se refieren también al refugio, y países como Ecuador y Venezuela incluyen ambas figuras sin ninguna diferenciación conceptual.

Aunado a lo anterior, la misma CoIDH cuando define a la persona solicitante de asilo, alude a “*aquella persona que ha solicitado el reconocimiento del estatuto o condición de refugiado y cuya petición está pendiente de resolución*”<sup>31</sup>, misma situación que ocurre con la definición de refugiado<sup>32</sup>, que incluye en su concepto a quienes según instrumentos regionales podrían ser también asilados (territoriales o diplomáticos). En todo caso, la limitación de la persecución a motivos políticos dentro de la variante del asilo diplomático se encuentra claramente desarrollada en las Convenciones regionales de Caracas de

<sup>26</sup> Oliveira, Vanessa, Ob. Cit. Pp.1.

<sup>27</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2004), Ob. Cit. pp 50.

<sup>28</sup> Teniendo en cuenta otros tipos de persecución que pongan en peligro la vida e integridad personal por razones de raza, género, religión, nacionalidad, e inclusive por la ocurrencia de otros hechos que le hayan hecho huir o le impidan regresar, como los conflictos armados, ocupación extranjera, entre otros.

<sup>29</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2004), Ob. Cit. pp 49.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014) *Opinión Consultiva OC-21/14 Solicitada por la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del 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*, pp. 18.

<sup>32</sup> “*aquella persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él. El término “refugiado(a)” es aplicable también a aquellas personas que han huido de sus países de origen porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.*”

1954, que aunque podrían resultar restrictivas a la luz de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo, de otro lado, y en eventos excepcionales, podría resultar favorable en los casos de solicitantes de asilo perseguidos por países no miembros de este marco regional.

- ***Normas de Soft Law y otros instrumentos en relación al asilo y refugio***

Con anterioridad a la expedición de tratados en materia de Derechos Humanos, durante o después de su vigencia, otros instrumentos catalogados como *soft law*, dispusieron principios o marcos orientadores en relación al asilo y refugio. Estas normas, lejos de ser desconocidas como fuentes dentro del derecho internacional, recogen principios y metas comunes hacia las cuales deben dirigirse los Estados a fin de garantizar el goce de los derechos fundamentales de todos los seres humanos. Por esta razón los enunciados contenidos en normas que no tienen la categoría de tratados pero que recogen directrices en materia de derechos humanos, han venido constituyendo paulatinamente criterios vinculantes.

Es así como desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en su artículo 14<sup>33</sup> se establece el derecho al asilo en caso de persecución, y la facultad de disfrutarlo con independencia del país que lo conceda. Así también la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (1948) en su artículo 27<sup>34</sup> señala el derecho de asilo en caso de persecución por delitos que no sean comunes, con sujeción a la legislación interna y a los convenios internacionales. Por su parte, la Declaración de Cartagena sobre refugiados (1984) extendió también el marco de aplicación hacia las personas que huyen de sus países porque su vida, seguridad o libertad son amenazadas por la violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias, inclusive.

Otros instrumentos no específicos en materia de asilo o refugio, con la naturaleza de tratados internacionales, remiten a esta institución directa o indirectamente, teniendo en cuenta que la protección bajo esta figura implica naturalmente el goce efectivo de derechos civiles o políticos, económicos, sociales o culturales, de acuerdo al caso. En ese sentido vale mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>35</sup> (1969), que

---

<sup>33</sup> Artículo 14. *En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.*

*Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.*

<sup>34</sup> Artículo XXVII. *Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.*

<sup>35</sup> Que fue ratificada por Colombia, Ecuador, Panamá y Venezuela, denunciando este último Estado la Convención en el año 2013, no estando actualmente obligado por las disposiciones de dicho instrumento, más que por los hechos que sucedieran bajo el tiempo en el cual fue un Estado parte. Recuperado de [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm) el 09 de febrero de 2017.

en su artículo 22.7<sup>36</sup> dispone el derecho de asilo por delitos distintos a los comunes salvo que exista conexidad entre estos y los delitos políticos.

Así también, instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), que aunque no contemplan taxativamente el derecho de asilo y/o refugio, establecen la responsabilidad de los Estados parte para garantizar la vigencia de todos los derechos allí contemplados, razón por la cual una interpretación integral puede hacer referencia indirecta a la obligación de garantizar el derecho de asilo y/o refugio como forma de salvaguardar otro catálogo de derechos.

### • **Control de convencionalidad y adecuación normativa**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado el concepto de control de convencionalidad por vía de jurisprudencia<sup>37</sup>, según el cual los Jueces y los Estados en general, se encuentran obligados a aplicar las disposiciones de los tratados internacionales, en particular aquellas derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos, con el objeto de que leyes de inferior jerarquía no contraríen los principios acordados por la comunidad internacional. Así, para la CoIDH los Jueces están en obligación de ejercer “*una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”<sup>38</sup>, interpretación que no sólo incluye los tratados internacionales sino la interpretación que de ellos haga el correspondiente órgano, en este caso, la propia CoIDH.

El control de convencionalidad en ese sentido cuenta con varias características, entre las cuales se pueden resaltar: i) consiste en verificar la armonía entre las normas internas de un Estado y las Convención Americana de Derechos Humanos, ii) Es obligatoria para las autoridades públicas de los Estados, iii) la compatibilidad incluye no sólo la convención sino la interpretación por parte de la CoIDH, iv) el control debe realizarse ex officio por toda autoridad pública y v) ejecutar dicho control puede o no suprimir normas internas que sean contrarias a la CADH o a la interpretación de la CoIDH.

La misma Corte en desarrollo de este concepto amplió el control de convencionalidad a las disposiciones de otros tratados en materia de derechos humanos, e incluso a las opiniones consultivas, lo que significaría en últimas, dado que los Jueces están sometidos al imperio de la Ley, una adecuación gradual y progresiva de las normatividades internas de los Estados, para coincidir con las obligaciones pactadas por ellos en los diversos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

---

<sup>36</sup> Artículo 22.7 *Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.*

<sup>37</sup> Siendo la primera de ellas el Caso Almonacid Arellano Vs. Chile, en el cual precisó los elementos de dicho concepto, aunque anteriormente en votos del Juez Sergio García Ramírez había hecho alguna aproximación al concepto en el caso Myrna Mack y Tibi.

<sup>38</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (s.f) *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad*, pp.4.

En respuesta a esta obligación, la mayoría de Estados Latinoamericanos reformaron estructuralmente sus Constituciones Políticas, para establecer unos principios y garantías fundamentales, así como los derechos fundamentales de las personas, que no serían otros distintos a los derechos humanos contemplados en los varios instrumentos de derechos humanos emanados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y de otros instrumentos del Sistema Universal de Derechos Humanos.

Dado que la Convención Americana de Derechos Humanos contempla el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, así como lo hacen otros instrumentos internacionales, varios de los Estados Latinoamericanos consagraron dicho derecho con categoría constitucional, así como también consagraron la prevalencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos sobre el ordenamiento interno, en línea con los pronunciamientos de la CoIDH. Algunos ejemplos son el caso ecuatoriano<sup>39</sup>, venezolano<sup>40</sup>, hondureño<sup>41</sup>, guatemalteco<sup>42</sup> y salvadoreño<sup>43</sup>, entre otros.

Adicional a la pertenencia al sistema regional o no, pues no solamente las disposiciones dentro de este sistema han sido integradas a las Cartas Políticas latinoamericanas, puede derivarse del control de convencionalidad un reconocimiento internacional de ciertos principios y garantías que los Estados deben consolidar y garantizar a las personas dentro de sus territorios, y que no se encuentran fundamentados solamente en las obligaciones internacionales per se, sino en valores prevalentes e inherentes a los seres humanos. Es en ese sentido que la pertenencia o no a un sistema determinado y regional de derechos humanos resulta irrelevante, cuando quiera que lo que estos sistemas buscan es la protección de las personas, más allá de su origen, género, nacionalidad, raza, afiliación política o cualquiera otra categoría que pudiera servir de excusa para denegar derechos con base en formalidades derivadas de la suscripción de uno u otro instrumento jurídico.

---

<sup>39</sup> En la República de Ecuador se reconoce el derecho a migrar (Art. 40) en la Constitución Política, así como los derechos de asilo y refugio en los términos de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos suscritos por ese mismo Estado (Art. 41), en relación a los cuales hay una obligación del Estado para adecuar las normas del ordenamiento jurídico (Art. 84), así como la aplicación directa y sin restricción de principios pro ser humano (Art. 417), los cuales tienen prelación sobre otras normas jurídicas, inclusive si no están contempladas constitucionalmente pero resultan más favorables (Arts. 424 y 425).

<sup>40</sup> Sin distinción de cada una de las instituciones y sus implicaciones jurídicas, la República Bolivariana de Venezuela reconoce en su Constitución Política el derecho y garantía de asilo y refugio (Art. 69), así también consagra el goce efectivo de los derechos humanos de todas las personas, determinados en la misma Carta Política y en los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela.

<sup>41</sup> Honduras no es un Estado parte de las Convenciones sobre Asilo Territorial y Diplomático de Caracas de 1954, sin embargo ha ratificado los demás instrumentos internacionales en materia de refugio del Sistema Universal de Naciones Unidas, y ha incorporado en su Constitución Política el derecho de asilo en la forma y condiciones que fije el ordenamiento interno (Art. 101), sin diferenciarlo del derecho al refugio. Asimismo, con relación a los tratados internacionales, Honduras reconoce que propende por los principios y prácticas del derecho internacional que estén dirigidas a garantizar la solidaridad humana, entre otras (Art. 15).

<sup>42</sup> El Estado guatemalteco contempla constitucionalmente el derecho de asilo (Art. 27), en relación al cual fija su reconocimiento de acuerdo a lo que denomina “*prácticas internacionales*”.

<sup>43</sup> El Salvador reconoce en su Constitución Política que los tratados internacionales celebrados constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, y no pueden ser modificados o derogados por disposiciones inferiores, por lo que en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece lo dispuesto en el primero. Asimismo contempla el derecho de asilo (art. 28).

- **Adecuación normativa en el caso ecuatoriano y la Ley de Movilidad Humana**

El Estado del Ecuador en su Constitución Política (Art. 11 num. 3)<sup>44</sup> contempla la aplicación directa e inmediata de los de los derechos, cuando quiera se encuentren contemplados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, asimismo, señala la imposibilidad de restringirlos (Art. 11 num. 4)<sup>45</sup> y la progresividad en términos del pleno reconocimiento y ejercicio de derechos, considerando inconstitucional cualquier acción u omisión que “*disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos*” (Art. 11 num. 8)<sup>46</sup>.

En lo que atañe a las disposiciones en materia de movilidad humana, se reconoce el derecho a migrar (Art. 40)<sup>47</sup>, así como los derechos de asilo y refugio<sup>48</sup> de conformidad con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos (Art. 41)<sup>49</sup>, la protección especial para las personas que se encuentren en condición de asilados o refugiados, así como el principio de no devolución, y la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia para ellos, considerando la favorabilidad en términos de no sancionar el ingreso o permanencia irregular en tanto se trate de solicitantes de asilo o refugio.

La remisión directa a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en cuanto a los derechos de asilo y refugio, se encuentra soportada a su vez dentro de la Constitución

---

<sup>44</sup> Artículo 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

<sup>45</sup> Artículo 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

<sup>46</sup> Artículo 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

<sup>47</sup> Artículo 40. Se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria. (...)

<sup>48</sup> Que se reconocen a título individual y excepcionalmente también a colectivos.

<sup>49</sup> Artículo 41. Se reconocen los derechos de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las personas que se encuentren en condición de asilo o refugio gozarán de protección especial que garantice el pleno ejercicio de sus derechos. El Estado respetará y garantizará el principio de no devolución, además de la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia.

No se aplicará a las personas solicitantes de asilo o refugio sanciones penales por el hecho de su ingreso o de su permanencia en situación de irregularidad.

El Estado, de manera excepcional y cuando las circunstancias lo ameriten, reconocerá a un colectivo el estatuto de refugiado, de acuerdo con la ley.

Política ecuatoriana (Art. 84)<sup>50</sup>, en la que se dispone la obligación de adecuar formal y materialmente los instrumentos jurídicos que se prevean tanto en la Constitución como en los tratados internacionales, para la garantía de la dignidad del ser humano, a fin de evitar atentar contra derechos reconocidos en la Carta Política.

Asimismo, en cuanto a tratados internacionales que específicamente refieran a derechos humanos<sup>51</sup>, el Estado del Ecuador dispone la aplicación de los principios pro ser humano, no restricción de derechos, aplicabilidad directa y cláusula abierta (Art. 417)<sup>52</sup>. Inclusive, aun cuando la Constitución Política se establece como norma suprema, esta misma salvaguarda la aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estos reconozcan derechos más favorables a los dispuestos constitucionalmente, gozando estos de prevalencia sobre otras normas jurídicas (Arts. 424 y 425)<sup>53</sup>.

Así también, el Ecuador reconoce otras normas consideradas *soft law* en relación al derecho de asilo y/o refugio, que si bien corresponden a herramientas jurídicas que parten de la voluntad de los Estados y que en principio no tienen carácter vinculante, han servido de contrapeso para la inclusión de determinadas disposiciones en la normatividad interna

---

<sup>50</sup> Artículo 84. La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

<sup>51</sup> El Estado Ecuatoriano ha ratificado los siguientes tratados en materia de Derechos Humanos, que contemplan directa o indirectamente disposiciones relacionadas al refugio y/o asilo. Tratado sobre Derecho Penal Internacional, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Convención sobre Asilo Diplomático y Asilo Territorial de Caracas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de la Convención sobre el Estatuto de los refugiados, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Interamericana sobre Extradición, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Convención Americana de Asistencia Mutua en Materia Penal.

<sup>52</sup> Artículo 417. Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

<sup>53</sup> Artículo 424. La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público

Artículo 425. El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

porque adicionalmente representan valores y principios del *ius cogens*. Tal es el caso de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial de 1967, la Declaración sobre el Asilo Territorial adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Resolución 2312 de 1967, o la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, de 1984.

Dentro de su ordenamiento interno además se han proferido normas no constitucionales en relación al asilo y/o refugio, teniendo especial importancia el Decreto 1182 de 2012 por medio del cual se promulgó el Reglamento para la aplicación del derecho de Refugio, y se creó la Comisión para determinar tal condición. En esta norma no se hacía referencia alguna a la figura del asilo diplomático y aunque se equiparara el concepto de asilo territorial al refugio en términos de la Convención del Estatuto para los Refugiados y su Protocolo, la protección contemplada estaba determinada para las personas que se encontraran en territorio ecuatoriano.

Recientemente (febrero, 2017) el Estado Ecuatoriano promulgó la Ley Orgánica de Movilidad Humana, que representa uno de los marcos normativos en materia de derechos de las personas migrantes, en necesidad de protección internacional, víctimas de delitos de trata de personas o tráfico ilícito de migrantes, más progresivos en el ámbito regional y mundial, en la que se promueven principios como la ciudadanía universal, la libre movilidad humana, la prohibición de criminalización, el principio pro persona en materia de movilidad, entre otras.

La Ley Orgánica de Movilidad Humana del Ecuador en materia de refugio apropia nuevamente la definición de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo, ampliando además esta definición a los términos de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, para extender la protección a quienes huyen por causa de la violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que perturben gravemente el orden público. Adicionalmente reconoce el carácter declarativo de esta condición, y su naturaleza apolítica y humanitaria, con lo cual el reconocimiento de una persona como refugiada no parte de la determinación que haga el Estado como tal, tras el correspondiente proceso administrativo, sino a partir del momento en el que en dicha persona confluyan las circunstancias que especifica la Convención de Ginebra y su Protocolo.

En relación al asilo, esta norma apropia también los conceptos de las Convenciones de Caracas, estableciendo la posibilidad de otorgar asilo territorial a los extranjeros cuya vida, libertad o integridad personal se encuentre en peligro inminente por razones de persecución política de su país de origen o de otro Estado, así como también la posibilidad de otorgar dicha protección bajo los mismos parámetros, a los extranjeros que acudan a sus misiones diplomáticas u oficinas consulares, sin necesidad de exponer los motivos por los cuales otorga el asilo, y obligándose a solicitar salvoconducto para trasladar al asilado del territorio donde se encuentra, hasta el territorio ecuatoriano.

En conjunto con el desarrollo normativo venezolano<sup>54</sup>, la Ley Orgánica de Movilidad Humana del Ecuador es la única de su tipo que integra taxativamente todas las modalidades de asilo y refugio en su ordenamiento interno, de conformidad con los instrumentos internacionales a los que se ha obligado por medio de las correspondientes ratificaciones, estableciendo de sientto la aplicación de la norma más favorable para quienes buscan la correspondiente protección.

Los avances presentados con esta norma son significativos en materia de protección de los derechos de asilo y/o refugio a nivel mundial, contando en adelante con retos asociados a la reglamentación e implementación adecuada de la política pública de movilidad, que deben servir en cuanto progresivos, como modelo regional para la atención de la población asilada y/o refugiada.

---

<sup>54</sup> Que promulgó en 2001 la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas.

## CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS EN LA MATERIA SOMETIDA A CONSULTA

Teniendo en cuenta que el Estado ecuatoriano presenta preguntas puntuales en torno a la aplicabilidad o no de las disposiciones regionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en referencia al derecho de asilo, el Consejo Noruego para Refugiados presenta de manera sucinta su opinión frente a las cuestiones sometidas a consulta.

- ***Alcance del derecho de asilo o refugio***

El derecho de asilo y sus distintas variantes (territorial, diplomático, refugio), han sido consagrados en diversos instrumentos de derechos humanos de carácter internacional, bien sea universal o regional, a fin de proteger a personas perseguidas por motivos o delitos políticos, de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas por parte de un Estado<sup>55</sup>, que se encuentran en peligro de sufrir graves violaciones de derechos humanos por parte de otro Estado. La República del Ecuador, según el recuento que se hizo con anterioridad, es Estado parte de todos los tratados de derechos humanos que establecen el derecho de asilo y refugio, e inclusive a través del control de convencionalidad ha integrado a su sistema interno estos derechos con índole fundamental.

Esta situación, de conformidad con la Convención de Viena de 1969 en su artículo 29, pone de manifiesto su obligación de respetar y garantizar el derecho de asilo, en las condiciones que han sido pactadas a través de los diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos, y cuando quiera que estas sean divergentes, la aplicación de la norma más favorable. Esto teniendo en cuenta que la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados señala la obligatoriedad de las disposiciones contenidas en dichos instrumentos, para los Estados partes, salvo que conste disposición en contrario, como materialización del principio de *pacta sunt servanda*, según el cual el contrato es Ley para las partes.

El desarrollo del derecho de asilo y sus diversas variantes en el contexto latinoamericano (refugio, asilo territorial y asilo diplomático), no encuentran límite alguno para el Estado del Ecuador cuando se trate de proteger los derechos de la persona perseguida, pues al contrario, al haberse suscrito a las Convenciones de Caracas y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo, se obligó a cumplir cabalmente con las formas y modalidades en las cuales podría otorgarse este derecho a las personas solicitantes. No

---

<sup>55</sup> O inclusive, de acuerdo a la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, por motivos de violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

cumplir con estas obligaciones, inclusive al tener la oposición de un Estado requirente no miembro del Sistema Interamericano o tercer Estado frente a las Convenciones de Asilo Territorial y Diplomático, no cambian el deber de estricto cumplimiento que tiene a partir de la fecha de ratificación y entrada en vigencia de las obligaciones internacionales<sup>56</sup>.

La protección de las personas refugiadas y asiladas sólo es posible en el marco de compromisos internacionales<sup>57</sup> que demuestran la voluntad de garantizar los derechos de los seres humanos y tras la admisión de dichas personas en los países asilantes, inclusive sin que estos se encuentren suscritos a régimen normativo alguno. En ese sentido, el alcance del asilo y/o refugio es aquel que conlleve las condiciones más favorables para la persona perseguida, y que garantice materializar sus derechos más allá de las formalidades del derecho internacional<sup>58</sup>.

- ***El deber de calificación y deber de cooperación en materia judicial***

El desarrollo de las instituciones de asilo y refugio han pasado de determinar derechos del Estado para admitir o no a una persona que busca protección, a establecer en cabeza de las personas perseguidas el derecho a ser recibido, no devuelto y protegido por el Estado al cual solicita el reconocimiento de la condición de refugiado y/o asilado. Este derecho sin embargo, pese a ser un derecho humano de naturaleza declarativa, no opera sino con el cumplimiento de las circunstancias descritas bien sea en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo, o las Convenciones de Caracas sobre Asilo Diplomático o Territorial, según sea el caso<sup>59</sup>.

Dentro del ámbito regional latinoamericano, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Sistema Universal, las normas relacionadas a la protección de las personas

---

<sup>56</sup> Principios como el *pacta sunt servanda*, así como la suscripción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), permiten concluir que todos los instrumentos internacionales suscritos y ratificados en la forma como se estipula en sus correspondientes textos, generan obligaciones para las partes, así como el deber de cooperación para el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

De esta manera, la vinculación expresa a cierto sistema normativo es generadora de obligaciones internacionales, así como también lo es el deber de cooperación para el cumplimiento de estas obligaciones por parte de otros Estados cuando se trate de la protección de personas en situación de vulnerabilidad, inclusive pasando por alto las formalidades de ratificación o adhesión a ciertos instrumentos internacionales, bajo la aplicación de principios meramente humanitarios que garanticen la prevalencia de la sustancia sobre la forma para la progresividad material de los derechos humanos.

<sup>57</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014) *Opinión Consultiva OC-21/14 Solicitada por la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del 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*.

<sup>58</sup> Oliveira, Vanessa (s.f) Ob Cit. Pp. 8.

<sup>59</sup> Aunque como se expuso con anterioridad, en virtud de la armonización e integración que pretende hacerse del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con las normas del Sistema Universal, la mayoría de casos que puedan estar bajo las premisas de la Convención sobre Asilo Territorial de Caracas, pueden a su vez ser solicitudes contempladas también en el marco de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su protocolo, con extensión inclusive a las condiciones de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984.

perseguidas, a través de la institución del asilo o refugio, han establecido las condiciones que deben confluír para que opere la protección en favor de una persona. Aunque no todas ellas contienen terminología común, tampoco podría decirse que se contradicen mutuamente, pues en todas ellas hay varios puntos de acuerdo, relacionados a: i) El asilo y/o refugio como institución apolítica, humanitaria e inviolable, ii) el otorgamiento de la protección por parte de un Estado no puede ser motivo de reclamo por parte de otro, iii) la protección de estas instituciones puede otorgarse a cualquier persona sin distinción de nacionalidad, iv) un Estado no tiene obligación de conceder asilo, específicamente en los casos en que el solicitante ha realizado actos considerados como delitos comunes o atentatorios contra otro Estado o contra la humanidad.

En ese entendido, aunque una persona perseguida lo es con anterioridad a que un Estado reconozca tal situación (Bien a través de las Convenciones de Caracas de 1954 o bien a través de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo), la protección derivada del reconocimiento del receptor no puede darse sin que se haya surtido un debido proceso, siendo este la garantía del estudio de cada caso particular, en el entendido que existen unos supuestos en los cuales un Estado podría legítimamente perseguir a una persona, relacionados a los casos en que los sujetos hayan cometido delitos comunes y deban responder ante la justicia de su país o del Estado ante el cual hayan atentado.

En virtud de ello las obligaciones internacionales del Estado receptor no son todas en torno a la protección infundada de quien solicita su abrigo, pues con todo, el debido proceso en torno a las instituciones de refugio y/o asilo exigen un deber de calificación, consistente en estudiar la situación de cada solicitante, y no conceder asilo a quienes sean inculpados o procesados en forma ante tribunales ordinarios por delitos comunes, a responsables de crímenes internacionales, u otros. En estos casos, el deber de cooperación judicial en materia penal obligaría a denegar el asilo o refugio, salvo que en el caso específico la persecución judicial sea evidentemente una excusa para ocultar los intereses políticos de persecución de un Estado hacia el solicitante, o inclusive cuando concurren delitos ordinarios y delitos políticos, y de la concesión del asilo dependa la vida e integridad física del solicitante<sup>60</sup>.

El deber de calificación implícito en las obligaciones del Estado que otorga asilo y/o refugio, está fundamentado en el ideal de justicia que persigue otorgar la protección internacional, al menos en dos vías: i) para las personas perseguidas, porque significa proteger sus derechos humanos, que se verían afectados de no ser reconocidos bajo estas instituciones, y ii) para los Estados, que podrían ver afectado su poder soberano para perseguir a quienes han atentado contra bienes jurídicos legítimamente reconocidos.

En tanto no es comparable el poder ejercido por un Estado con la capacidad de una persona que se alude perseguida, para el Estado que recibe el solicitante hay una suposición inicial de que la persona ya se encuentra perseguida, pero se ignora si lo es por el hecho de la comisión de un delito<sup>61</sup>. En consecuencia, el Estado receptor tiene el

<sup>60</sup> Cuando quiera que la persecución pueda derivar en condenas que puedan enmarcarse en tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, o en los casos de países que mantienen en sus ordenamientos disposiciones en relación a la cadena perpetua o la pena de muerte.

<sup>61</sup> United Nation High Commissioner for Refugees (2002) Ob. Cit. pp.45.

deber de corroborar mediante el uso de su deber de calificación, si la persona se encuentra perseguida, y las razones por las cuales lo es<sup>62</sup>, pues en tanto lógicamente “no puede pedirse al perseguidor que sea objetivo en calificar, necesariamente el derecho de calificación incumbe al Estado que otorga el asilo.”

La calificación como derecho y deber del Estado receptor, garantiza el cumplimiento del debido proceso<sup>63</sup> y significa corroborar que en la persona solicitante de la protección internacional confluyan las características para ser acogida sin que con ello se lesionen los intereses legítimos de otros Estados. Para ello es fundamental, indistintamente si el Estado que persigue requiere a la persona o no, determinar también si existen excepciones para el otorgamiento del asilo y/o refugio, bajo las normas que sustenten dicha protección.

En consecuencia, bajo la Convención sobre Asilo Diplomático de 1954, sería ilícito conceder asilo a personas inculpadas o procesadas en forma ante tribunales ordinarios por delitos comunes, o a los desertores de fuerzas militares, salvo en los casos en los cuales el motivo del asilo revista carácter político. Bajo la Convención sobre Asilo Territorial de 1954 no procedería la protección cuando las personas hubieran cometido delitos comunes, salvo cuando los fines perseguidos hubiesen sido políticos, y bajo la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, no cabría protección contra aquellos que han cometido delitos contra la paz, delitos de guerra, delitos contra la humanidad, delitos comunes o actos contrarios a las finalidades y principios de las Naciones Unidas.

Así las cosas, el deber de calificación del Estado receptor, incluye bajo cualquier marco normativo corroborar las circunstancias por las cuales una persona solicita la protección aludiéndose perseguida, resultando un obstáculo evidentemente diferenciar cuando lo es por motivos políticos y cuando por delitos comunes, más aún en los casos en que se trata de persecución por delitos comunes cometidos con fines políticos. Este reto implica reunir argumentos razonablemente suficientes para sustraer o mantener a la persona perseguida fuera de la jurisdicción de otro Estado, demostrando por qué legítimamente está en la obligación de brindar la protección en el marco de sus responsabilidades internacionales.

Sin el lleno de estos supuestos y si se tratara de personas que no pueden ser protegidas bajo la institución del asilo y/o refugio, no sería legítima la protección del receptor por

---

<sup>62</sup> “En la figura del delito político, se entiende que se ha cometido un delito, o que en la mente de los perseguidores se considera que la persona perseguida ha cometido un delito, y como en el caso del perseguido político, que la persona ha sido identificada y singularizada. El caso del delito político también implica que la persona ha sido un agente activo, puesto que se considera que ha cometido un delito. (...) La figura del delito común conexo con el político implica que se ha cometido un delito de naturaleza común en el que prima un objetivo político. En cuanto a delitos comunes perseguidos con finalidad política, aunque el delito cometido sea común, su objetivo también es político. Lo que sucede en la mente de los perseguidores es fundamental, pues con razón o sin ella, puede determinar el futuro de las personas perseguidas. Puede decirse que la diferencia de terminología se debe esencialmente a lo que se entiende por político en cada tiempo histórico, y a las preocupaciones políticas imperantes. “

<sup>63</sup> Derecho que ha sido reiterado para los casos de solicitantes de asilo y/o refugio por parte de la H. ColDH. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013) Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Caso Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas.

resultar arbitraria y contraria a los valores y principios de la comunidad internacional. En consecuencia el deber de cooperación en materia judicial, obligaría a entregar la custodia del solicitante al país requirente, en aquellos casos donde este hubiera cometido un delito común, o de aquellos contemplados en los instrumentos internacionales en materia de asilo y/refugio.

- Obstaculización de un Estado a otro frente a la garantía del derecho de asilo y enfrentamiento de regímenes regionales

Para la mayoría de países latinoamericanos, según la forma en la que hayan incorporado a sus ordenamientos jurídicos internos los tratados internacionales en materia de asilo y refugio, se tienen obligaciones particulares para su cumplimiento, en virtud de lo dispuesto en la Convención de Viena.

En relación con los terceros Estados, que no sean parte de determinado tratado, la misma Convención señala en sus artículos 34 y 35 que sin que exista consentimiento del Tercer Estado, no pueden crearse obligaciones ni derechos en cabeza del mismo. Lo anterior, sin embargo, no es óbice para la inobservancia de disposiciones que puedan llegar a ser obligatorias para los Estados de conformidad con la costumbre internacional (Art. 38) y que puedan ser calificadas como *ius cogens*.

Inclusive, la misma existencia y pertenencia al Sistema de Naciones Unidas, con independencia de la adhesión o no a determinado régimen regional de Derechos Humanos, hace evidente que sin distinción de las obligaciones internacionales derivadas de un tratado, todos los Estados se encuentran comprometidos con la vigencia de los derechos humanos, y en ese sentido deben cooperar con la resolución de controversias en esta materia, incluyendo esto por supuesto, facilitar procedimientos contemplados dentro de las obligaciones internacionales de un determinado Estado, inclusive cuando se trate de procedimientos encaminados a proteger los derechos de personas sobre las cuales un Estado pudiera llegar a tener determinado interés, en reconocimiento del principio *pro homine*<sup>64</sup>, y de la favorabilidad y progresividad en la aplicación de los instrumentos de derechos humanos.

La H. CoIDH frente a estos enfrentamientos, ha señalado que “*Si a una misma situación le son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce*”. En ese sentido, el principio de favorabilidad va más allá de la existencia de regímenes regionales e inclusive teniendo en cuenta los avances progresivos que pueden

---

<sup>64</sup> Consagrado en artículo 29B de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que ha sido expresamente aplicado por la CoIDH, en Opinión Consultiva OC5/85 solicitada por el Estado de Costa Rica.

presentarse en unos y otros y que pueden beneficiar a las personas en necesidad de protección. De hecho, Jueces de la misma H. ColDH han manifestado que los derechos humanos no son solamente exigibles sino además progresivos y expansivos, razón por la cual frente a ellos debe tenerse una actitud interpretativa y “*considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencial de crecimiento (...)*”<sup>65</sup>.

El principio *pro homine* no solamente se encuentra integrado en la normatividad interamericana, pues inclusive la misma Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en su artículo 5, cuando señala los derechos que pueden ser otorgados a los refugiados con independencia de dicha Convención, accede a que sus disposiciones no pueden interpretarse menoscabando otros derechos y beneficios que puedan otorgar de manera independiente los Estados contratantes a los refugiados.

La multiplicidad de marcos normativos en materia de asilo y refugio ya ha sido evidenciada en la tradición latinoamericana, que ha constatado la necesidad de integrar armónicamente las disposiciones de protección en los sistemas universal y regional interamericano, como claramente se enunció en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados del año 1984, que en sus conclusiones y recomendaciones añadió frente a la coyuntura de entonces, que las soluciones duraderas solamente podrían encararse coordinando los distintos marcos jurídicos en relación al asilo y refugio. Así también, la H. ColDH ha recalcado que existe un propósito de integración del sistema regional con el universal<sup>66</sup>, y algunos de sus Jueces han manifestado también que “*En el ámbito del Sistema Interamericano, debe entenderse que sus principios y normas incorporan los del Sistema Universal y, por lo tanto, que los principios y normas del derecho de los refugiados de las Naciones Unidas forman parte también de dicho Sistema Interamericano*”<sup>67</sup>.

En tanto el problema principal vendría constituyéndolo el carácter voluntario que puede tener el cumplimiento de dichas declaraciones, en materia de derechos humanos y en particular en el caso de solicitantes de asilo y refugiados, la oposición de un Estado a la protección de una persona por parte de otro Estado no puede tener el alcance de contrariar principios como el de *non-refoulement*, más allá de las obligaciones suscritas a través de instrumentos internacionales, en tanto tratamos con normas de *ius cogens*, que obligarían al Estado receptor a ejercer su soberanía en su territorio o inclusive en “*cualquier otro supuesto en que estas personas estén sujetas a su jurisdicción*”<sup>68</sup>, como en los casos en los que se pretenda otorgar asilo diplomático.

---

<sup>65</sup> Opinión Consultiva OC4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Voto separado del Juez Rodolfo Piza Escalante.

<sup>66</sup> En Opinión Consultiva OC1/82 solicitada por el Perú, Otros Tratados: objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

<sup>67</sup> Piza, Rodolfo y Cisneros, Máximo (1982) “*Algunas ideas sobre la incorporación del Derecho de Asilo y Refugio al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*” en Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina. Universidad Autónoma de México, pp 110.

<sup>68</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2004), Ob. Cit. pp 51.

- **Desconocimiento de normas de *ius cogens* y consecuencias**

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) señala en su artículo 53 que es nulo todo tratado que se oponga a las normas del *ius cogens*, o normas imperativas del derecho internacional, definidas como “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

En ese sentido, a las normas del *ius cogens* ciertamente se las señala como parte del derecho consuetudinario, en la medida que se entienden como normas que protegen la dignidad de la persona humana, y que son la manifestación de los principios de la humanidad que deben ser protegidos por todo Estado.

Esta definición resulta controversial en varios sentidos, primero porque el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha construido sobre la base de acuerdos y obligaciones según la voluntad de los Estados, y en ese sentido tiene un enfoque legalista, y segundo porque pone de manifiesto la discusión sobre si existen en efecto algunas normas que resultan ser superiores a otras, inclusive sin estar consagradas en instrumentos internacionales de Derechos Humanos<sup>69</sup>.

Adicionalmente, la definición que encontramos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados presenta varias características que complejizan el proceso para determinar cuándo una norma tiene el carácter de *ius cogens* o no, porque requieren la aceptación generalizada de la comunidad internacional, la no aceptación de normas en contrario y la posibilidad de modificación solamente por normas ulteriores con el mismo carácter.

La diversidad de regímenes y marcos regionales para la protección de derechos humanos, así como la existencia de algunos Estados que aún no ratifican algunos instrumentos internacionales en esta materia, podría poner en evidencia que no es posible generalizar la opinión de la comunidad internacional. Sin embargo, esta misma situación, pone de presente que existen algunos consensos sobre los fines que se persiguen en materia de protección de la dignidad humana, y de las garantías y libertades fundamentales y que podrían abiertamente tener una interpretación como normas del *ius cogens*, como es en efecto el derecho al asilo y/o refugio, consagrado tanto el Sistema Interamericano como en el Universal, más allá de las distintas modalidades que estos presenten en uno u otro sistema. De hecho, la Carta de las Naciones Unidas puede solucionar esta controversia, si se tiene en cuenta lo dispuesto en Arts. 1.3, 55 a) y c) y 56, que consagra el deber de tomar medidas para el cumplimiento de los propósitos del Art. 55.

---

<sup>69</sup> Abello, Ricardo (2011). *Introducción al estudio de las normas de ius cogens en el seno de la Comisión de Derecho Internacional*. Universitas No. 123 julio-diciembre, pp. 75-104. Bogotá.

Los tratados como instrumentos jurídicos internacionales, normalmente disponen los órganos de control frente a controversias o incumplimientos de determinadas disposiciones, sin embargo, en la medida que las normas de *ius cogens* se entienden superiores a estos instrumentos, no hay procedimientos determinados u organismos facultados taxativamente para controlar su cumplimiento o reconocimiento. Sin embargo, la misma Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contempla un procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia en casos de que existan controversias relativas a la aplicación o a la interpretación en lo que respecta a las normas del *ius cogens*, con base en el cual podría someterse a consulta si una norma goza de tal carácter o no, para que en caso afirmativo ninguna formalidad alegada por un Estado pudiera servir de pretexto para oponerse a la protección de un derecho.

Para los Estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, puede resultar bastante claro que derechos como el asilo hacen parte del *ius cogens*, en la medida que se trata de un consenso entre la mayoría de países de la región, pero que además el más alto órgano de tratado en este sistema regional, en diversos pronunciamientos así lo ha manifestado. No así para el Sistema Europeo, aunque en relación al derecho al asilo pueda específicamente acudir a otros mecanismos, en aras no solo de determinar cuando estamos ante una norma del *ius cogens*, sino ante el desconocimiento de la obligatoriedad de dichas disposiciones.

El derecho al asilo comprende la protección de otros derechos de carácter fundamental, pues normalmente los solicitantes de asilo que logran ser calificados y acogidos como asilados, son personas cuya acogida significa la diferencia entre el goce de derechos como la libertad, la movilidad, la justicia e inclusive la vida. En ese sentido, muchos de los derechos que se logran proteger con la garantía de asilo, son prerrogativas contempladas en diversos instrumentos de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

En ese sentido, los mecanismos frente al desconocimiento del derecho de asilo como norma de *ius cogens*, que lógicamente incluiría a los países que no hacen parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, comprendería una gama de posibilidades que van desde la presentación del caso ante los distintos Comités, Cortes o cualesquiera que haya sido el órgano de control determinado señalado en cada tratado internacional, y de conformidad con el derecho especialmente vulnerado, en el caso que se quiera poner en conocimiento, hasta los mecanismos de protección del sistema universal de Derechos Humanos, a través del Consejo de Derechos Humanos, por medio del método de denuncias o inclusive, la presentación dentro del Examen Periódico Universal en el que se examina la situación en materia de derechos humanos en relación a los países miembros del sistema de Naciones Unidas.

## CONCLUSIONES

El asilo y sus distintas categorías, entre las cuales puede hallarse el asilo diplomático, territorial, y el refugio, son instituciones reconocidas como derechos humanos en varios instrumentos internacionales, que buscan la protección de los derechos de las personas que se encuentran fuera de su país de origen, y cuyas vidas se encuentran amenazadas con base a la persecución por motivos de raza, religión, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, de la cual son objeto en su país de nacionalidad<sup>70</sup>, o inclusive aquellas que huyen como consecuencia de la violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos u otras circunstancias.

Los Estados deben cumplir estrictamente las obligaciones pactadas en el marco de los tratados internacionales, especialmente si estas refieren al goce efectivo de los derechos humanos de personas en condición de vulnerabilidad y en necesidad de protección internacional, como es el caso de los refugiados o asilados.

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos persiguen fines específicos que buscan la protección de las personas, estableciendo para ello ciertas garantías inherentes a los seres humanos, partiendo de la base de la igualdad y dignidad de los mismos. Sin distingo de la proveniencia de estos instrumentos internacionales, así como de la ratificación de los mismos por parte de uno u otro Estado, los principios y garantías establecidos en ellos deben ser reconocidos como parte de normas superiores pertenecientes al *ius cogens*, por lo cual no pueden ser contrariados sobre la base de formalismos jurídicos.

Amén de lo anterior, ningún Estado, ni siquiera por encontrarse fuera de determinado marco de obligaciones por no ser parte de un tratado o sistema regional, debe obstaculizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de otro Estado, máxime si del cumplimiento de dichas obligaciones se espera la protección de una persona que solicita asilo y/o refugio.

La naturaleza de los sistemas regionales es la cooperación y solidaridad, en respeto de la autodeterminación de los pueblos, por esta razón, parte de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas incluyen mantener la paz, fomentar las relaciones de amistad en el respeto a la igualdad de derechos, la cooperación internacional y la armonización de esfuerzos para alcanzar propósitos comunes.

Ningún Estado puede considerarse apartado de principios inherentes a los seres humanos, pues de ello degeneraría la privación arbitraria de derechos fundamentales. Infortunadamente, los principios de cooperación, no intervención, así como el deber de mantener la paz y armonía, dificultan que en los sistemas regionales e inclusive universal

---

<sup>70</sup> O residencia, para el caso de los apátridas.

se disponga de herramientas coercitivas para el cumplimiento de estos propósitos y en virtud de ello se dependa en la mayoría de los casos de los actos de voluntad de los Estados.

No obstante lo anterior, dado que obtener el derecho de asilo o refugio significa para las personas el goce efectivo de otros derechos fundamentales, los casos de países que pueden estar fuera del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y que obstaculicen la garantía de estos derechos, pueden ser presentados ante organismos como la Corte Internacional de Justicia, el Consejo de Derechos Humanos, o también utilizarse el método de denuncias o presentación dentro del Examen Periódico Universal.

## BIBLIOGRAFÍA

Abello, Ricardo (2011). *Introducción al estudio de las normas de ius cogens en el seno de la Comisión de Derecho Internacional*. Vniversitas No. 123 julio-diciembre, pp. 75-104. Bogotá

Arlettaz Fernando (2016) *Naturaleza y alcance del asilo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Revista *Ius et Praxis* No. 1, pp. 187-226, Talca (Chile).

Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los Refugiados – ACNUR (2013) *Nota de Orientación Sobre los Acuerdos Bilaterales y/o Multilaterales Sobre el Traslado de Solicitantes de Asilo*. Recuperado el 27 de enero de 2017 de <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2013/9196>

Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los Refugiados – ACNUR (2010) *Operaciones de Interceptación Marítima y Tramitación de Solicitudes de Protección Internacional: normas jurídicas y consideraciones de políticas con respecto al procesamiento extraterritorial*. Recuperado el 27 de enero de 2017 de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9018>

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2004) *Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/22563.pdf> el 10 de febrero de 2017.

Constitución Política de Colombia (1991)

Constitución Política del Ecuador (2008)

Constitución Política de El Salvador (1983)

Constitución Política de Guatemala (1993)

Constitución Política de Honduras (2005)

Constitución Política de Panamá (2004)

Constitución Política de Venezuela (1999)

Corte Interamericana de Derechos Humanos (s.f) *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003) *Opinión Consultiva No. 18 relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) Sentencia de 1 de marzo de 2005. *Caso Caesar contra Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001) Sentencia de 31 de enero de 2001. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999) Sentencia de 18 de noviembre de 1999. *Caso Baena Ricardo y Otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013) Sentencia de 25 de noviembre de 2013. *Caso Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984) *Opinión Consultiva OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Voto separado del Juez Rodolfo Piza Escalante. Fallos y Opiniones*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1985) *Opinión Consultiva OC-5/85 Solicitada por el Estado de Costa Rica, La colegiación obligatoria de los periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Fallos y Opiniones.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014) *Opinión Consultiva OC-21/14 Solicitada por la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del 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.*

Gros, Espiell (1982) *El Derecho Internacional Americano sobre Asilo Territorial y Extradición en sus relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados en Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E No. 14, pp. 33-88.

Hungarian Helsinki Committee (2015) *The Refugee Law Reader.*

Norwegian Refugee Council. *NRC Annual Report 2015.* Recuperado de <https://www.nrc.no/globalassets/pdf/annual-reports/2015/nrc-annual-report-2015.pdf> el 05 de marzo de 2017.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Examen Periódico Universal – Segundo Ciclo 2012 – Ecuador. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal.* Recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/150/13/PDF/G1215013.pdf?OpenElement> el 05 de marzo de 2017.

Oliveira, Vanessa (s.f) *El Derecho de Asilo en el Marco del Sistema Interamericano.* Recuperado de [http://abacus.universidadeuropea.es/bitstream/handle/11268/3020/ASILO%20\(OLIVEIRA\).pdf?sequence=1](http://abacus.universidadeuropea.es/bitstream/handle/11268/3020/ASILO%20(OLIVEIRA).pdf?sequence=1) el 06 de marzo de 2017.

Organización de los Estados Americanos (1954) *Convención sobre Asilo Diplomático.*

Organización de los Estados Americanos (1954) *Convención sobre Asilo Territorial.*

Piza, Rodolfo y Cisneros, Máximo (1982) “*Algunas ideas sobre la incorporación del Derecho de Asilo y Refugio al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*” en *Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina*. Universidad Autónoma de México, pp 110.

United Nation High Commissioner for Refugees (s.f) *States parties to the 1951 Convention relating to the status of refugees and the 1967 protocol.* Recuperado de <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73b0d63.pdf> el 18 de febrero de 2017.

United Nation High Commissioner for Refugees (2002) *Compilación de Instrumentos Jurídicos regionales relativos a derechos humanos, refugio y asilo.* Recuperado de <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73b0d63.pdf> el 25 de marzo de 2017.

