

Medellín, 22 de septiembre de 2017

Señores

Corte Interamericana de Derechos Humanos

San José, Costa Rica

Respetados señores:

Por la presente ampliamos los comentarios a la solicitud de opinión consultiva, según el requerimiento del Honorable Presidente de la Corte en la Audiencia de la Opinión Consultiva presentada por la República del Ecuador en relación con la interpretación de disposiciones relativas al Derecho de asilo. Este escrito se divide en tres partes, las cuales corresponden a los siguientes temas: competencia de la Corte para conocer de opiniones consultivas frente a casos que puedan o no llegar como procesos contenciosos; en segundo lugar, asuntos de competencia y obligaciones derivadas de la Convención frente a Estados no miembros; y por último la obligatoriedad de la costumbre regional frente a terceros Estados, cuando el no reconocimiento de esta última deviene en una violación de Derechos Humanos.

1. Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En cuanto al asunto de la competencia frente a la opinión consultiva la Corte interpreta la función consultiva es de naturaleza permisiva y tiene la facultad de examinar si las circunstancias son tales que lleven a dar una respuesta respecto a determinado asunto, respetando los límites que la Convención establece para dicha función. Esta discrecionalidad para decidir acerca del pronunciamiento en determinado caso, no es total, puesto que para abstenerse de emitir un concepto la Corte debe tener razones determinantes y debidamente motivadas, derivadas de la circunstancia de que la petición exceda de los límites que la Convención establece para su competencia en ese ámbito.

Asimismo, la Corte reconoce en repetidas ocasiones que al recurrir a la vía de opinión consultiva podría interferir en el adecuado funcionamiento del sistema de protección regulado en la Convención o incluso, afectar de forma negativa los intereses de las víctimas de derechos humanos. Por esto, se debe tener en cuenta que el objeto de esta función radica en coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo referente a la protección de derechos humanos y que una consulta que se aparte de los fines establecidos debilitaría el sistema.

Sin embargo, al recurrir a la vía de la opinión consultiva se podría en determinadas circunstancias, interferir el debido funcionamiento del sistema de protección previsto por la Convención o bien afectar negativamente los intereses de la víctima de violaciones de derechos humanos. OC-5/85: No escapa a la Corte que un Estado contra el cual se ha entablado un proceso ante la Comisión podría preferir que la denuncia no fuera resuelta por la Corte en uso de su competencia contenciosa para evadir así el efecto de sus sentencias que son obligatorias, definitivas y ejecutables según los artículos 63, 67 y 68 de la Convención. Frente a una resolución de la Comisión en que se concluya que ha habido violación de la Convención, el Estado afectado podría intentar el recurso a una opinión consultiva como medio para objetar la legalidad de esas conclusiones de la Comisión sin arriesgarse a las consecuencias de una sentencia. Dado que la opinión consultiva de la Corte carecería de los efectos de esta última, podría considerarse que una estrategia como esa menoscabaría "los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos" y que "desvirtuaría la jurisdicción contenciosa de la Corte". 23. El que una solicitud de opinión consultiva tenga o no estas consecuencias dependerá de las circunstancias del caso particular ("Otros tratados", supra 21, párr. no. 31).

En el presente asunto, resulta claro que el Gobierno ganó el caso Schmidt ante la Comisión. En consecuencia, al solicitar una opinión consultiva sobre la ley que, según la Comisión, no viola la Convención, Costa Rica no obtiene ninguna ventaja legal. En verdad, la iniciativa de Costa Rica de solicitar esta opinión consultiva después de haber ganado el caso ante la Comisión enaltece su posición moral y no hay, en tales condiciones, razón que justifique desestimar la solicitud. 24. La Corte considera, por otra parte, que el hecho de que Costa Rica no le haya sometido el caso Schmidt como contencioso no hace inadmisibles las solicitudes de opinión consultiva. Costa Rica fue el primer Estado Parte en la Convención en aceptar la competencia contenciosa de la Corte. Por tanto, la Comisión pudo haber sometido el caso Schmidt a la Corte. A pesar de lo expresado por uno de los delegados de la Comisión en la audiencia del 8 de noviembre de 1985, ni el artículo 50 ni el 51 de la Convención requieren que la Comisión haya concluido que ha habido violación de la Convención, para que se pueda referir un caso a la Corte. En consecuencia, difícilmente se podría negar a Costa Rica el derecho de solicitar una opinión consultiva por el solo hecho de no haber ejercido una facultad que corresponde a la Comisión como órgano de la Convención responsable, de velar por la integridad institucional y por el funcionamiento del sistema de la Convención.

No debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención.

2. ¿La Corte podría pronunciarse sobre un hecho de otro Estado que no hace parte de la convención o un tercero que no lo protege el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?

En el artículo 64 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos se establece que Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos

en los Estados americanos. Sin embargo, la Corte se ha pronunciado sobre los criterios de admisibilidad de las opiniones consultivas en los que se resalta que las consultas solicitadas por los Estados y por los órganos del Sistema Interamericano no deben encubrir la pretensión que la Corte se pronuncie de forma anticipada sobre un tema que pueda ser objeto de su competencia contenciosa más adelante. De lo anterior se deriva que como se encuentra en una situación en la que no será competente, esto permite que pueda pronunciarse en abstracto sobre el alcance de un derecho contenido en la Convención y que además tiene relevancia en la situación actual de los países miembros del sistema interamericano, no para resolver una cuestión de hecho sino para determinar el sentido de una norma en el sistema de Derechos Humanos. Es de resaltar que al ser una opinión consultiva se tratan temas de carácter multilateral y no litigioso de tal forma que quien solicita una opinión consultiva de la Corte, ya sea un Estado, órgano principal u organismo especializado de la Organización de los Estados Americanos, no es el único poseedor de un interés legítimo en el resultado del procedimiento.

En tal sentido la interpretación y aplicación de las normas del Sistema Interamericano, se torna esencial para definir y precisar las obligaciones internacionales de los Estados en cuanto a la protección de aquellas personas no nacionales que se encuentran en condiciones de persecución y de precariedad y que además no están protegidas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, esto se torna más relevante cuando se dan las circunstancias que propician un trato cruel, inhumano y degradante. Se considera que el pronunciamiento por la honorable Corte sobre el derecho de asilo político podría resultar relevante para la homogenizar los conceptos de dichas obligaciones en el sistema internacional de Derechos Humanos. Se considera importante que, en el sistema internacional, regional y universal de Derechos Humanos, los órganos correspondientes construyan un concepto unificado de la integración de las dos instituciones de protección en la medida que con esto se logra una debida aplicación del principio *pro homine*.

Es de tener en cuenta que un pronunciamiento de la Corte sobre un derecho contenido en la Convención, permite una interpretación en abstracto más completa para el entendimiento del mismo. Sin embargo, esta aproximación no implica que se lleve a cabo una analogía a un caso en concreto o que la Corte esté prejuzgando situaciones que luego podrían llegar a su conocimiento. La Corte en su actividad contenciosa deberá analizar los hechos pertinentes del caso en concreto para determinar si en el respectivo caso podría aplicarse la interpretación dada en la opinión consultiva. No puede entenderse que cuando la Corte emite una opinión consultiva, está prejuzgando los potenciales casos que llegarán a su conocimiento por presuntas violaciones de los Derechos involucrados. Tal entendimiento desvirtuaría la naturaleza misma de la opinión consultiva. Por lo tanto, consideramos que la Corte debe pronunciarse frente a esta solicitud.

3. Obligaciones de terceros Estados frente a la costumbre regional y su relación con los Derechos Humanos

Finalmente, frente a las obligaciones de terceros Estados de respetar la costumbre regional, debe procederse al análisis de las fuentes del Derecho internacional. La costumbre es una de las fuentes principales del Derecho Internacional, tal como es concebido en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En dicho artículo, la costumbre internacional se define de la siguiente manera: “Como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.

Es difícil encontrar la costumbre en un marco formal debido a la distintiva informalidad en su proceso de creación. Los dos elementos esenciales para el surgimiento de la costumbre internacional señalados por la doctrina y los tribunales internacionales son un elemento objetivo consistente en la práctica reiterada y la *opinio juris*, un elemento subjetivo y prescriptivo que se traduce en la creencia de obligatoriedad de esa práctica. Según Maurice Mendelson, la práctica es el elemento descriptivo de la costumbre, mientras que la *opinio juris* es el elemento prescriptivo, pues otorga a la costumbre derechos y obligaciones. De esta manera, la costumbre surge con una práctica reiterada de actos que genera a su vez una conciencia de obligatoriedad.

Se han determinado dos clases de costumbre en el sistema internacional. La primera clase, descrita por la CIJ en los casos de *Asylum* y *Right of Passage over Indian Territory*, es la costumbre internacional local o regional. Esta construye obligaciones sólo inter partes o a un número reducido de sujetos internacionales. La segunda clase, la costumbre general internacional o también llamada solo costumbre internacional, crea obligaciones vinculantes frente a la totalidad de los sujetos de derecho internacional, y se encuentra descrita por la CIJ en el caso de *North Sea Continental Shelf*. Se ha considerado entonces, que la costumbre regional no crea en principio obligaciones para Estados que no forman parte de esa práctica común. Sin embargo, la costumbre local o regional puede convertirse en internacional en tanto se incremente la práctica ejercida por sujetos de Derecho Internacional y si estos la consideran obligatoria. Aquí surge entonces, un carácter de obligatoriedad para todos los Estados.

¿Qué ocurre cuando deviene en un trato inhumano y degradante?

El Respeto costumbre regional se da solo entre los estados involucrados. Sin embargo, hay un límite, y es el momento en que se afecta la dignidad humana. Y la dignidad humanos se pone en cuestión cuando la detención no solo se torna arbitraria, sino que su prolongación implica su un indefinición y una ausencia de causa legítima que por lo tanto deriva en un trato inhumano y degradante. A esto se suma la noción de ir en contra de los actos propios.

Sin embargo, si se ubica en un contexto donde a una persona se le otorga asilo diplomático en un tercer Estado, y este último no otorga un salvoconducto para la salida segura de la persona; el asilado se puede llegar a encontrar confinado en la sede diplomática por un tiempo insostenible en términos de dignidad. Esta situación acarrea responsabilidad para el tercer Estado en virtud de tratados de derechos humanos tales como la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 1984, que trae como consecuencia velar por la salud física y mental de la persona, por ejemplo, a través del otorgamiento del salvoconducto. Esto se puede evidenciar en el artículo segundo de dicha Convención:

“Artículo 2

1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.
2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.

3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.”

Por lo anterior, se puede concluir que, si bien el tercer Estado no está obligado a obedecer la costumbre regional de la que no forma parte, existen obligaciones frente a lo ratificado en tratados internacionales, en virtud del principio de *pacta sunt servanda*, consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969. Así, la protección de derechos humanos que surge de la ratificación de tratados como la Convención contra la tortura de 1984 mencionada con anterioridad sí se vincula jurídicamente al tercer Estado, lo cual se traduce materialmente en medidas efectivas para cesar los tratos crueles inhumanos o degradantes del asilado. Por lo tanto, se requiere que el tercer Estado en virtud de dicha Convención amplíe el ámbito de aplicación de la costumbre regional.

En estos términos ampliamos los comentarios frente a la opinión consultivo.

Atentamente,

Laura Aristizabal Gutiérrez

Mariana Duque Vélez

Mariana Ruiz Uribe

Integrantes del Grupo de Estudio en Derecho internacional económico y su relación con los Derechos Humanos

Universidad EAFIT

José A. Toro Valencia

Profesor Asistente Derecho Internacional

Universidad EAFIT