

Hacia la unificación del derecho al asilo

di Paula Andrea Roa Sánchez

Title: Towards the unification of the right to asylum

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; Right To Asylum; Non-refoulement.

1. – La *Opinión Consultiva sobre la Institución del Asilo y su reconocimiento como Derecho Humano en el Sistema Interamericano de Protección* (en adelante OC o la Opinión Consultiva) que publicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte o el Tribunal) en mayo de 2018, cobra especial importancia en el contexto latinoamericano por los debates que han existido alrededor del alcance y naturaleza del asilo, en particular, por la tendencia de la Corte en generar un derecho común en la región.

En primer lugar, la Corte otorga relevancia jurídica a la consulta al considerar seis de las siete preguntas formuladas por el Estado de Ecuador, a pesar de que solamente dos cuestiones incluyeran interpretación de normas y rechazara sólo una pregunta que, por su amplitud y falta de concreción, evidentemente no podía contestar.

Esto demuestra el interés de la Corte en resolver las cuestiones planteadas sobre el asilo, porque dos de ellas podrían haber sido rechazadas por tratarse de asuntos de hecho, como se refirieron algunas de las observaciones durante el trámite. El fundamento de estas observaciones fueron las preguntas relativas al caso de Julian Assange, quien se encuentra asilado en la embajada de Ecuador en el Reino Unido desde 2012 (§48).

En este apartado, la Corte logra fundamentar el por qué si consideró las preguntas que pareciera que hacen relación con el caso del fundador de Wikileaks, recordando que su competencia consultiva no responde a especulaciones teóricas, sino que tiene un alcance práctico (§47,53). Además, recuerda que únicamente desentrañará el alcance, naturaleza, propósito de la figura de asilo en el ámbito regional interamericano. Esto implica que las afirmaciones que realiza durante la OC-25/18 no afectarían a terceros Estados que no hagan parte de la OEA, como podría ser el caso del Reino Unido (§46).

De manera que el Tribunal confirma que el asunto, no sólo tiene relevancia regional, sino que no se configuran las causales para evitar analizar las seis preguntas respecto de la institución jurídica. Una de las causales para rechazar las solicitudes es que un caso sobre el cual se puedan formular las preguntas teóricas esté de hecho siendo tramitado en el Sistema. En sentido contrario, una prueba reciente es que en mayo del 2018 la misma Corte rechazó una solicitud de la Comisión Interamericana por tratarse de una solicitud con base en asuntos de hecho, porque los casos concretos estaban en trámite en la Comisión y el caso podría eventualmente llegar a la Corte (Corte IDH, *Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 29-5-2018, 6).

2. – En la OC-25/18 la Corte resuelve las cuestiones planteadas por el Estado ecuatoriano a partir de tres puntos fundamentales que estuvieron alineados con las conclusiones a las que llegó. El primero, respecto de la institución jurídica del asilo y sus clases; segundo, se ocupó de estudiar la tradición latinoamericana del asilo y el planteamiento sobre su constitución como costumbre latinoamericana; tercero, la conceptualización del principio de no devolución y su relación con el derecho humano a buscar asilo. Todo lo anterior a la luz de la interpretación del artículo 22.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH):

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

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.

y el artículo XXVII de la Declaración Americana de los derechos y los deberes del hombre (en adelante Declaración):

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.

2.1. – Partiendo del primer punto, el Tribunal realiza una conceptualización de lo que significa el asilo en sus distintas concepciones: asilo territorial, asilo diplomático y el asilo bajo el estatuto del refugiado, así como una narración de la figura en el desarrollo histórico que sirve para enmarcar la problemática del contenido y distintos efectos jurídicos del asilo en los Estados Americanos, en los que a lo largo del tiempo se confundieron las instituciones jurídicas y las terminologías (F.A, *Naturaleza y alcance del asilo en el sistema interamericano de Derechos Humanos*, IEP, 2016, 22,189).

Además de evidenciar los distintos tratados bilaterales y multilaterales celebrados a partir de concepciones, esta contextualización permite que la Corte realice una especie de marco teórico sobre las acepciones de la institución jurídica (§78).

Es claro que el asilo territorial y el diplomático se refieren a la protección que brinda un Estado a personas residentes o nacionales en otro Estado que están siendo perseguidos por motivos políticos, creencias, opiniones o actos que configuren delitos políticos o conexos. Ahora bien, en el asilo territorial la protección se brinda en el territorio del Estado, mientras que en el diplomático se otorga en navíos de guerra, aeronaves o campamentos (§67). En el mismo sentido el refugiado tiene una concepción ampliada, más allá de la definición en el Estatuto del Refugiado (1951), a partir de la Declaración de Cartagena (1984) que comprende la protección del Estado cuando personas nacionales o residentes en otro Estado tienen fundados temores de persecución por motivos de raza, sexo, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo o porque su seguridad, vida, libertad se han visto amenazadas por la violencia generalizada, violación masiva de derechos humanos (§68).

Cabe resaltar que todas estas modalidades de asilo surgen de las prácticas o necesidades que en el tiempo se han presentado, como la ampliación del concepto de refugiado que es propia del contexto de América Latina, concepto que se retomará en el comentario a esta OC cuando la Corte dilucida si el asilo diplomático constituye o no costumbre regional.

Esta clarificación terminológica la realiza la Corte a partir del derecho internacional y nacional, donde se evidencia la tendencia de unificar los conceptos de derechos humanos para que sean entendidos e interpretados en una forma específica por los Estados. En este apartado el Tribunal dota de contenido el artículo 22.7 de la CADH

y el XVII de la Declaración a partir de la interpretación de las expresiones “de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales” y “territorio extranjero” (§138).

En el primero, el Tribunal trae a colación la OC-21/14 que tiene dos criterios para determinar quién es el titular del derecho se debe tomar el criterio bien sea la legislación nacional o de los convenios internacionales, a la luz de los artículos 1.1 y 2 de la CADH sobre respeto, garantía y adecuación del derecho interno. En cuanto al último, la Corte busca que se adopten todos los cambios legislativos necesarios que garanticen el derecho al asilo (§139). Si bien se puede tomar uno de los dos criterios, los Estados están obligados a hacer control de convencionalidad, entonces puede que además de tomar las medidas adicionales a nivel interno, se tenga que adecuar el mismo para armonizar lo que indica la legislación interna que no sea contrario a la CADH, en concreto a la OC.

En este caso se busca la armonización de la cultura jurídica común respecto del derecho humano del asilo y su protección donde la Corte es explícita en ser precisa al darle interpretación a la CADH y la Declaración (SGR. *El control judicial interno de convencionalidad*, 28, 2011, 129). Así, unificar criterios americanos respecto del asilo que por muchos años fue una institución con terminologías y efectos distintos de Estado a Estado.

Respecto de la segunda expresión, la Corte toma los criterios de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y concluye que se entiende se determinó esta expresión para diferenciarla del asilo territorial (§153). Lo cual demuestra un análisis detallado de las formas de interpretación en el derecho internacional, para que no exista duda razonable que, en efecto, lo que se quiso consagrar en el artículo de la Convención y en la Declaración fue el asilo territorial.

Entonces la OC es una oportunidad idónea para que los criterios y conclusiones que toma la Corte, a partir de su análisis tengan obligatoriedad para los Estados (§58). Si bien no como una fuente de derecho *stricto sensu*, pero si una fuente, cuando menciona que, no solo los jueces nacionales, sino todas las entidades del Estado deben tener como parámetro de convencionalidad la Opinión Consultiva (Pasando de Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, 6-9-2006 [*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*]) donde solamente se obligaba a los jueces, hasta Corte IDH, *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, 25-11-2003 [*fondo, reparaciones y costas*], 27)

En este sentido, la Corte tiene una tendencia a hacer vinculantes sus decisiones para los Estados, incluso las que no son contenciosas, bajo su naturaleza consultiva/contenciosa, con el propósito de la protección de los derechos fundamentales que funda el Sistema Interamericano (JCH *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*, 10, 2008, 140).

2.2. – Sobre el segundo punto es importante resaltar que la Corte rechaza el concepto de asilo diplomático como una costumbre regional por falta de *opinio iuris*, además de resaltar que Estados Unidos ha sido un objetor persistente. Esta fundamentación parte de la historia, ya que la Corte afirma que no ha existido un acuerdo respecto de la institución de asilo diplomático, que ha sido considerado como una práctica humanitaria para salvar la vida de personas y evitar daños irreparables; adicionalmente se desvirtuó que desde la CADH o la Declaración se protegiera o reconociera el derecho al asilo diplomático (§161-162).

Si bien no es una figura que la Corte reconozca, los efectos jurídicos de esta igualmente dependerán de la soberanía de los Estados y estarían cobijados bajo el principio de no devolución que ha mencionado la Corte, tanto en la OC como en el caso de *Pacheco Tineo*:

De tal modo, si se complementan las normas anteriores con el corpus juris internacional aplicable a las personas migrantes, es posible considerar que en el

sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre. En consecuencia, cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado deberán, al menos, entrevistar a la persona y realizar una evaluación previa o preliminar, a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión. (Corte IDH, *Pacheo Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, 25-11-2013 [*excepciones preliminares fondo, reparaciones y costas*], 135-136).

2.3. – El último aspecto central en el desarrollo de la OC es la conceptualización del principio de no devolución y su relación con el derecho humano al asilo. El Tribunal reitera que el principio de no devolución es aplicable a los solicitantes de asilo, refugio y a los extranjeros en general, cuando se cuenta con evidencia que la devolución a su Estado de origen o de residencia pondrá en peligro su integridad, vida, seguridad o libertad. Esto emana del artículo 22.8 de la CADH (§186).

Así pues, los Estados deberán evaluar la situación de cada sujeto en particular para determinar si el retorno pone en peligro su vida y demás derechos. Esto implica que los Estados deben realizar entrevistas personales y evaluar las consecuencias del posible retorno. Es importante que, si se decide no retornar, la situación del extranjero o solicitante de asilo o refugio no debe quedar indefinida (§195).

Esta obligación que impone la Corte a los Estados implica que no violen el principio de no devolución y que implementen medidas para asegurar el cumplimiento de este. Es decir, que reiterando lo que la Corte había mencionado en *Pacheo Tineo* se deben implementar acciones que medien para hacer cumplir este principio.

Este es uno de esos argumentos de la Corte que maximiza la protección de derecho extendiéndola a casos que no estaban contemplados en la CADH, incluso, así el asilo diplomático no sea una de las acepciones reconocidas por la Corte para referirse a la institución genérica de asilo, estaría cobijada por esta protección de no devolución.

3. – Lo que el Tribunal concluye es que el derecho humano al asilo es un derecho que se relaciona con la protección que brinda un Estado en las instituciones jurídicas de asilo territorial y de refugio (Decide, 2). Como reiteración de lo expuesto, la Corte afirma que el derecho diplomático no está protegido en la CADH ni en la Declaración (Decide 3).

Sobre el principio de no devolución, es exigible por cualquier persona extranjera si el Estado donde se encuentra está ejerciendo un control efectivo. Por otra parte, se exige que el Estado cumpla con el principio, además, debe adoptar las medidas necesarias para que se evalúe efectivamente la situación del caso y considerar si es riesgoso entregar esa persona (Decide 3,4).

En definitiva, esta Opinión Consultiva es positiva para el SIDH porque se identifica con los miembros de la OEA y no únicamente quienes han reconocido jurisdicción a la Corte. En ella se pretende dar un criterio único del asilo territorial y del refugio, siendo positivo pero peligroso en caso de que en los tratados internacionales o en la legislación interna además de falta de claridad, exista una contradicción.