

Universidad Centroamericana José Simeón Cañas

Apartado Postal (01) 168 - Teléfono 22106600, Fax 22106655. Boulevard Los Próceres - Antiguo Cuscatlán, La Libertad. El Salvador, C. A. www.uca.edu.sv

Antiguo Cuscatlán, 15 de marzo de 2017

Señor

Pablo Saavedra Alessandri

de septiembre de 1965.

Secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Presente.

En atención a su amable nota de fecha 22 de noviembre de 2016, a través de la cual brinda a este centro de estudios la distinción de opinar en la consulta efectuada por el Estado de Ecuador sobre "la institución del asilo en sus diversas formas y la legalidad de su reconocimiento como derecho humano de todas las personas conforme al principio de igualdad y no discriminación", a usted brindamos nuestras consideraciones en nuestra calidad de organización educativa de utilidad pública, con personalidad jurídica conferida por Acuerdo Ejecutivo, en el Ramo del Interior, número 1787, de fecha 6

Esperamos que los argumentos incluidos en la opinión realizada a través del Departamento de Ciencias Jurídicas de esta Universidad, sean de utilidad para el sistema interamericano de derechos humanos.

Agradecemos, sinceramente, la apertura de la Corte al convocarnos para participar a través de este espacio.

Atte.

Padre Andreu Oliva de la Esperanza,

Rector

Universidad Centroamericana José Simeón Cañas

El Salvador.

ASILO Y REFUGIO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Roberto Rodríguez Meléndez

Otilio Miranda S. J.

I. Introducción: una petición de opinión consultiva a la Corte IDH

El 15 de agosto de 2016, el Gobierno del Ecuador, a través de su Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana presentó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva relativa, según la denominación establecida por dicho gobierno como "Alcance y fin del Derecho de Asilo a la luz del Derecho Internacional de los derechos humanos, del Derecho interamericano y del Derecho Internacional".

El gobierno del Ecuador, define un amplio desarrollo de los conceptos relacionados con esta petición, en lo que se refiere a su propia legislación constitucional, a la tradición del derecho de asilo diplomático en América Latina, y las precisiones e interpretaciones que se considera, pueden ser parte de un marco común de interpretación de los alcances de la normativa sobre la que se sustenta y se requiere la opinión consultiva de la Corte Interamericana.

Las interrogantes planteadas por el Gobierno del Ecuador son las siguientes:

- A) Teniendo en cuenta especialmente los principios de igualdad y no discriminación por razones de cualquier condición social previstos en los arts. 2.1 , 5 y 26 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, el principio *prohomine* y la obligación de respetar todos los derechos humanos de todas las personas en toda circunstancia y sin distinciones desfavorables, así como en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, el artículo 29 de la Convención Americana de Derecho Humanos y los artículos 28 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿cabe que un Estado, grupo o individuo realice actos o adopte una conducta que en la práctica significa el desconocimiento en las disposiciones establecidas en los instrumentos de derechos humanos antes mencionados, incluyendo el artículo 5 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de manera que se atribuya a los artículos 22.7 y XXVII de la Convención Americana y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, respectivamente, un contenido restringido en cuanto a la forma o modalidad del asilo, y cuales consecuencias jurídicas deberían producirse sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona afectada por dicha interpretación regresiva?
- B) ¿Cabe que un Estado, ajeno a determinada convención sobre asilo, obstaculice, impida o limite la acción de otro Estado, que si es parte en dicha Convención de manera que no pueda cumplir con las obligaciones y compromisos contraídos en virtud de dicho instrumento, y cuáles deberían ser las consecuencias jurídicas de dicha conducta para la persona que se encuentra asilada?



- C) ¿Cabe que un Estado, ajeno a determinada convención sobre el asilo, o que pertenezca a un régimen jurídico regional distinto de aquel en base al cual se concedió el asilo, entregue a quien goza del estatuto de asilado o refugiado al agente de persecución, violando en principio de no devolución, argumentando que la persona asilado pierde esta condición por encontrarse en un país extraño a dicho régimen jurídico a ejercer su derecho de libre movilidad humana y cuáles deberían ser las consecuencias jurídicas derivadas de dicha conducta sobre el derecho de asilo y los derechos humanos de la persona asilada?
- D) ¿Cabe que un Estado adopte una conducta que en la práctica límite, disminuya o menoscabe cualquier forma de asilo, argumentando para ello que no confiere validez a ciertos enunciados de valor ético y jurídico como son las leyes de la humanidad, los dictados de la conciencia pública y la moral universal, y cuáles deberían de ser las consecuencias de orden jurídico que se desprenderían del desconocimiento de dichos enunciados?
- E) ¿Cabe que un Estado deniegue asilo a una persona que solicita dicha protección en una de sus sedes diplomáticas aduciendo que otorgarla seria otorgar mal uso a los locales que ocupa la embajada, o que concederlo de esta forma sería extender indebidamente las inmunidades diplomáticas a una persona sin estatus diplomático, y cuáles deberían ser las consecuencias de orden jurídico de dichos argumentos sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona afectada, teniendo en cuenta que podría tratarse de una víctima de persecución política o de actos de discriminación?
- F) ¿Cabe que el Estado asilante deniegue una solicitud de asilo o refugio, o revoque el estatuto concedido como consecuencia de la formulación de denuncias o del inicio de un proceso legal contra dicha persona, habiendo indicios claros de que dichas denuncias tienen un móvil político y que su entrega podría dar lugar a una cadena de sucesos que terminaría causando graves daños al sujeto, es decir, la pena capital, cadena perpetua, tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, a la persona reclamada?
- G) ...¿Cabe que el Estado que ha sido objeto de resolución o dictamen de un mecanismo multilateral perteneciente al Sistema de Naciones Unidas, mediante la cual se le atribuye responsabilidad en la violación de los derechos de una persona asilada o refugiada, consagrados en los artículos 5, 7 y 8 de la Convención Americana y de los artículos 7, 9, 10 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, solicite cooperación judicial en materia penal al Estado asilante sin tener en cuenta el mencionado dictamen ni su responsabilidad en el menoscabo de los derechos de la persona asilada?

Como se puede observar las interrogantes formuladas por el gobierno de Ecuador, cada una de ellas posee un alto grado de complejidad que podría quizá haberse reducido, si los supuestos que rodean la presente solicitud no estuviesen vinculados al seguimiento de un caso específico. Pareciera ser, que el gobierno del Ecuador considera importante un pronunciamiento por parte del Sistema Interamericano, desde el nivel jurisdiccional no-contencioso a fin de obtener una valoración y resolución que ampare una situación concreta y específica que se convierte necesariamente en el antecedente fáctico de esta

petición y que no es mencionada por dicho Estado, pero que para fines de la comprensión del caso es necesario describir brevemente, a continuación.

Igualmente, antes de entrar en el fondo de la petición, relacionada al asilo y refugio, merece detenerse como *amicuscuriae* en la función consultiva de la Corte y su delimitación teórico-aplicativa, previo al análisis de fondos.

II. El entorno que define las interrogantes del caso (...cualquier parecido es pura casualidad)

En el año 2012, se inició lo que podría denominarse como una especie de "crisis diplomática" entre el Reino Unido y Ecuador por el motivo de la protección de Julian Assange, creador del sitio web WikiLeaks, en tanto que Ecuador brindó amparo a dicha persona en su sede diplomática -Embajada de Ecuador en Londres-, en el momento en que dicha persona se encontraba bajo arresto domiciliario en Londres y pendiente de ser extraditado a Suecia, donde el Ministerio Público o Fiscal de dicho país, deseaba interrogarle en relación a cuatro cargos de agresión sexual. Hechos al parecer sucedidos en 2010¹.

Julian Assange habría solicitado asilo diplomático en la embajada de Ecuador en Londres en el mes de junio de 2012, petición que fue resuelta en Agosto también del mismo año, luego de haberse decretado una medida de detención domiciliar a Julian Assange por parte de autoridades inglesas, a solicitud de la justicia sueca. En ese período, supuestamente el gobierno inglés, habría amenazado a la embajada de Ecuador de utilizar la fuerza dentro de su sede diplomática en el caso de que Assange no fuera puesto a disposición de las autoridades inglesas². También se señaló en su momento que Gran Bretaña no reconoce el Asilo Diplomático, por lo que para dicho país seguiría latente la obligación de extraditar a dicha persona en el momento en que dejase el espacio físico territorial de la embajada de Ecuador.

A la fecha Julian Assange, sigue viviendo en el espacio territorial de la embajada de Ecuador en Londres, dada las ordenes de captura internacional existentes en su contra.

Igualmente, en un caso similar que involucra también al Estado del Ecuador, se planteó el caso de Alexander Barankov, un ex-militar, que huyó de Bielorrusia y que se domicilió en Ecuador, recibiendo la condición de refugiado, pero dicha calidad fue revocada en su momento por parte del Gobierno de Ecuador, comparándose con la situación de asilo de Assange.

Según informaciones periodísticas, durante su estadía en Ecuador, Barankov fue inicialmente considerado como un refugiado político, pero su estatus no fue renovado, por lo que su caso fue sometido al sistema judicial ecuatoriano, a efecto de determinar si se confirmaba o no su extradición a su país de origen. Finalmente, el sistema de justicia ecuatoriano consideró que las condiciones de refugio político estaban bien establecidas por lo que se denegó su extradición.

En algún momento ambos casos han sido comparados en la prensa nacional e internacional identificando las contradicciones que pudieran rodear no solo el otorgamiento, sino el cese de la condición de asilado o refugiado, así como el rol que juegan los sistemas de administración de justicia,

²PeriódicoEL País. Reino Unido amenaza con detener a Assange en la embajada de Ecuador. 16-08-2012



¹Elola, Joseba (El País). La fiscalía sueca presenta cuatro cargos de agresión sexual. El País 8-12-2010.

especialmente, en casos en que las personas asiladas o refugiadas pueden estar siendo procesadas o investigadas por hechos delictivos comunes³.

Como se podrá apreciar las interrogantes formuladas como opinión consultiva por parte del Gobierno del Ecuador a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, están relacionadas con procesos que han generado decisiones judiciales al interior de dicho país, así como momentos de tensión o crisis diplomática entre dicho gobierno y otros países ajenos al espacio interamericano.

III.- La competencia consultiva ante el sistema interamericano en este contexto.

La competencia consultiva de la Corte posee un sólido recorrido desde su primera decisión en 1982. Es una competencia ampliamente utilizada y que en el camino ha venido definiendo los rasgos propios de este proceso e instrumento del Sistema Interamericano, a través de ese amplio andamiaje.

Una vez, planteado el contexto del caso en estudio, no es alejado decir que es un entorno muy cercano a procesos que podrían llevar a la politización de la justicia interamericana o a la búsqueda de la judicialización de la política o de las crisis políticas, que coyunturalmente, sacuden a los países latinoamericanos.

Tomando en cuenta el contexto, vamos a analizar algunos elementos de la configuración de la competencia consultiva que pueden ser analizados por la Corte a efecto de delimitar o configurar las interrogantes o la propia opinión y por ello, dejaremos por fuera otros elementos definidores de la competencia consultiva, que si bien son importantes, pero ya han sido tratados y desarrollados por la doctrina y los propios fallos de la Corte, que consideramos no poseen una relación directa con esta petición⁴.

a)Un primer punto, que relaciona contexto y delimitación de la opinión consultiva está ligado a la función propia de esta última, en tanto que la misma es eminentemente jurídica, por lo que el tribunal no está llamado a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de normas internacionales de Derechos Humanos. O al menos hasta la fecha esa ha sido la constante que configura el sentido de una opinión consultiva.

Lo anterior es relevante, en tanto que como se puede observar, algunas de las interrogantes planteadas por el gobierno de Ecuador, prácticamente, más que buscar la interpretación de una norma de un tratado internacional, pareciera que busca una respuesta ante una situación de hecho, que debido al contexto, no es hipotética, sino justamente, una situación dada o planteada.

Así las interrogantes compartidas en los literales, por ejemplo B, C y F, por poner algunos ejemplos, más que buscar desentrañar el sentido interpretativo de una disposición, buscan analizar la posición de un

³ Blogs RTVE. El quiosco digital. Fernández, Alberto; Bielorrusia y el efecto Boomerang del caso Assange en Ecuador. 20-08'2012

⁴ Al respecto, y de forma general por ejemplo puede verse sobre el desarrollo y configuración de la competencia consultiva de la CorteIDH: Salvioli, Favián (2004) La Competencia Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Marco legal y desarrollo jurisprudencial. Disponible en: http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/la-competencia-consultiva-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-marco-legal-y-desarrollo--2.pdf

Estado ante una determinada condición fáctica, y por ende coloca ante una situación límite a la Corte Interamericana de DDHH que podría o bien reconfigurar la interrogante -si es que ello es posible- o considerar que la misma, excede el mandato o competencia consultiva.

De nuestra parte, consideramos que, a efecto de que la Corte pueda generar un análisis de las interrogantes planteadas, al menos se requerirá, una revisión profunda y reformulación de algunas de ellas:

b)En consonancia con lo antes mencionado, es indudable que tal como está definida la competencia consultiva, ésta "no puede ser puesta en marcha por la Corte Interamericana, es decir, el Tribunal no posee la capacidad para iniciar de oficio un trámite consultivo. No obstante ello, una vez iniciada una solicitud por quienes poseen legitimación activa para hacerlo conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte tiene amplias facultades para ordenar y conocer de la misma. Por supuesto, el ejercicio de dichas atribuciones por parte de la Corte no es ilimitado; el Tribunal no debe finalizar respondiendo consultas que no le fueron formuladas"⁵.

A partir de lo antes expresado, puede colegirse que la Corte puede de *motu proprio* reformular las interrogantes formuladas con la finalidad de aclarar los alcances de la función consultiva y delimitar de mejor manera las normas sobre cuya base se ha formulado la opinión.

En este sentido, podemos mencionar que algunas de las interrogantes planteadas por el Gobierno de Ecuador, muestran un sustrato jurídico sumamente abstracto y difuso, cuya respuesta, sin reorientar o definir de manera más concreta hacia las normas de las que se solicita precisar el alcance, harían difícil su conocimiento por parte de la Corte. Este es claramente, el problema representado por la interrogante que hemos ubicado bajo el literal "D" en este breve análisis de la solicitud de la opinión consultiva formulada por el gobierno del Ecuador.

c) Otro elemento que debe considerar la Corte Interamericana y que posee una estrecha relación con los casos que han motivado al gobierno del Ecuador al planteamiento de esta opinión consultiva, se corresponde a lo que ha sido denominado como "pertenencia institucional", es decir, que "la Corte no puede determinar el alcance de las obligaciones internacionales asumidas en materia de derechos humanos por Estados que no sean miembros del Sistema Interamericano, o a interpretar las normas que regulan la estructura o el funcionamiento de órganos u organismos, ajenos al mismo".

Luego de analizar las interrogantes formuladas por el Estado ecuatoriano, lo que hemos podido identificar es que la descripción de las interrogantes aborda en buena medida múltiples secuencias o momentos del conflicto diplomático surgido entre Ecuador y Gran Bretaña, a raíz del otorgamiento del asilo diplomático a Julian Assange.

¿Qué puede hacer una Corte, a la cual solicitan pronunciarse sobre los alcances de disposiciones normativas de derechos humanos, pero que en las diversas interrogantes formuladas le invitan a la toma de posición frente un caso concreto, en el cual, uno de los Estados no forma parte del Sistema Interamericano?

D

⁵Salvioli.

⁶Idem.

Consideramos que la Corte Interamericana en este ámbito posee diversas posibilidades, que van desde el rechazo a pronunciarse total o parcialmente a lo solicitado en la opinión consultiva, o lo que identificamos como una postura más constructiva: la necesidad de reformular las interrogantes indicando que su opinión, solo debe ser entendida para Estados que son parte del Sistema Interamericano.

En otras palabras, por ejemplo, las interrogantes formuladas de forma abierta por el Estado Ecuatoriano y en las que se lee "Cabe que un Estado adopte...", podrían reformularse en el entendido que se dirijan justamente hacia la institucionalidad bajo su competencia: "Cabe que un Estado, que es parte del sistema jurídico y legal amparado bajo la Convención Americana de DDHH y en general al Sistema Interamericano, pueda..."

Con una reformulación en el sentido antes mencionado, por una parte la Corte Interamericana, alejaría cualquier pretensión de tratar que la competencia consultiva puede ser utilizada para dar cobijo más que a la aclaración de los alcances de una disposición de derechos humanos, a la posibilidad de utilizar a la Corte y sus resoluciones, en un conflicto diplomático, que no ha sido buscado y donde se pueda pretender solo un espaldarazo del sistema interamericano a una postura de un estado en un conflicto.

Ello no implica, que la Corte tenga que abstenerse de interpretar un tratado que se haya celebrado fuera del Sistema Interamericano, o del cual sean parte en el mismo algún o varios Estados que no sean miembros de la OEA; en este sentido, basta que el instrumento jurídico concierna a la protección de los derechos humanos en al menos un Estado americano para que la Corte Interamericana pueda interpretarlo en función consultiva.

d) Finalmente, un elemento que la Corte no debe de dejar fuera de consideración es la relación que las peticiones pudiesen tener en lo que respecta en un futuro cercano al uso de la competencia contenciosa.

Por la forma en que las interrogantes han sido formuladas y su cercanía con supuestos fácticos preexistentes, la posibilidad que pudiera existir un planteamiento del uso de la jurisdicción contenciosa de la Corte, es una consideración que debe ser analizada. En este sentido, la Corte debe valorar si debido a dicha situación, algunas de las interrogantes formuladas, especialmente, aquellas que parecieran tratar de obtener una respuesta a una situación concreta dada, deberían ser reestructuradas o excluidas de la opinión a efecto de evitar disminuir toda acción que pudiera menoscabar los derechos de las víctimas.

Ahora bien, resulta necesario apuntar aquí, que la Corte Interamericana ha prácticamente formulado un principio bajo el cual ha tratado de responder a las solicitudes formuladas en lo que se refiere a la competencia consultiva. Sin embargo, es de nuestro parecer que tanto por los elementos fácticos que están presentes en buena parte de las interrogantes -sino en todas- y que se orientan a la búsqueda de un acompañamiento o reforzamiento de una posición como país frente a situaciones que han generado crisis diplomáticas entre Estados, así como por el alto grado de abstracción de algunas de las interrogantes planteadas, también es factible y sería del todo razonable, que la Corte, excepcionalmente, pudiera no responder a algunas interrogantes definidos dentro de esta solicitud de opinión consultiva.

IV. Precedentes en la jurisdicción internacional relacionados con América Latina

En el amplio desarrollo interpretativo que precede a las interrogantes formuladas por el gobierno de Ecuador, se echa de menos que pudiera haberse efectuado alguna relación a uno de los casos que pudieran brindar elementos adicionales a los casos de asilo diplomático.

Nos referimos aquí, al caso resuelto por la Corte de Justicia de La Haya en 1950, y que luego de más de 60 años de dicho precedente internacional, es factible considerar que el mencionado antecedente merece ser revisado, dado que su indudable relación con el caso planteado por Ecuador, en tanto que no solo posee similitudes, sino también elementos fácticos y normativos que ameritan su revisión y análisis y por ello nos detendremos brevemente en dicho caso.

El caso Haya de la Torre como es usualmente conocido, fue un caso llevado ante la Corte Internacional de Justicia por los gobiernos de Perú y Colombia, habiendo obtenido resolución en 1950.

El caso analiza supuestos que se plantean en relación cercana a la opinión consultiva planteada por Ecuador, un caso de asilo diplomático, solicitado por Víctor Raúl Haya de la Torre, quien en ese momento formaba parte de la dirección de un partido político en el Perú, habiendo sido acusado como responsable de liderar una rebelión militar. Ante la orden de comparecer ante tribunales nacionales por la acusación antes mencionada, Haya de la Torre solicitó asilo diplomático en la embajada de Colombia en Lima en enero de 1949. Ese mismo año, el gobierno de Colombia confirma la concesión de asilo a Haya de la Torre, solicitando además, que se expidiera un salvoconducto, para que el asilado pudiera abandonar el Perú. El gobierno peruano, por su parte, se negó a reconocer la calidad de asilado, a Haya de la Torre negando además la concesión del salvoconducto solicitado. Luego de un intercambio de correspondencia diplomática, ambos Estados acuerdan someter la resolución del caso al Tribunal Internacional de Justicia de La Haya.

Este precedente en lo que se refiere a la situación en el derecho americano del derecho de asilo o refugio utilizando una sede física diplomática de un Estado, la Corte Internacional concluyó que si bien entre los países del hemisferio existía una costumbre de solicitar un salvoconducto en estos casos, dicha práctica no entrañaba obligación alguna para el Estado en el que se encuentra la sede diplomática. También la Corte señaló que la acusación de Haya de la Torre, era por un delito político, no por un delito común.

En la década de los 50 la Corte Internacional de Justicia concluyó que la concesión del Asilo, no se ajustaba a lo establecido en el párrafo 2 artículo 2 de la Convención de La Habana sobre Asilo de 1928. El fallo en todo caso no solo generó discrepancias en cuando a su ejecución, sino que mantuvo a los Estados en una relativa situación de indeterminación respecto de las consecuencias del fallo

Lo que cabe preguntarse tomando en cuenta lo planteado en este precedente, es si el derecho interamericano ha evolucionado de tal forma que tal precedente pudiera actualmente considerarse como superado o no, existiendo ya, no solo una normativa de desarrollo novedosa al respecto, sino una interpretación sistemática y consistente que pudiera considerarse como un fundamento sustancial a la hora de generar un giro jurisprudencial a los fundamentos que sustentan este fallo.

A ello nos referiremos a continuación.



V. Asilo y refugio en la Convención Americana

Sería prácticamente difícil realizar algún nivel de análisis en el espacio de estas líneas a los derechos de asilo y refugio, sino lo delimitamos. Un primer problema de abordaje es que usualmente en el derecho internacional de los derechos humanos nos encontramos con dos figuras cuyas líneas fronterizas han venido borrándose con el paso de los años, nos referimos a la idea de *refugio* versus el concepto de. *asilo*

De ambos, no debe quedar duda, el instrumento que históricamente fue desarrollado en el seno latinoamericano con más ahínco, fue el derecho de asilo, desde 1889, a través del denominado Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo. Este tratado fue luego revisado en el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, celebrado también en la ciudad de Montevideo en 1939, que aprobó el Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos.

En el caso particular sobre asilo diplomático, se suscribieron tres convenciones latinoamericanas: la primera fue la Convención sobre Asilo de La Habana, 1928, aprobada en la Sexta Conferencia Internacional Americana, luego le siguieron la Convención sobre Asilo Político de Montevideo, de 1933, aprobada en la Séptima Conferencia Internacional Americana, y la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas, de 1954, aprobada en la Décima Conferencia Internacional Americana. Con estos tratados se suele decir que se cerró la etapa de positivización del asilo latinoamericano en su versión de derecho clásico interestatal, en tanto que el posterior desarrollo del asilo tendrá ya un marco o contexto basado en el enfoque de derechos humanos, dentro de su desarrollo en el Sistema Interamericano.

Sin embargo, la realidad latinoamericana en la que se desarrolló la figura del asilo, cambiaría: podríamos decir que hubo un giro que va de las peticiones individuales de asilo a los grandes y masificados desplazamientos humanos que se fueron desarrollando en diversos espacios de América Latina, quizá especialmente, uno muy cercano a los involucrados en estas líneas, especialmente en la década de los 80: Centroamérica.

La misma Comisión Interamericana ya en 1965 señalaba este fenómeno, indicando la ausencia de instrumentos para abordar y tratar esta realidad. Ello llevó incluso al Sistema Interamericano a considerar la elaboración de un Proyecto de Convención sobre Refugio, el cual nunca llegó a adoptarse, pero si dio paso a que los Estados fuesen suscribiendo la Convención de 1951 y su Protocolo.

En ese momento se fueron detectado algunos problemas existentes en la protección de asilados y refugiados, a saber: a) el hecho de que en el asilo se enfatizan los derechos y la discrecionalidad de los Estados en detrimento de los derechos de las personas que necesitan protección internacional; b) la aplicación del derecho de asilo deforma elitista, favoreciendo a personalidades conocidas en el ámbito político y, consecuentemente, perjudicando a personas anónimas que también necesitaban justificadamente protección internacional; y c) que el Sistema Interamericano de asilo no había elaborado normas de tratamiento que delimitaran el contenido de los derechos de las personas que se consideraban asiladas.

De alguna manera, se fue construyendo una visión diferenciada de estas instituciones jurídicas: "refugio" referido al sistema universal de protección, en tanto que el "asilo" sería representativo del

sistema latinoamericano de asilo diplomático y territorial, siendo el primero más orientado a la protección de grupos o poblaciones y el segundo a la protección de individuos

Sin embargo, cada vez se escuchan más voces que consideran que esta dualidad se encuentra en crisis permanente, y que dentro de las causas de la confusión terminológica que sustenta una posición dualista podemos encontrar:

- 1. La consideración del fenómeno del asilo latinoamericano como un fenómeno autónomo.
- 2. El uso terminológico indistinto que se hace de "asilo" y "refugio" en la normativa latinoamericana sobre asilo territorial y asilo diplomático.
- El desprestigio creciente de la práctica del asilo latinoamericano por concesiones que favorecen la impunidad, y la consiguiente percepción de la necesidad de separarla o diferenciarla del Sistema Universal.
- 4. La conveniencia de políticas oficiales de mantener un régimen discrecional de concesión del asilo, entre otras⁷.

Sumado a lo antes expresado, también debemos destacar que el derecho de asilo, en su modalidad de asilo diplomático ha tenido poca receptividad en los estados europeos y ciertamente, menos aún en países de tradición anglosajona.

En todo caso, lo que no podemos negar es que en América Latina asilo y refugio sin duda han respondido a realidades diferenciadas. Hoy, el asilo constituye un derecho netamente interestatal, destinado a arreglar las cuestiones que pudieran suscitarse entre el Estado que otorga el asilo, de conformidad con su normativa interna o con base en la costumbre internacional, y aquel que persigue al asilado. La segunda reconoce derechos individuales y presenta además la ventaja de contemplar la organización de la protección y la asistencia internacional a través de una agencia especializada de Naciones Unidas para atender las necesidades originadas en el hecho, muchas veces imprevisible e incontenible, de los flujos de refugiados⁸.

Pero un análisis exhaustivo relacionado al asilo y refugio en el mundo contemporáneo, excede por mucho el alcance y delimitación de las presentes líneas. Por ello, deberemos de acotar nuestro análisis a un marco normativo y analítico más específico: los contenidos propios de la Convención Americana de DDHH. En este sentido el gobierno del Ecuador ha planteado lo que creeríamos es un amplio marco normativo sujeto a interpretación. Tomando en cuenta la necesidad de acotar este breve aporte en calidad de *amicuscuriae* y centrarnos en el Sistema Interamericano, por lo que nuestra propuesta será analizar con mayor detenimiento los alcances ligados a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, y específicamente, el art. 22de dicha Convención.

Este amplio artículo conformado por nueve incisos o apartados, dispone un eje específico que le da sentido: el derecho de circulación y residencia. Al respecto, se ha señalado que los contenidos del artículo pueden ser subdivididos a su vez en cuatro categorías, siendo una de ellas, la que está relacionada con el derecho a buscar y recibir asilo, definido en el 22(7) de la Convención.

⁷ Franco, Leonardo. El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo "asilo-refugio" a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Editorama, San José, 2004, p. 41.



D

Señala este apartado del artículo en referencia, "... 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..."

Es indudable que el derecho de asilo ha supuesto un desarrollo importante, especialmente, en el contexto latinoamericano a partir de los años 60, sobre todo en los contextos de inestabilidad política, marcados por el ascenso y apogeo de las dictaduras militares en buena parte de América Latina, generando toda una serie de solicitudes en sedes diplomáticas de diversas personas que, ante el riesgo que corrían sus vidas, buscaron en las sedes diplomáticas de Estados soberanos un mecanismo para escapar de la violencia política y quizá del riesgo a su propia integridad y vida.

Ahora bien, en buena parte de los textos normativos de las Américas de la primera mitad del siglo XX, como la Convención de La Habana de 1928, la de Montevideo de 1933 y la de Caracas de 1954, se hace referencia al asilo por razones políticas, aunque más como una potestad del Estado que como un derecho de la persona perseguida⁹, hasta su reconocimiento expreso en 1948, a través de las Declaraciones Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Universal de Derechos Humanos.

Sin duda, hoy, como hemos mencionado, para otorgar protección a refugiados o asilados, se han presentado diversos problemas, entre ellos la confusión terminológica de asilo y refugio: así en algunos instrumentos interamericanos como en la Declaración de Tlatelolco definen el asilo y el refugio como sinónimos "ambos se refieren a lo mismo, porque ambos extienden protección a extranjeros que lo ameriten" (Tlatelolco, 1999), sin embargo, el texto de tal Declaración no es claro en explicar por qué son sinónimos; hay autores que consideran que son distintas las figuras de asilo y refugio y que dicha confusión ayuda a la inequidad, colocando diferencias y otorgamientos elitistas en la protección. La dualidad de significados entre asilo y refugio, se puede prestar a la discriminación. Podría decirse que hoy la visión más aceptada es que como antes hemos aludido con el término de refugio se hace referencia al sistema Universal de Derechos de Refugiados, mientras que el término asilo se refiere al sistema de protección Latinoamericano de asilo diplomático y territorial siendo éste último ofrecido a personalidades políticas, mientras que a las personas que solicitan refugio y no tienen reconocimiento o no son personalidades, muchas veces se les niega la protección a pesar de que la necesitan. Esto se debe principalmente a que los textos que fundamentan y reconocen el derecho de asilo a nivel internacional han utilizado indistintamente los términos contribuyendo a que se reconozcan como figuras distintas, y las brechas en cuanto a protección sean grandes entre sí¹⁰.

En este sentido la importancia que podemos identificar en la solicitud de opinión consultiva sobre el asilo presentada por el gobierno del Ecuador, la vemos más que relacionada con las interrogantes planteadas, con la necesidad y posibilidad de que, el Sistema Interamericano se pronuncie en lo que respecta a la estandarización de los elementos que conforman el derecho de asilo y refugio, facilitando de esa manera la simbiosis entre el sistema universal y el interamericano. Lamentablemente, dentro de las diversas interrogantes formuladas, dicha problemática no se presenta o no es abordada, al menos de manera expresa. Y ello si es un problema actual en tanto que, países como Argentina, Venezuela, Chile, México, Colombia o El Salvador han presentado problemas para acoger a contingentes de personas bajo la modalidad de refugio. Ello en tanto que resulta innegable, el impacto económico que puede implicar

¹⁰ Jimenez Lambis, lascario; "Asilo y refugio en América Latina: avances o retrocesos? En: revista Saber, Ciencia y Libertad vol 8, num 1.

⁹O´Donnell, Daniel Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, p. 599.

el sostenimiento de grandes grupos poblacionales que huyen de sus países de origen por peligro de sus vidas

De conformidad con tales instrumentos y con la Convención Americana, el derecho a buscar y recibir asilo es un derecho que se predica de toda persona que se encuentre perseguida, salvo cuando la persecución sea motivada por la comisión de delitos comunes. Sin embargo, la estipulación de la Convención es aún más restringida que la de las dos Declaraciones, en tanto establece que el derecho opera en casos "de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos", mientras que en el texto de las dos Declaraciones no hay una mención expresa a los delitos políticos y la alusión a los delitos comunes se realiza para fijar un límite al derecho de asilo, pero no como elemento definitorio de su alcance. Por esta razón, la Comisión IDH ha advertido que "la Convención reconoce en su artículo 22 un derecho de asilo más limitado que el de la Declaración ya que el mismo se limita al derecho de asilo a personas perseguidas 'por delitos políticos o delitos comunes conexos', con lo que excluye a una amplia categoría de personas que abandonan sus países por situaciones de violencia y otras formas de persecución"¹¹.

Sin embargo, esto no quiere decir que el derecho a buscar y recibir asilo cobija únicamente a quienes estén siendo perseguidos por la comisión de delitos políticos o delitos comunes conexos. De conformidad con las normas de interpretación de la Convención establecidas en el artículo 29 de la misma, "ninguna disposición... puede ser interpretada en el sentido de: ... d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". En este sentido, considerando que la Declaración reconoce en su artículo XXVII el derecho de asilo "en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común", debe entenderse que el derecho abarca en sentido amplio a los perseguidos y no solo a los que tienen la calidad de delincuentes políticos. Un argumento a fortiorire fuerza esta interpretación. En efecto, si la Convención reconoce el derecho de asilo a quien ha cometido un delito político, con mayor razón ampara a quien no habiendo incurrido en un delito de esta naturaleza, sea perseguido en razón de sus opiniones o de su actividad política¹².

Ahora bien, en lo que respecta al contenido del derecho de asilo es importante destacar que la figura del asilo tiene una doble dimensión. Por un lado, se trata de una potestad de los Estados, tal como se desprende de las Convenciones de La Habana, Montevideo y Caracas. Por otro lado, se trata de un derecho de toda persona perseguida por razones distintas a la comisión de un delito común.

Para concluir el presente análisis, solo queda reiterar que la capacidad de emitir opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo puede ejercerla a solicitud de parte y dicha capacidad se limita a conocer situaciones de iure y no de facto. Por otra parte, resulta indudable la necesidad de profundizar en la problemática relacionada con los conceptos de asilo y refugio en el ámbito latinoamericano, en lo que respecta a sus contenidos, procesos y formas de regulación, en tanto que la actual situación interna de los estados puede generar espacios difusos que generen desprotección sistemática de los derechos de refugiados y asilados, por lo que pese a las deficiencias detectadas en la opinión consultiva -o las que consideramos como tales- merece la pena por parte de la Corte y del Sistema Interamericano en general, un pronunciamiento que favorezca la aclaración sobre los alcances y

¹¹ Steiner, Víctor; Uribe, Patricia (Coord). Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada, Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Bogotá, 2014. P. 543. ¹²idem.

el uso terminológico y por tanto, una mayor protección de los derechos humanos en la región de las personas que solicitan refugio y asilo.

Conclusión.

Por medio de las anteriores líneas hemos tratado desde esta casa de estudios de dar respuesta a los interrogantes que han sido formulados en la opinión consultiva que nos compartió la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Conscientes de los retos y desafíos que implica la misma, tanto para el sistema interamericano como para los estados nacionales, esperamos que los argumentos incluidos en las páginas anteriores, puedan ser de utilidad.

Agradecemos, sinceramente, la apertura de la Corte al habernos convocado para participar a través de este espacio.

Karla Peña Martell

Padre Andreu Oliva de la Esperanza, S.J.

Rector UCA Jefa del Departamento de Ciencias Jun