

La protección internacional en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: avances y retrocesos del asilo y refugio*

Roberto Ogg Fábrega[¶]

*Autor para Correspondencia. E-mail: roggfabrega@gmail.com

Recibido: 13 de noviembre de 2019

Aceptado: 06 de junio de 2020

Resumen

El presente trabajo de investigación tiene por objeto la identificación de los retos que afronta el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos relacionado con la aplicación de la protección internacional en su modalidad de asilo y refugio. Para esto, se analizó tanto doctrina como documentos y resoluciones emitidos por organismos internacionales como la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. El trabajo fue inspirado por las crisis políticas y humanitarias que se viven en países miembros del Sistema como Nicaragua, Venezuela y México.

Palabras clave: Derechos humanos, protección internacional, asilo, refugio, desplazamiento forzoso.

Abstract

The purpose of this academic paper is to identify the challenges that the Inter-American Human Rights System is facing due to the application of international protection (asylum and refuge). For this, scholar's documents and resolutions issued by international organizations, such as the Inter-American Commission on Human Rights, the International Organization for Migration (IOM), and

· Trabajo de investigación presentado como tesis de grado en la Maestría de Asuntos Internacionales en la Universidad Pontificia de Comillas. Esta investigación fue electa para su presentación ante la Organización de Estados Americanos (OEA) en el marco de la celebración de los 60 años de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos.

¶ Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santa María la Antigua (2018) donde realizó su primer trabajo de investigación titulado: "Retos del Estado de Excepción en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos". Maestría de Asuntos Internacionales en la Universidad Pontificia de Comillas, en Madrid, España (2019).

the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), and rulings of the Inter-American Court of Human Rights, were analyzed. This paper was inspired by the political and humanitarian crises of different members of the System, such as Nicaragua, Venezuela, and Mexico.

Keywords: Human rights, international protection, asylum, refuge, forced displacement.

Introducción

Desde el principio de los tiempos, cuando los primitivos eran nómadas, el ser humano se ha visto en la necesidad de migrar y movilizarse a distintos territorios del globo terráqueo en la búsqueda de mejores condiciones de vida. Al evolucionar la especie y convertirse en sedentaria por descubrir el fuego, aprender a cosechar y cazar los alimentos necesarios para la supervivencia diaria, seguían existiendo motivos por el cual movilizarse como: conquista de otras hordas o clanes o por razones meteorológicas que pudieran ocasionar desastres naturales.

Así mismo -en un mundo quizás más contemporáneo- podemos mencionar que a lo largo de la historia se han dado desplazamientos importantes de población sobre todo producto de la violencia generalizada, violación sistemática de derechos humanos, desastres naturales (algunos causados por el hombre) o enfermedades mortíferas. Vale la pena recordar -a manera de ejemplo- los miles de desplazados europeos producto de la primera y segunda Guerra Mundial. Esta situación de violencia llevó a esta población a buscar refugio en países que les acogiera y brindaran las condiciones mínimas para subsistir, sobre todo en el Continente americano.

América Latina tiene sus propias particularidades, sin embargo, no está exenta de aquellas situaciones que ocasionan que la población se desplace de manera forzosa. Fueron estas precisamente las que llevaron a ser pionera en lo que a la protección internacional respecta, es decir, que desde antes que se constituyera el refugio o el asilo como una figura jurídica o derecho humano de manera positiva, la salvaguarda de la libertad y la integridad física de las personas fue una prioridad. Un antecedente que pudiera servirnos de ejemplo es el de Juan Rodríguez Suárez, gobernador colonial de lo que hoy es Mérida, quien luego de haber sido acusado por atropellos contra sus hombres e indígenas, escapa y recibe asilo en la gobernación de Trujillo en 1559.

Lo anterior, nos da luces que la región latinoamericana tiene una larga tradición de brindar protección internacional a personas que huyen de una condición de peligro, que data del siglo XVI. Precisamente por esto que, al constituirse como primerizo en desarrollar dicha protección dentro de un sistema de protección de los derechos humanos, su doctrina y jurisprudencia, que por muchos ha sido bautizada como “la tradición de asilo” ha aportado a otras jurisdicciones.

Esta tradición ha continuado desarrollándose, estudiándose, aplicándose y poniéndose a prueba. Como otro ejemplo y más contemporáneo, podemos decir que, durante la década del setenta, decenas de miles de ciudadanos, principalmente sudamericanos, sobre todo: argentinos, chilenos y uruguayos, tuvieron que migrar debido a las violaciones sistemáticas de derechos humanos de regímenes autoritarios. Además, a comienzos de la década del ochenta, graves conflictos internos y violaciones masivas de derechos humanos obligaron a movilizarse a un importante número de centroamericanos, dando lugar a una gran crisis de refugiados.

Hoy en día, tanto la situación que se vive en Nicaragua como la crisis humanitaria en Venezuela, han incrementado la diáspora. Son ya más de 3 millones de venezolanos que han abandonado su país producto del conjunto de situaciones que atraviesan y que atentan contra su vida. Esto, ha puesto a prueba no sólo a nuestra tradición latinoamericana y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos sino al Sistema Universal.

A la luz de lo antes expuesto, podemos ver claramente dos circunstancias y posiciones distintas: el de las personas que se ven obligadas a salir de su país de origen producto de una violencia generalizada y violación sistemática de derechos humanos y del país que los acoge y que debe brindar las condiciones mínimas para que estos puedan desarrollar su vida. Actualmente, ambas posiciones se están poniendo a prueba y medidas efectivas tanto de protección e inclusión de las personas y fortalecimiento de las democracias e instituciones en la región cada vez se hace más relevante.

Producto del desplazamiento forzoso, el Sistema Interamericano ha respondido con la creación de comisiones especializadas, designado relatores, elaborando informes y condenando públicamente lo que actualmente sucede. No obstante, cada vez la protección internacional y los procesos de democratización se vuelven más complejos y los Estados se acogen al principio de no intervención para evadir su responsabilidad con lo previamente contratado.

Para nosotros, es importante analizar en el marco de este Trabajo de Fin de Máster, no solo el aspecto formal y doctrinal, sino también identificar qué riesgos están afrontando tanto los países emisores como los receptores que forman parte del Sistema Interamericano, considerando que la problemática posee dos vías. De esta forma, realizar propuestas que pudieran aportar como doctrina a la “tradición latinoamericana” a fin de enfrentar aquellos desafíos.

Reconocemos la basta información que existe a razón de que América Latina ha desempeñado un rol relevante en lo relativo a la protección internacional, sin embargo, consideramos que las amenazas a las que hacemos frente requieren de un aporte técnico y colaboración de todos los Estados miembros.

Resulta importante este análisis sobre todo por la situación coyuntural que se encuentra la región motivo del incremento del desplazamiento forzoso, sobre todo de nicaragüenses y venezolanos, en donde muchos Estados realizan devoluciones en caliente, no brindan las condiciones mínimas de supervivencia, promueven legislación discriminatoria y donde existe una percepción generalizada de que los asilados o refugiados son usurpadores, lo que lleva incluso a que la población cuestione si realmente es necesario que el país los acoja, sin importar que estén afrontando una situación donde su libertad o vida corran peligro.

I. Contextualización sobre la evolución general e importancia del asilo y refugio en América Latina: una región a la vanguardia

En el presente capítulo analizaremos la doctrina elaborada por distintos autores, en materia de asilo y refugio, de manera que podamos definir cada uno y a su vez identificar los principales problemas que afronta América Latina.

1. Definición de Asilo y Refugio

Los principales instrumentos internacionales del Derecho Internacional de los Refugiados utilizan el término asilo para designar el acto de admisión y protección de refugiados por parte de un Estado, lo que sería equivalente a la palabra “asylum” y “asile” en inglés y francés respectivamente. Esto, lo podemos encontrar en convenios internacionales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 14), la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (considerando No. 4), la Declaración sobre Asilo Territorial de 1967, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas y el Informe de ACNUR del 10 de diciembre de 1974.

Existen distintas regulaciones referidas a la protección internacional y aplicables en el continente americano. Por un lado, podemos mencionar el Sistema Interamericano sobre asilo diplomático y territorial¹, y, por otro lado, el sistema universal de protección de los refugiados.² La protección internacional, en cualquiera de los dos institutos, se encuentra contemplada en algunas Constituciones nacionales de América Latina³ o desarrolladas en normas relativas a la aplicación. En varios países de la región, las normativas han incorporado la palabra “refugio” para abordar todo el régimen internacional de protección a los refugiados. Estas normas han sido desarrolladas de manera separada del régimen de asilo, al que se refiere exclusivamente con la modalidad positivizada en los tratados y convenciones del Sistema Interamericano.

En cambio, otros países han utilizado ambas palabras como sinónimo, para referirse a la protección internacional que vaya a recibir una persona que se encuentra escapando porque su libertad o vida se encuentra en peligro.

Lo anterior, nos da luces que ha existido una confusión entre ambos términos que algunos autores definen como “dualismo”⁴, empleados en la protección internacional, así como respecto al contenido y alcance que ha de dárseles. Esto ha llevado a una mala interpretación por parte de los Estados, agravando la situación migratoria de la región. En este contexto, no debería extrañar que la presión de los Estados por aliviar carga de sus responsabilidades internacionales se hubiera materializado a través de iniciativas tendientes a restringir el espacio destinado a la protección internacional.⁵ Tales iniciativas no deberían prosperar en un sistema robusto donde domine el desarrollo progresivo y la protección de la persona humana, pero encuentra un terreno fértil en las legislaciones que forman parte del Sistema Interamericano por el estado de debilidad que afecta las instituciones de la región en lo que respecta a la protección de los refugiados.

¹ CONVENCIÓN SOBRE ASILO DIPLOMÁTICO Y TERRITORIAL (15/06/1954).

² CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS (28/07/1951).

³ Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, y Venezuela.

⁴ FRANCO, Leonardo (2004): *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* (San José, ACNUR) p. 72.

⁵ Ídem.

Por un lado, autores como Grahl-Madsen establecen que ambos términos “se tratan de la protección que se brinda al garantizar admisión al territorio a quien alega persecución (o temor de persecución) y la protección consecuente hasta que determine su estatus y, en particular, el respeto al principio de no devolución”⁶.

Otros, como Héctor Gros Espiell⁷, manifiestan que: “hay que precisar que, en América Latina, según estas Convenciones, asilo territorial y refugio son absolutamente sinónimos.” y el jurista ecuatoriano Salvador Lara que sugiere: “existe una sinonimia entre el asilo y refugio en el cual, este último se utilizará principalmente para asilo, asilo territorial y no diplomático también llamado político”⁸.

Ambos estudiosos, sosteniendo la tesis de que los vocablos “asilo” y “refugio” han sido utilizados sin mucho cuidado, para referirse a la protección internacional, dentro del Sistema Interamericano. Sin hacer mayor diferenciación o precisar características de cada uno. Ambos compartiendo la esencia de la protección de la vida humana.

Por otro lado, investigaciones como la de Pirkko Kourula⁹, permitieron observar que con frecuencia el vocablo “asilo” se reserva para designar el asilo diplomático y territorial, reconocido a través de las convenciones latinoamericanas y que es menos utilizado en el contexto del Derecho Internacional de los Refugiados. En cambio, se utiliza el vocablo “refugio” para designar al sistema universal de protección a los refugiados basados en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y a su Protocolo de 1967.

También, la autora María Laura Gianelli¹⁰, establece diferenciaciones entre un concepto y el otro cuando establece que: “el asilado lo motiva una persecución política, tiene modalidades diplomática y territorial donde no es necesario cruzar una frontera nacional, no existe el principio de no devolución, por tanto, puede ser devuelto o extraditado, permite acordar el asilo a quien hubiese cometido delitos políticos, incluso comunes y que no existe un procedimiento internacional por lo que es discrecional de cada Estado. Por su lado, el refugiado le motiva una persecución por motivos de raza, credo, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo..., la condición es declarada conforme a normas universales, no admite modalidad diplomática por lo que es necesario cruzar la frontera, se encuentra protegido por el principio de no devolución por lo que no pueden ser devueltos o extraditados.”

En Latinoamérica, la primera legislación que introdujo la división de las categorías de protección fue la panameña¹¹, a través de la figura de “necesitados de protección temporal” lo que nos permite ver

⁶ GRAHL-MADSEN, Atle (1966): *The Status of Refugees under International Law* (Leiden, A.W. Stijhoff) p.145.

⁷ GROSS ESPIELL, Héctor (1992): *Compilación de Instrumentos Jurídicos interamericanos relativos al Asilo diplomático, Asilo Territorial, extradición y temas conexos*. p. 73.

⁸ LARA, Salvador (1982) : *Asilo y protección internacional de los refugiados en América Latina*. p. 52.

⁹ KOURULA, Pirkko (1997): *Broadening the Edges: Refugee Definition and International Protection Revised* (Boston/Londres/La Haya, Martinus Nijhoff) p. 67.

¹⁰ DU BLANC, Gianelli (1999) : *El asilo y la protección de los refugiados en América Latina. Estudio comparativo de las legislaciones nacionales*, p. 147.

¹¹ PANAMÁ, Ley No. 43 de 1958 “Por la cual se adopta la Convención sobre Asilo Territorial”.

de manera práctica que existen diferenciaciones entre dos grupos de personas que solicitan la protección internacional de un Estado probablemente por los mismos motivos, la diferencia es el cargo o título que una de esas personas ostenta.

El autor Leonardo Franco plantea que las posibles causas de la confusión terminológica podrían ser:

- A) La consideración de la tradición de asilo latinoamericano como un fenómeno autónomo;
- B) El uso terminológico indistinto que se hace de “asilo” y “refugio” en la normativa latinoamericana sobre asilo territorial y asilo diplomático;
- C) El desprestigio creciente de la práctica del asilo latinoamericano por concesiones que favorecen la impunidad, la consiguiente percepción de necesidad de diferenciarla del sistema universal;
- D) La conveniencia de políticas oficiales de mantener un régimen discrecional de concesión del asilo;
- E) Los nuevos fenómenos de refugiados y su diferenciación social, económica y política respecto de los tradicionales asilados políticos;
- F) La influencia de la legislación española, que hacía distinción entre “asilo” y refugio¹²

La diferenciación entre ambas figuras pudiera crear algún tipo de privilegio, otorgando a aquel segmento de políticos públicamente conocidos, una salvaguarda e impidiendo a todo aquel que no lo sea a acceder a esta figura jurídica de protección. Esta situación crea una serie de desventajas que favorecen el debilitamiento del Sistema Interamericano y la protección de la vida humana.

También menciona las siguientes desventajas¹³:

- A) El hecho de que en éste se enfatizan desproporcionalmente 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 de forma elitista, favoreciendo a personalidades conocidas en el ámbito político y, consecuentemente, perjudicando a personas anónimas que también necesitan justificadamente protección internacional;
- C) Que el Sistema Interamericano de asilo no había elaborado normas de tratamiento que delimitaran el contenido de los derechos de los que se consideraran asilados.

Nuestra investigación tiene como propósito el de fortalecer la protección de los refugiados y asilados en América Latina, y, para ello, estimamos que debemos alertar sobre el riesgo que entraña la situación descrita, al tiempo que se considera conveniente realizar un examen detenido de las cuestiones problemáticas.

Tomando en consideración que, en estos casos, el fin último del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario es promover el marco normativo que inste a los Estados a brindar la protección internacional a toda persona que su libertad o vida peligre por una amenaza real o inminente y es necesario emprender un esfuerzo para remediar esta dualidad de significados que dan pie a violaciones de sus derechos.

¹² ESPAÑA, Ley 5/1984 de 1984. “Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Regulado”.

¹³ FRANCO (2004) p. 323.

2. Principales problemáticas que motivan el desplazamiento forzoso en la región latinoamericana

Desde mucho antes que comenzara el proceso de descolonización, América Latina ya practicaba la protección internacional. Desde aquella época, la región ha reconocido que existen situaciones que pudieran poner en peligro la libertad o vida de una persona y que esta pudiera encontrarse en una condición de desventaja frente a una autoridad superior por lo que necesitaría la intervención de un tercer Estado u autoridad que garantizara su integridad.

Es por esto, que nos resulta relevante estudiar los motivos por los cuáles las poblaciones latinoamericanas se han visto en la necesidad de desplazarse de manera forzosa, lo que ha constituido una población de refugiados o asilados en la región. Estos desplazamientos han sido promovidos, a lo largo de la historia, por situaciones de distinta naturaleza como lo son: crisis económicas, humanitarias y desastres naturales, crisis políticas y de violencia organizada que resulta para nosotros importante puntualizar.

a. Las crisis económicas

Estas pueden ser consecuencia de situaciones como: dependencia económica, mala administración de fondos públicos por parte del Estado, poca inversión privada o extranjera, desempleo, monopolios, falta de normativas eficaces o poca recaudación de tributos.

Los gobiernos, al desarrollar una política fiscal expansiva, donde se aumenta el gasto público sin tomar en consideración las repercusiones como la alta inflación o el déficit público o cerrándose al comercio, poniendo en práctica medidas proteccionistas, han contribuido a la creación de crisis económicas en la región latinoamericana.

Estas crisis han sido visualizadas en ejemplos recientes como el de Venezuela. Dicho fenómeno ha ocasionado que la población, ante la escasez de insumos necesarios para la supervivencia, la alta tasa de desempleo e inflación y la ineficiencia de la administración pública, se ha visto en la necesidad de migrar, como refugiados en la búsqueda de mejores condiciones.

El reciente informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁴, relacionado con la situación en Venezuela, estableció que: “a pesar de que el Gobierno ha decretado varios aumentos en el salario mínimo, su poder adquisitivo ha disminuido hasta el punto de que ya no se lo puede considerar como un salario de subsistencia... las personas entrevistadas por el ACNUDH manifestaron su preocupación respecto de que los ingresos mensuales de sus familias eran insuficientes para cubrir sus necesidades básicas y que solo daban para adquirir aproximadamente cuatro días de comidas por mes... el desvío de recursos, la corrupción y la falta de

¹⁴ ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Informe de mayo del 2019.

mantenimiento en la infraestructura pública, así como la subversión, han tenido como resultado violaciones al derecho a un nivel adecuado de vida, entre otros, debido al deterioro de servicios básicos como el transporte público y el acceso a electricidad, agua y gas natural.

b. Las crisis humanitarias y desastres naturales

Las crisis de carácter humanitario podrían estar vinculadas a las económicas considerando que una situación de hiperinflación podría llevar a que la población no pueda acceder a los insumos básicos o medidas proteccionistas ante el comercio internacional podrían llevar a la escasez. En ambos supuestos, la sociedad podría estar en riesgo de seguridad alimentaria y los obligaría a migrar como refugiados.

Por otro lado, los desastres ocasionados por la naturaleza producto del cambio climático o calentamiento global también guardan relación con el desplazamiento de la población por tener la capacidad de efectuar daños materiales graves, muchos que pudieran ser irremediables como es el ejemplo reciente de la erupción del Volcán de Agua en Antigua, Guatemala.

En el caso de Venezuela, la Comisión interamericana de los Derechos Humanos, ha manifestado que las crisis humanitarias representan uno de los principales elementos que motivan el desplazamiento forzoso de la población. Citamos:

“La CIDH considera que las violaciones masivas a los derechos humanos, así como la grave crisis alimentaria y sanitaria que viene enfrentando Venezuela como consecuencia de la escasez de alimentos y medicamentos, también ha conllevado al crecimiento exponencial de cientos de miles de personas venezolanas que se han visto forzadas a migrar hacia otros países de la región en los últimos años... La grave crisis alimentaria y sanitaria ha impactado en especial a grupos en situación de exclusión y discriminación histórica, como niños, niñas y adolescentes, mujeres, personas mayores, pueblos indígenas y afrodescendientes, personas con discapacidad, personas con enfermedades y personas en situación de pobreza”¹⁵

Por otro lado, en su visita a Venezuela, la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, destacó que el derecho a la alimentación y a la salud impactaban directamente la vida de los venezolanos¹⁶, llevándolos a escapar a los países vecinos. En su informe mencionó que:

“El Gobierno no ha demostrado que ha utilizado todos los recursos disponibles para garantizar la realización progresiva del derecho a la alimentación, ni tampoco hubiere buscado, sin éxito, asistencia internacional para abordar dichas deficiencias... las personas entrevistadas constantemente refirieron una falta de acceso a alimentos, debido tanto a la escasez como a los precios inasequibles. La disponibilidad de suficiente comida de calidad es deficiente, y los entrevistados dijeron que comían una vez, o como mucho dos veces al día y que consumían pocas proteínas o vitaminas. La falta de acceso a alimentos tiene un impacto especialmente adverso en las mujeres que son

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Resolución 2/18 de marzo del 2018.

¹⁶ ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, informe de mayo del 2019.

principalmente encargadas y/o jefas de familia, quienes se ven obligadas a dedicar un promedio de 10 horas al día en hacer filas para obtener comidas.”

Sobre la deficiente capacidad del Estado de garantizar el derecho a la salud, mencionó que: “...la situación es grave. Las personas entrevistadas describieron consistentemente una infraestructura de la atención a la salud que lleva años deteriorándose y que se caracteriza por el éxodo de doctores/as y personal de enfermería, así como por graves carencias en la atención médica básica y de medicamentos. Las familias de los/as pacientes tienen que suministrar todos los productos de primera necesidad, entre otros, agua, guantes y jeringuillas. Se ha informado de carencias del 60 al 100 por ciento de los fármacos esenciales en cuatro de las principales ciudades de Venezuela, incluyendo Caracas... así mismo, enfermedades que anteriormente estaban controladas y habían sido erradicadas, entre ellas enfermedades evitables con vacunas como sarampión y difteria, han reaparecido.”¹⁷

c. Las crisis políticas

Son las más comunes cuando nos referimos a motivos que ocasionan la solicitud de asilo o refugio en Latinoamérica y fue lo que incentivó -históricamente- a la creación de las instituciones en la región.

Crisis que pudieran ocasionarse por una mala administración de la cosa pública, el autoritarismo, concentración del poder y la poca inclusión o intolerancia en la sociedad. Estos elementos usualmente llevan a manifestaciones, caravanas o piqueteos por parte de la oposición que ocasionaría brotes de violencia y persecución que motivaría a la población a desplazarse tal como sucedió en Chile y Argentina en la década de los 1970.

La Comisión Interamericana ha hecho referencia a la persecución política como uno de los motivos principales para el desplazamiento de venezolanos, cuando destacó que: “observa que un gran número de personas venezolanas se han visto forzadas a huir de Venezuela como consecuencia de violaciones a derechos humanos, la violencia e inseguridad, y la persecución por opiniones políticas.”¹⁸

Por su lado, la Alta Comisionada de Naciones Unidas estableció en su ya referido informe que: “durante al menos una década, el Gobierno, así como las instituciones controladas por el Gobierno han aplicado leyes y políticas que han acelerado la erosión del estado de derecho y el desmantelamiento de las instituciones democráticas, incluyendo la Asamblea Nacional. Estas medidas tienen como objetivo neutralizar, reprimir y criminalizar a opositores/as políticas y críticas del Gobierno. Esta tendencia se ha aumentado desde 2016, después de que la oposición ganara la mayoría de los escaños de la Asamblea Nacional, lo cual llevó a un incremento de la represión

¹⁷ ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Informe de mayo del 2019.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Resolución 2/18 de marzo del 2018.

selectiva de la oposición política y a una restricción incesante del de por si limitado espacio democrático.”¹⁹

d. La violencia organizada

Este fue el motivo del desplazamiento de la población centroamericana durante la década de los 80's producto de la violencia protagonizada por los grupos de crimen organizados o “maras” que representaban un actor preponderante en la realidad social.

Ante las políticas ineficaces en materia de seguridad, grupos poblacionales provenientes de países como Guatemala, Honduras y El Salvador se vieron obligados a migrar a otros países - principalmente Estados Unidos y Sudamérica- para escapar de la realidad que afrontaban en su país de origen.

En cuanto a este motivo de desplazamiento, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos ha manifestado que: “las pandillas se han constituido como un motivo principal de temor para la sociedad en varios países de la región al percibirse como responsables de la comisión de una proporción de violencia y el delito... el surgimiento de pandillas guarda estrecha relación con las condiciones socioeconómicas de los que la conforman, los contextos de violencia en los que crecen, y la vulneración de derechos y la exclusión en la que viven...en el presente las maras y pandillas constituyen un problema importante de seguridad en Guatemala, El Salvador y Honduras. En Belice existe evidencia de que pandillas o maras centroamericanas de perfil delictivo podrían sumarse a aquellas que ya operan en el país y reforzarse la captación de jóvenes; así mismo existe preocupación por el incremento del fenómeno en Panamá. En el Caribe, las “street gangs” de carácter violento representan también un importante problema de seguridad y violencia.”²⁰

II. Marco normativo y doctrinal

Así como ya hemos mencionado, la protección internacional en América Latina se ha otorgado desde el siglo XVI y existen ejemplos que sustentan esto. Sin embargo, es importante destacar que fue hasta finales del siglo XIX que comenzó a regularse de manera positiva en la Conferencia de Derecho Internacional Privado celebrada en Montevideo en 1889.

De igual forma, haber reconocido el asilo y refugio de manera positiva en esa época, sigue constituyendo a la región como pionera. Particularmente por esto, nos resulta relevante analizar la evolución histórica de ambas figuras para identificar el motivo de su creación, la esencia que debe inspirarla y contrastarlo con la aplicación contemporánea.

Al incluir también su evolución internacional, podremos visualizar el desarrollo casi paralelo que tuvo en otras regiones y distintas particularidades. De esta manera, tener una óptica más amplia sobre la protección internacional.

¹⁹ ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, informe de mayo del 2019.

²⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, informe sobre Violencia, niñez y crimen organizado de la CIDH (noviembre del 2015).

1. Creación y evolución

a. *Internacionalmente*²¹

La etimología de la palabra que hoy utilizamos se remonta al vocablo griego “asylos” que significa “sitio inviolable”. También podemos destacar los antecedentes dentro de la religión cristiana. Esta comenzó a aceptar asilados en los primeros templos, al tiempo que se convertía en la religión oficial del Imperio Romano. La población tenía respeto a la investidura del sacerdote que ejercía como intercesor y luego también era relevante la inviolabilidad del carácter sagrado del recinto (iglesias, conventos, cementerios). Esto podría conocerse como asilo canónico o eclesiástico.

El asilo diplomático o extraterritorial aparece con el nacimiento de las naciones-estados y el desarrollo de la diplomacia permanente en el Continente Europeo durante los siglos XV y XVI, producto del asentamiento de embajadas y la concesión de privilegios personales a los embajadores, quienes desde ese momento gozaron de derechos como la inviolabilidad de su propiedad. Este privilegio se formalizó en el Congreso de Westfalia de 1648.

Tras las desastrosas consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció un Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Tal como lo establecen sus documentos constitutivos, el mandato de ACNUR es proteger y buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados.

Sus actividades se fundan en un conjunto de normas e instrumentos internacionales, que incluye la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los cuatro Convenios de Ginebra (1949) sobre el Derecho Internacional Humanitario, así como la multitud de tratados y declaraciones internacionales y regionales, vinculantes y no vinculantes, que abordan específicamente las necesidades de los refugiados.

b. *En América Latina*

Tal como lo señaló Colombia en sus alegatos en el Caso de Asilo (Colombia vs. Perú) ante la Corte Internacional de Justicia²², la institución del asilo en América nació como resultado de la coexistencia de dos fenómenos: el poder de los principios democráticos, del respeto al individuo y a la libertad de pensamiento; y por otro, a la frecuencia inusual de revoluciones y luchas armadas que pusieron en peligro la seguridad y la vida de las personas del bando perdedor.

Podríamos marcar como hito la Revolución Francesa, donde existe una evolución de las instituciones en América Latina y que inspira la independencia de varios países y que motivó la celebración de varias convenciones como no hay en otras regiones como la de 1823 donde se pacta el Acuerdo de Extradición entre México y Colombia²³.

²¹ GOODWIN-GILL, Guy (1996): *The Refugee in International Law* (Oxford, Oxford Scholarly Authorities on International Law) p. 217.

²² Caso Colombia v. Perú (1950).

²³ TORRES GIGENA, Carlos (1998): *Asilo Diplomático. Su práctica y teoría*. p. 366.

Las Conferencias de Lima²⁴, celebradas en 1867, constituyeron la primera oportunidad en que “se trató de reglamentar el derecho de asilo de manera positiva”, puesto que hasta el momento sólo regía de manera consuetudinaria. Varios años más tarde, el 23 de enero de 1889, se celebra el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, desarrollado en Montevideo producto de dos incidentes relacionados con el asilo diplomático, primero el de un General peruano en mayo de 1865 en la embajada de los EEUU en Perú y segundo como con la protección brindada a un grupo de peruanos asilados con el encargado de negocios en funciones de Francia en Perú lo cual dejó en evidencia la necesidad de adoptar normas comunes. Actualmente, es considerado uno de los instrumentos que marcaron precedente en esta materia y nos da luces que América Latina posee una amplia tradición en materia de asilo.

América Latina ha desarrollado varios instrumentos en el siglo XX y XXI, de los que podemos destacar las Convenciones sobre Asilo diplomático y Asilo Territorial, ambas adoptadas el 28 de marzo de 1954 en Caracas, Venezuela. Fueron constituidas luego de la sentencia proferida por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) el 20 de noviembre de 1950 (Caso de Asilo, Colombia vs. Perú) con motivo del asilo otorgado en la embajada de Colombia en el Perú al señor Víctor Haya de la Torre y estas convenciones representaron una actualización de las normativas toda vez que la CIJ había desarrollado una regulación precisa y concreta sobre varios aspectos relevantes que no se encontraban incluidos dentro de la legislación Latinoamericana y a su vez, constituye el documento vigente utilizado en el Sistema Interamericano²⁵.

Además de esto, podemos agregar que actualmente organismos como la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos constituidos mediante la Convención Americana de los Derechos Humanos, o Pacto de San José de 1969 son los encargados de dictar directrices, emitir informes situacionales, dirimir conflictos y absolver dudas dentro del espacio latinoamericano.

2. Principales instrumentos internacionales en materia de Asilo y Refugio

a. *Derecho Internacional Humanitario*

Al abordar el refugio, debemos referirnos de manera obligatoria al Estatuto del Refugiado del año 1951²⁶ como régimen de protección universal. Este documento -como señalamos con anterioridad- fue aprobado en Naciones Unidas como fruto de un esfuerzo de los Estados Miembros para atender a todos los refugiados producto de las atrocidades y crímenes masivos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial en Europa. Es por esto por lo que, hace un énfasis especial en el principio de no devolución. El Protocolo de 1967²⁷ eliminó las restricciones geográficas y temporales que había limitado el primer texto aplicable solo a personas en dicha situación.

²⁴ CONFERENCIAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL SISTEMA, Lima (1867).

²⁵ ALFONSÍN, Quintín (2001): *Naturaleza del derecho al asilo diplomático*, p. 274.

²⁶ CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE GINEBRA (1951).

²⁷ PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE Ginebra (1967).

Dentro del contenido podemos destacar que este documento ha servido de marco normativo para el desarrollo de doctrina y otros instrumentos de protección a los derechos humanos. El mismo define refugio, la protección bajo el principio de no devolución y establece un catálogo de derechos inviolables como lo son: el acceso a los tribunales (artículo 16), el empleo remunerado (artículo 17), trabajo por cuenta propia (artículo 18), gravámenes fiscales (artículo 29), entre otros. Tiene el fin de que los Estados receptores adopten las medidas pertinentes.

De manera posterior, en la región latinoamericana fue adoptada la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados en el marco de una conferencia especial realizado por ACNUR, en noviembre de 1984, en Cartagena de Indias, Colombia. Este documento amplió el ámbito de aplicación para incluir a personas que se ven forzados a abandonar sus hogares porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que perturben de manera sostenida y persistente el orden público.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-21/14²⁸ destacó que la ampliación de la definición de refugiado responde no solo a las dinámicas de desplazamiento forzado que la originaron, sino que también satisface los desafíos de protección que derivan de otros patrones de desplazamientos que suceden en la actualidad.

La Corte le ha dado un gran valor al Estatuto de los Refugiados, considerándolo como parte íntegra de los instrumentos internacionales de la región Latinoamericana y vinculándolo con la Convención Americana de los Derechos Humanos en casos como Caso de la Familia Pacheco Tíneo vs. Bolivia²⁹ y la Opinión Consultiva citada ut supra. este valor ha sido reafirmado por los Estados del Continente americano en la Declaración y Plan de Acción de Brasil del 2014 donde expresaron:

“Reconocemos los desarrollos de la jurisprudencia y la doctrina de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en los países en que se aplican, respecto del contenido y alcance del derecho a solicitar y recibir asilo incluido en los instrumentos regionales de derechos humanos, su vinculación con los instrumentos internacionales sobre los refugiados, el carácter *ius cogens* del principio de no devolución, incluyendo el no rechazo en frontera y devolución indirecta, y la integración de las normas de debido proceso en los procedimientos de determinación de la condición del refugiado para que estos sean justos y eficientes.”

Podemos destacar algunos otros instrumentos que forman parte íntegra del marco normativo que se ha desarrollado en la región como lo es la Conferencia Internacional sobre los Refugiados, de Guatemala (1989), Declaración de san José sobre los Refugiados (1994), Declaración de Tlatelolco sobre Acciones Prácticas en el derecho de los Refugiados en América Latina y el Caribe (1999) por mencionar algunas.

²⁸ DERECHOS Y GARANTÍAS DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN Y/O EN NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL (2014): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-21/14.

²⁹ Caso Familia Pacheco Tíneo vs. Estado de Bolivia (2013).

b. Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El derecho al asilo posee importantes marcos normativos sobre todo en América Latina. Con el surgimiento de los distintos instrumentos internacionales donde se expresaba el catálogo de derechos humanos, fue la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 el primer instrumento internacional que incluyó el derecho de asilo en su artículo XXVII. Unos meses después, fue incluido dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 14, a iniciativa del bloque latinoamericano.³⁰

La diferencia entre un documento y el otro es que la frase “recibir asilo” fue cambiada por “buscar asilo y disfrutar de él” debido a la resistencia de algunos países por sugerir que el Estado se encontraba en la obligación de otorgar dicha protección conforme a todas las normas establecidas en los instrumentos internacionales. Al darle otra redacción, le brindó a los Estados la facultad de establecer su legislación interna en cuanto al recibimiento de personas en esta condición.

Al hablar de marco normativo, debemos referirnos a la Convención de Asilo de la Habana (1928), la Convención de Asilo Territorial de Montevideo (1933), la Convención de Caracas sobre el Asilo Diplomático y Asilo Territorial, aunado a los Casos y fallos emblemáticos tanto de la Corte Internacional de Justicia como de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, así como las opiniones consultivas. Todos estos conforman lo que llamamos hoy “la tradición de asilo” en América Latina y han ayudado al desarrollo de doctrina y marco regulatorio que serviría a los Estados a adoptar las medidas necesarias para el respeto de los derechos de aquellas personas que solicitan asilo.

Es importante destacar que estos convenios otorgan al Estado la facultad de aceptar o no el asilo, bajo sus propias regulaciones pero a su vez establece que no podrá devolverlo al país de origen, lo que pudiera representar una desventaja para aquella persona que huye de una situación grave, además, abre espacio a que dicha persona entre en un estatus de limbo jurídico y desprotección, al establecer el artículo 27 de la Convención de Caracas sobre asilo Diplomático, que “efectuada la salida del asilado, el Estado asilante no está obligado a radicarlo en su territorio; pero no podrá devolverlo a su país de origen sino cuando concurra voluntad expresa del asilado.”

Al hablar sobre asilo en América Latina, debemos referirnos a Asilo Territorial o Asilo Diplomático. Tal diferenciación fue desarrollada durante la firma de las Convenciones de Caracas sobre el Asilo Diplomático y Asilo Territorial, que representan dos documentos complementarios pero diversos. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha definido ambas instituciones en su reciente Opinión Consultiva OC/25-18 de mayo del 2018³¹ y que citamos a continuación:

I) Asilo territorial: consiste en la protección que un Estado brinda en su territorio a las personas nacionales o residentes habituales de otro Estado en donde son perseguidas por motivos políticos, por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como

³⁰ PIZA ESCALANTE, Rodolfo, y CISNEROS SÁNCHEZ, Máximo (1982): Algunas ideas sobre la incorporación del Derecho de Asilo y de Refugio al Sistema Interamericano, p. 392.

³¹ LA INSTITUCIÓN DEL ASILO Y SU RECONOCIMIENTO COMO DERECHO HUMANO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN (2018) Opinión Consultiva OC25/18.

delitos políticos o comunes conexos. El asilo territorial se encuentra intrínsecamente relacionado con la prohibición de extradición por delitos políticos o comunes cometidos con fines políticos.

II) Asilo diplomático: consiste en la protección que un Estado brinda en sus legaciones, navíos de guerra, aeronaves militares y campamentos, a las personas nacionales o residentes habituales de otro Estado en donde son perseguidas por motivos políticos, por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos o comunes conexos.

En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos fue incluido a través de la incorporación del artículo 22, numeral 7 de la Convención Americana. No se encontraba en el proyecto inicial, pero fue incluido a petición de Colombia y posteriormente fue aprobado por los Estados miembros. Este instrumento de derechos humanos no desarrolla de manera minuciosa o reglamentaria de todo lo que el derecho implica por lo que remite a la legislación interna de cada Estado y ha sido en las sentencias donde la Corte, como parte íntegra del Sistema Interamericano, ha desarrollado el derecho, como en su reciente opinión consultiva OC-25/2018 realizada por el Estado de Ecuador.

3. Principios³²

A la luz del Estatuto de los Refugiados de Ginebra, de 1951 y su Protocolo de 1967 como principales instrumentos universales de protección a aquellas personas que cumplen con las condiciones antes mencionadas, podemos destacar los siguientes principios regulatorios:

- I) Obligación de no devolver (non- refoulement) y su aplicación extraterritorial;
- II) Obligación de permitir la solicitud de asilo y de no rechazar en frontera;
- III) Obligación de no penalizar o sancionar por ingreso o presencia irregular y de no detención;
- IV) Obligación de brindar acceso efectivo a un procedimiento justo y eficiente para la determinación de la condición de refugiado;
- V) Obligación de asegurar las garantías mínimas de debido proceso en procedimientos justos y eficientes para determinar la condición o estatuto de refugiado;
- VI) Obligación de adaptar los procedimientos a las necesidades específicas de las niñas, niños y adolescentes;
- VII) Obligación de otorgar la protección internacional si se satisface la definición de refugiado y asegurar el mantenimiento y continuidad del estatuto de refugiado;
- VIII) Obligación de interpretar de forma restrictiva las cláusulas de exclusión, y
- IX) Obligación de brindar acceso a derechos en igualdad de condiciones bajo el estatuto de refugiado.

Debemos agregar que fallos de la Corte Interamericana³³ ha desarrollado doctrina sobre los principios que deben respetarse y las prohibiciones de hechos en los que no debería incurrir un Estado Miembro. Estos son:

- A) Prohibición de expulsión de los nacionales y el derecho a ingresar al propio país;

³² CONVENCION Y PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE GINEBRA DE 1951 y 1967 respectivamente.

³³ Caso del Comité Haitiano de Derechos Humanos vs. Estados Unidos, (1997); Caso Wong Ho Wing vs. Perú (2015); Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (2014).

- B). Límites a la expulsión de los extranjeros;
- C) Prohibición de Expulsión Masiva de Extranjeros.

4. Requisitos Procedimentales

Como hemos mencionado, para que una o un grupo de personas soliciten asilo o refugio, debe producirse una situación de violencia o amenaza de violencia que pudiera afectar de manera directa la vida de la persona que lo solicita³⁴.

El refugio debería otorgarse bajo las formas que establece el Estatuto de Roma y los otros instrumentos que hemos citado ut supra, siempre que se ocasionen situaciones en el país de origen que pudieran afectar o que actualmente afecta a la persona como los distintos elementos que hemos mencionado: las crisis económicas, humanitarias o desastres naturales, políticas, de crimen organizado o cualquier otra.

Los instrumentos a los que hemos hecho alusión no establecen directrices específicas³⁵ sobre cuáles son los pasos para seguir al momento de recibir a aquellas personas que provienen de una situación de amenaza a su vida, sin embargo, a la luz del artículo 31 y 32 del Estatuto de los Refugiados, podemos analizar que establecen importantes limitantes a los Estados receptores y que pasaremos a analizar a continuación.

El artículo 31 establece que los Estados no podrán imponer sanciones penales por causa de entrada o presencia de personas que vienen escapando de una situación de violencia y se encuentren dentro del territorio del Estado receptor sin autorización. Además, que el Estado deberá concederle al refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para su admisión en otro país. Esto nos da la oportunidad de entender el proceso de llegada de la persona refugiada. Por el carácter humanitario de la institución, el Estado posee una mayor obligación de recibir a estas personas y no devolverlas a su país de origen u expulsarlos a cualquier otro sin que exista otro Estado receptor que acceda.

También el artículo 32 nutre los requisitos que el Estado debe cumplir como es la prohibición de expulsión. Dicha disposición establece que “la expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional...” Lo que apela a la discrecionalidad del Estado y sus normas que pudieran favorecer o no al refugiado. Sin embargo, más adelante establece que el refugiado deberá tener la oportunidad de presentar pruebas, formular recurso de apelación y hacerse representar ante una autoridad competente lo que significa que deberá ser mediante un proceso previamente establecido y no de manera arbitraria. El Estado deberá garantizar al refugiado un plazo razonable para que éste pueda gestionar su admisión legal en otro país.

³⁴ CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS, Ginebra (1951).

³⁵ CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE GINEBRA, Ginebra (1951) y la CONVENCION SOBRE ASILO DIPLOMATICO Y TERRITORIAL, Caracas (1954).

En el Coloquio, celebrado en Cartagena, en 1984³⁶, los Estados latinoamericanos en la cláusula cuarta ratificaron la naturaleza pacífica, apolítica y exclusivamente humanitaria que debe tener el reconocimiento de la condición de refugiado e instó a los participantes a crear las políticas necesarias para la inclusión de esas personas a la sociedad. Aportando a la doctrina con un compromiso más reconociendo la no discriminación del que debe gozar todo el proceso donde el Estado receptor recibe a aquellas personas que se encuentran en esta situación lamentable.

Por otro lado, el asilo es mucho más restrictivo al momento de otorgarse, vinculándolo sobre todo con persecuciones de carácter político que pudieran atentarse contra la vida del solicitante se encuentra establecido en el artículo 6 de la Convención de Caracas sobre el Asilo Diplomático (1954) que expresa:

“Se entienden como casos de urgencia, entre otros, aquellos en que el individuo sea perseguido por personas o multitudes que hayan escapado al control de las autoridades, o por las autoridades mismas, así como cuando se encuentre en peligro de ser privado de su vida o de su libertad por razones de persecución política y no pueda, sin riesgo, ponerse de otra manera en seguridad.”

Las Convenciones de Caracas sobre el Asilo Diplomático y Asilo Territorial representan los principales instrumentos internacionales de la región latinoamericana que nos dan luces al procedimiento y directrices que deben seguir los Estados signatarios.

En el caso de la Convención de Caracas sobre el Asilo Diplomático, el artículo 5 establece que “el asilo no podrá ser concedido sino en casos de urgencias y por el tiempo estrictamente indispensable para que el asilado salga del país con las seguridades otorgadas por el gobierno del Estado territorial...” sugiriendo que el asilo se otorga por un plazo o tiempo determinado de manera unilateral por el Estado, valorando la importancia de que sea el tiempo prudente para que se superen los riesgos a la vida, libertad o integridad personal del solicitante.

Esta Convención señala en su artículo 3, la responsabilidad del Estado signatario de excluir a aquellas personas que al momento de solicitar la protección se encuentren inculpadas o procesadas ante los tribunales ordinarios con relación a delitos comunes, o que estén condenadas y no hayan cumplido con las penas respectivas. Procedimentalmente, estas personas deberán ser invitadas a retirarse o entregadas al gobierno local que no podrá juzgarlas por delitos políticos anteriores al momento de la entrega.

En su artículo 17, la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático menciona que una vez se realiza la salida del asilado del territorio del Estado donde corre peligro, el Estado que otorgó el asilo no está obligado a radicarlo en su territorio, sin embargo, no podrá devolverlo a su país de origen sin previa autorización del asilado, disposición que nos parece garantiza la protección del asilado y establece la responsabilidad del Estado asilante, desde el momento que acepta la solicitud, de tutelar todos los derechos inherentes del asilado.

Por su lado, la Convención de Caracas sobre el asilo territorial, menciona en su artículo 2 que, al momento de conceder el asilo, deberá brindar las mismas condiciones que a sus habitantes, sin

³⁶ DECLARACIÓN DE CARTAGENA SOBRE LOS REFUGIADOS, Cartagena (1984).

ninguna restricción. Dichas persona o grupo, sobre todo aquellos que fueron notoriamente dirigentes de un movimiento subversivo podrá ser ubicado con una distancia prudencial de las fronteras (artículo 9), lo que para nosotros representa una protección adicional para que estas no sufran de posibles ataques de Estados vecinos que pudiera ser el perpetrador, patrocinador o aliado. En el supuesto de que esta persona o grupo decidan salir del territorio del Estado asilante, podrá hacerlo siempre que le notifique al primero y que no se dirija a su país de procedencia (artículo 10). Al igual que la Convención de Asilo Diplomático, la de Asilo Territorial establece que la extradición no es procedente cuando se trate de personas que sean perseguidos por delitos políticos o por delitos comunes cometidos con fines políticos (artículo 4).

III. Principales retos del asilo y refugio en sistema interamericano de protección de los derechos humanos

El hecho de que desde hace varios siglos, América Latina reconozca la importancia de la protección y cooperación internacional para garantizar el goce una serie de derechos como la libertad y vida de la población, nos sugiere también que desde antes de la descolonización, existían situaciones que ponían a aquellas personas en situaciones desventajosas, donde una autoridad superior pudiera, de manera sistemática o utilizando el aparato gubernamental, atentar contra la persona, obligándolo a desplazarse de manera forzosa y solicitar la protección.

En este apartado desarrollaremos lo referente a todas aquellas situaciones que representen retos al Sistema Interamericano, es decir, que impida que el mismo sea fiscalizador y garante de los derechos consagrados en la Convención, y a su vez, que impide que aquellas personas que han sido víctimas tengan una reparación efectiva.

Al identificar los desafíos del Sistema, nos iremos encaminando a lo que buscamos con este trabajo de investigación: realizar conclusiones y recomendaciones que pudieran aportar a la “tradición latinoamericana” como doctrina y contribuir a hacer frente a los mismos.

1. Regímenes autoritarios

Desde sus inicios en la región, la protección internacional se ha otorgado a personas que escapan de una situación de peligro a su libertad o vida, principalmente promovida por un líder -o varios- que, mediante la utilización del aparato Estatal, buscan causar un daño a aquella persona que se opone a algo en determinado.

Este fue el caso de Juan Rodríguez Suárez, uno de los primeros registros de asilo (consuetudinario) otorgado en la región, donde en 1559, se le inició un proceso político y que a todas luces lo desfavorecería. Desde entonces, estos los que se pudieran considerar como los principales perpetradores de derechos humanos en la región.

Vemos los vivos ejemplos en el Estado de Venezuela y Nicaragua, donde los gobiernos han generado un espectro de violencia generalizada y brutal represión, llevándolos a perseguir a todo aquel que no esté de acuerdo con el régimen incluso hasta llevarlos a la muerte.

En el reciente informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos³⁷, se estableció que uno de los motivos que genera la crisis es provocada por: “las instituciones responsables de la protección de los derechos humanos, tales como la Fiscalía General, los/as jueces/as y la Defensoría del Pueblo, generalmente no llevan a cabo investigaciones prontas, efectivas, exhaustivas, independientes, imparciales y transparentes sobre violaciones de derechos humanos y otros crímenes cometidos por actores estatales, no llevan a las personas responsables ante la justicia, ni protegen a personas víctimas y testigos. Dicha inacción contribuye a la impunidad y la repetición de las violaciones... estas políticas van acompañadas de retórica pública, utilizada también por autoridades de alto rango, que desacredita y ataca de manera constante a quienes critican al Gobierno o se oponen a él. La oposición política, los/as activistas de derechos humanos y los/as periodistas, entre otros/as, son con frecuencia el blanco de los discursos que los tildan de traidores y agentes desestabilizadores. Los medios de comunicación progubernamentales difunden ampliamente esta retórica, por ejemplo, a través del programa televisivo semanal “Con el mazo dando” presentado por el Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente...”

La descripción vertida por la Alta Comisionada nos da luces de la concentración del poder dentro del sistema venezolano. Esta situación promueve un Estado donde no se garantiza el goce de derechos humanos fundamentales de la población, por ende, ignorando su responsabilidad como miembro del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.

Por otro lado, la OEA, ha manifestado³⁸ que: “la CIDH expresa su preocupación por el número alto de personas detenidas en el ejercicio del derecho a la protesta social, así como por la información que apunta a que dichas detenciones responderían a fines políticos y de represión contra manifestantes. A tal respecto, recuerda que las prohibiciones generales al ejercicio del derecho a participar en protestas pacíficas no pueden servir de fundamento para vigilar, detener y someter a procesos penales a manifestantes o líderes sociales por el solo hecho de expresar sus opiniones sobre una política o medida gubernamental...la CIDH ha recibido información sobre circunstancias que violarían los derechos de las personas detenidas. En la mayoría de los casos, no serían informados de las razones de su detención, sino hasta su presentación ante la autoridad judicial. Hasta ese momento no se le permitirían comunicarse con sus familiares o abogados. Se ha denunciado también casos de incomunicación y traslados arbitrarios entre centros de detención en horas de la madrugada y sin notificación previa. La Comisión también ha tomado conocimiento de casos en los que, a pesar de contar con una orden de excarcelación, las personas no serían liberadas. De igual forma, se ha denunciado que jueces impondrían como requisito de liberación fianzas garantizadas por uno o más fiadores, que prolongarían de manera innecesaria la detención.”

El extracto antes citado, sustenta nuestro punto de que los regímenes autoritarios representan uno de los retos del Sistema Interamericano. Sobre todo, por la imposibilidad de los mecanismos del sistema para hacer efectivo el cumplimiento de las disposiciones de los instrumentos de protección de los derechos humanos, como la propia Convención Americana. Al haber tal concentración del poder, no existen contrapesos ni oposición que pudiera exigir el cumplimiento de las obligaciones

³⁷ ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, informe de mayo del 2019.

³⁸ INFORME DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, informe de diciembre del 2017.

que el Estado ha adquirido. Por no existir un Estado de derecho, con una administración de justicia transparente e imparcial, se le dificulta a las víctimas agotar la vía interna. De igual forma, se les complica a los órganos que forman parte del Sistema ejercer acción si no existe una denuncia por la parte de los afectados.

2. Regímenes nacionalistas y/o Populistas

Son estos los que surgen con mayor frecuencia en la región, no sólo despertando el sentimiento de xenofobia en la población, que luego dificultará la integración de los refugiados y asilados dentro de la vida productiva del país, sino llevando a cabo acciones violatorias a las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Algunos ejemplos se materializan en casos como el Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana³⁹ donde la Comisión Interamericana destacó que: “una expulsión se torna colectiva cuando la decisión de expulsar no se basa en casos individuales sino en consideraciones de grupo, aunque el grupo en cuestión no sea numeroso”, haciendo un importante énfasis en que estas expulsiones habían sido basadas en discriminación de nacionalidad.

En su reciente Resolución 2/18⁴⁰, relacionada a la migración de personas venezolanas, la Comisión Interamericana de los derechos humanos destacó la preocupación del aumento de la xenofobia y la poca aceptación de los migrantes producto de los estigmas creados donde se les responsabiliza de los males de la sociedad. Compartimos un extracto:

“La CIDH también tiene información sobre graves prácticas xenófobas y discriminatorias en contra de personas venezolanas en países de tránsito y destino, entre las que destacan insultos, abusos de autoridades y particulares, extorsión, así como discursos que estigmatizan y criminalizan las personas venezolanas al culparlas de aumentar los índices de violencia en sus países y quitar empleos a los nacionales. Asimismo, como consecuencia de su situación de extrema vulnerabilidad y pobreza, muchas personas venezolanas se encuentran más expuestas a ser víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual, prostitución forzada, explotación laboral, servidumbre y prácticas análogas a la esclavitud, entre otras.”

3. Vacíos en los instrumentos de Protección de los Derechos Humanos

Al revisar los principales convenios de derechos humanos como lo son: la Convención Americana de los Derechos Humanos, la Declaración y Convención de los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, notamos que existen disposiciones que podrían interpretarse en menoscabo de los derechos del asilado y refugiado -como en efecto pasa- sin importar que cada uno de ellos incluye una disposición relacionada a que los Estados no deberán interpretarse de tal forma. Desarrollaremos nuestras consideraciones abordando cada instrumento internacional en la secuencia en que las citamos.

³⁹ Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana (2014).

⁴⁰ MIGRACIÓN FORZADO DE PERSONAS VENEZOLANAS, Resolución 2/18 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, marzo del 2018.

En constancia de que los vacíos legales representan uno de los retos del Sistema Interamericano, la Comisión Interamericana destacó⁴¹ que: “observa que en el marco de la crisis de migración forzada que enfrentan las personas venezolanas, existen vacíos de protección para el goce efectivo de los derechos humanos de las personas. Entre ellas, preocupan a la CIDH prácticas tales como rechazos en frontera, expulsiones o deportaciones colectivas, la dificultad de muchas personas venezolanas para obtener pasaportes u otros documentos oficiales exigidos por algunos Estados para regularizarse o ingresar de forma regular a sus territorios, pagar los costos de las solicitudes de visas y el acceso igualitario a los derechos en los países de destino...Entre los múltiples desafíos que enfrentan las personas venezolanas al migrar, también se destacan los obstáculos para obtener protección internacional, la discriminación, las amenazas a su vida e integridad personal, la violencia sexual y de género, los abusos y explotación, la trata de personas, la desaparición de migrantes y refugiados, el hallazgo de fosas clandestinas en zonas fronterizas y rutas migratorias con restos que se presumen de personas venezolanas a falta de documentos de identidad...”

Es por esto, que nos interesamos en estudiar los principales instrumentos de derechos humanos que rigen el Sistema Interamericano. Como se ha establecido, los vacíos promueven que los Estados pudieran aplicar la protección internacional en detrimento de las personas que escapan de una situación donde su libertad o vida se encuentren en peligro.

Primero, la Convención Americana de los Derechos Humanos, en su artículo 22⁴², al referirse al derecho a circulación y residencia limita a que solo las personas que se hallen legalmente podrán circular por el territorio de un Estado. Además, que dicho derecho puede ser suspendido mediante una ley para proteger la seguridad nacional y el orden público, sugiriéndonos a la invocación de un estado de excepción y suspensión de garantías, posteriormente desarrollado en el artículo 27⁴³ del mismo documento.

Consideramos que estos dos puntos mencionados podrían abrir la puerta para interpretaciones arbitrarias y que impacten de manera negativa a aquella persona que se encuentre escapando de una situación lamentable. Estableciendo que sólo los que se encuentren legalmente podrán transitar, a nuestras luces, dificulta a que dichas personas entren al territorio, efectúen los trámites administrativos correspondientes y a su vez, que accedan a servicios básicos que muchas veces los campos de refugiados no poseen. Luego, la facultad de suspensión que le otorga la norma al Estado brinda la capacidad de hacerlo de manera antojadiza. Ambos puntos son materializados empíricamente con el ejemplo del Estado de Venezuela que decretó el cierre de fronteras con Colombia en 2015, con Brasil en diciembre de 2016, con Aruba, Curazao y Bonaire en enero de 2018, en virtud de la declaratoria de un estado de excepción que a su vez dificulta que los ciudadanos venezolanos salgan del territorio, soliciten y reciban asilo, refugio u otra protección complementaria.

Segundo, la Declaración de los Derechos del Niño, en su Principio 4, menciona que: “todo niño debe gozar de la seguridad social... tanto a él como a su madre, (incluyendo) cuidados especiales,

⁴¹ MIGRACIÓN FORZADO DE PERSONAS VENEZOLANAS, Resolución 2/18 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, marzo del 2018.

⁴² CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, San José (1969).

⁴³ Ídem.

incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados”⁴⁴ lo que muchas veces es difícil garantizar en la praxis, tomando en consideración los campos de refugiados en los que muchas veces son reclusos donde no tienen acceso a servicios básicos. Aplica el mismo análisis para el Principio 7 donde se declara que “el niño tiene derecho a recibir educación... y a llegar a ser un miembro útil de la sociedad.”⁴⁵ toda vez que dichos campos de refugiados impiden la integración de estas personas a la productividad del país.

Aunado a lo anterior, el Principio 6 establece que “salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse el niño de corta edad de su madre”⁴⁶ pero conocemos que no se ha podido consumir dicha práctica, y lo vemos en ejemplos como en el de la Caravana de Migrantes Centroamericanos hacia Estados Unidos de América donde se separan familias, incluyendo menores de edad, por políticas domésticas y le resulta difícil al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, ofrecer una respuesta efectiva para la protección de estos niños y niñas vulnerables.

Para ejemplificar, destacamos el Comunicado de Prensa⁴⁷ donde la Comisión Interamericana mencionó que: “durante los últimos años, ha venido observando el aumento de la migración de personas provenientes de El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, quienes buscan llegar a los Estados Unidos y, en menor medida, a México... la CIDH ha observado que, como respuesta a la situación, los Estados Unidos de América y los Estados Unidos Mexicanos han venido implementando políticas y prácticas de manera conjunta en materia de migración y asilo, las cuales están teniendo impactos directos en los derechos humanos de los migrantes, solicitantes de asilo y refugiados...la CIDH también ha recibido información sobre casos de separación de familias bajo el Programa “Quédate México” en los que los padres y/o madres permanecen en México, mientras que sus hijos son enviados a la Oficina de Reasentamiento de Refugiados (ORR) de los Estados Unidos de América. La CIDH reitera que el derecho a la no devolución establece la prohibición de expulsar o devolver a las personas a donde sus derechos a la vida, la integridad personal y a otros derechos humanos están en riesgo de violación...”

Notamos que, en la práctica, el principio de no separación familiar, consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño, no ha sido respetado. Con las crecientes caravanas de migrantes provenientes de Centroamérica, cientos de familias⁴⁸ han sido separadas. En este sentido, se le imposibilita, por un lado, a los Estados garantizar el goce de los derechos de la Convención, y por el otro, al Sistema Interamericano intervenir para reivindicar este derecho sin que exista una denuncia de las víctimas.

Tercero, la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 22 señala que: “Los Estados partes adoptarán las medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internos aplicables reciba... la protección y la asistencia humanitaria adecuada para el disfrute de los derechos

⁴⁴ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Nueva York (1989).

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Comunicado de Prensa 180/19 de la CIDH (julio del 2019).

⁴⁸ Comunicado de Prensa 180/19 de la CIDH (julio del 2019).

pertinentes... A tal efecto, los Estados parte colaborarán con Naciones Unidas... por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia.”⁴⁹

Notamos que esta disposición establece como fin último, en caso de que las familias sean separadas, que niño obtenga la información necesaria para localizar a los padres y reunirse con ellos y en la situación que sea imposible localizarlos, el Estado se encargará de su protección, haciendo especial énfasis en la palabra “localizarlos”. Este artículo no contempla la situación en que a los padres se le niega la protección y deben regresar a su país donde se encuentran amenazados.⁵⁰ De tal manera, el menor no podría reunirse con su familia sin correr el mismo riesgo a su integridad.

Cuarto, el Pacto de los Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene en su artículo 2, numeral 3, que: “Los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.”⁵¹ entre los derechos reconocidos: condiciones de trabajo equitativos y satisfactorios, un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie, condiciones de existencia dignas para ellos y sus familias, el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas... (artículo 7), lo que causa preocupación al momento de interpretar.

Dicha disposición brinda la capacidad a aquellos países en vías de desarrollo, como lo son todos los Estados miembros sujetos al Sistema Interamericano, a eximirse de la responsabilidad de garantizar a extranjeros (para los efectos del presente trabajo de investigación, asilados y refugiados) derechos laborales, aceptados en el Pacto y que representan condiciones mínimas de todo trabajador. El Pacto no pasa a definir que aquellos exentos deben sustentar y ahondar en los motivos.

Por último, dentro de nuestro análisis también nos remitimos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente en su artículo 13 donde establece que: “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte... sólo podrá ser expulsado de él en el cumplimiento de una decisión adoptada mediante ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello...”⁵² que para nosotros, primeramente, señala que los que se encuentren legalmente deben ser expulsados conforme a los procedimientos legales de lugar y respetando sus garantías judiciales, sugiriendo que aquellos que no tengan condición “legal” por mantenerse en un trámite de refugio o asilo, sí pueden ser devueltos sin agotar la vía legal toda vez que no contempla el Estatuto de los Refugiados y el principio de no devolución. Además, una vez más brinda la facultad al Estado de devolverlos por alegar el mantenimiento de la seguridad y el orden público sin instar a que los mismos notifiquen formalmente cuáles son.

⁴⁹ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Nueva York (1989).

⁵⁰ Comunicado de Prensa 180/19 de la CIDH (julio del 2019).

⁵¹ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Nueva York (1976).

⁵² PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Nueva York (1976).

4. Impunidad

Según la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, podemos definir impunidad como: “la inexistencia, de hecho, o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas.”

⁵³

La protección internacional ha sido utilizada en reiteradas ocasiones como medio para evadir la justicia del Estado territorial y protegerse de un posible proceso judicial desfavorable, más no porque su libertad o vida se encuentren amenazadas.

Por ejemplo, datos relevaron que: “88% de los peruanos que se consideran informados sobre el caso de Alan García cree que el expresidente peruano solicitó asilo político en Uruguay para evadir a la Justicia, y apenas un 9% defendió su derecho por ser un perseguido político. Además, 92% de los encuestados está de acuerdo con la decisión que tomó el Gobierno uruguayo de rechazar el pedido del exmandatario.” ⁵⁴

Esta encuesta se realizó bajo la muestra de 1,316 personas y reafirma nuestra posición de que existe una percepción generalizada enfocada a argumentar que la protección internacional ha sido utilizada para la evasión de la justicia.

Por otro lado, la deficiencia de la administración de justicia, propiciando la impunidad de aquellos que cometen violaciones de los derechos humanos, representan un reto del Sistema Interamericano. ACNUR ha establecido que: “en determinadas situaciones, puede existir un nexo causal entre la carencia o deficiencia de justicia y seguridad como derechos fundamentales de todos los individuos, y la subsecuente persecución o amenaza de persecución y la necesidad de protección internacional. En efecto, la impunidad y la inseguridad son factores destabilizadores del Estado de derecho, y pueden contribuir a generar desplazamientos forzados.” ⁵⁵

En este sentido, la Corte ha manifestado que: “... el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares” ⁵⁶

Lo anterior, pudiera ser producto de que los principales convenios que regulan la materia otorgan cierta discrecionalidad por parte del Estado asilante de conceder o no el asilo y a su vez, han sido interpretados como discrecional. Esta discrecionalidad ha contribuido a que se otorgue la protección

⁵³ CONJUNTO DE PRINCIPIOS ACTUALIZADO PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS MEDIANTE LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD, Nueva York (2005).

⁵⁴ Diario El Comercio, Perú (2018).

⁵⁵ XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, ACNUR, San José (2003).

⁵⁶ Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala (1998); Caso Blake vs. Guatemala (1998); Caso Loayza Tamayo vs. Perú (1997).

internacional con base a afinidades políticas (principalmente) o de otra índole, no guardando relación con una amenaza inminente a su libertad o vida.

5. Discrecionalidad y burocracia del Estado receptor

Al revisar cifras del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) notamos que al 31 de enero del 2018, se contabilizaban 133,861 solicitudes de asilo de personas venezolanas, al tiempo que se registraban otras 350,861 que optaron por otras alternativas migratorias de estancia legal, sobre todo en países como Colombia, Brasil, Perú, Ecuador, Estados Unidos de América, Panamá, Costa Rica, Trinidad y Tobago, México, Argentina, Chile, Uruguay, Canadá, como otros países del mundo.

Ante la abusiva discrecionalidad y la burocracia que muchas veces conlleva el pago de costos apoderados legales, muchos han recurrido a los canales clandestinos que provee la migración irregular, a través de peligrosas rutas terrestres y marítimas. Debemos destacar que, en reiteradas ocasiones, los migrantes no conocen sus derechos a la protección internacional. A su vez, que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, que requieren ser atendidas por el Estado territorial con un enfoque especial y diferenciado.

Esto ha creado un mercado como pudiera definirse como trata de personas donde existe un “mediador” encargado de transportarlos y que muchas veces sacan provecho, haciendo cobros abusivos y hasta atentando con la integridad de la persona. La Comisión Interamericana de los derechos humanos ha destacado que: “existen obstáculos para obtener la protección internacional”⁵⁷ que interpretamos representa la burocracia y discrecionalidad del Estado territorial que pone al migrante que solicita en un estado de vulnerabilidad y que lleva a “la discriminación, las amenazas a su vida e integridad personal, la violencia sexual y de género, los abusos y explotación, la trata de personas, la desaparición de migrantes y refugiados, el hallazgo de fosas clandestinas en zonas fronterizas y rutas migratorias con restos que se presumen de personas venezolanas y falta de documentos de identidad; así como obstáculos en el acceso a asistencia humanitaria, particularmente acceso a vivienda, salud, alimentación, educación y otros servicios básicos.”⁵⁸

Destacamos los avances que han tenido varios miembros del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, entre esos, Chile, en donde se crearon condiciones migratorias para suplir las carencias del sistema administrativo convencional, de manera que la persona que llega escapando de una situación de violencia o persecución, pueda tener una condición migratoria estable e integrarse a la fuerza laboral mientras se encuentra tramitando la protección internacional de manera paralela. Sin embargo, esta condición migratoria es temporal y está sujeta a la aprobación del trámite administrativo convencional, que usualmente tiene altos porcentajes de denegación.

⁵⁷ MIGRACIÓN FORZADO DE PERSONAS VENEZOLANAS, Resolución 2/18 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, marzo del 2018.

⁵⁸ Ídem.

IV. Análisis de casos del asilo y refugio en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

En este apartado buscamos analizar la aplicación del asilo y refugio en América Latina, revisando casos emblemáticos como el (Caso Asilo, Colombia vs. Perú, Corte Internacional de Justicia) de Haya de la Torre, la Opinión Consultiva OC-25/18 del 30 de mayo del 2018 realizada por el Estado de Ecuador a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y el caso de Julian Assange, responsabilizado por WikiLeaks, asilado en la Embajada del Ecuador en Londres hasta el pasado abril del 2019, que ha tomado mucha relevancia en las últimas semanas.

Lo anterior, para reconocer en la práctica, cómo se ha aplicado esta figura jurídica dentro de la jurisdicción del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y luego para continuar identificando los retos que afrontamos como región. A su vez, para ir conduciendo el trabajo de investigación a su cauce: hacer propuestas de mejora para superar dichos desafíos.

1. Caso Asilo, Colombia vs. Perú, Corte Internacional de Justicia

Este caso es emblemático cuando nos referimos a la tradición de asilo en América Latina. El mismo surgió cuando un dirigente político peruano, de nombre Víctor Haya de la Torre, miembro del partido Alianza Popular Revolucionaria Americana fue acusado por el Estado del Perú por haber instigado una revuelta y efervescencia popular que alteraba directamente el orden público, atentando con la seguridad de la población del mismo país.

Dicha revolución inició el 3 de octubre del 1948 y fue reprimida militarmente por el régimen de turno. El día subsiguiente, se promulgó un decreto por el cual se responsabilizaba de manera directa a la Alianza Popular Revolucionaria Americana, dirigido en ese momento por Víctor Haya de la Torre, precisamente del delito de rebelión, del cual fue procesado por la justicia ordinaria del Estado del Perú. En noviembre del mismo año, se encontraba en libertad por lo que se giraron instrucciones a fin de ordenar su comparecencia ante el juez de instrucción. Fue por esto, que Haya de la Torre consideró que su libertad y vida se encontraban en peligro y solicitó asilo en la Embajada de Colombia que le fue concedida el 3 de enero de 1949.

El 4 de enero de 1949, el Embajador de Colombia en Lima, la capital del Perú les notificó a las autoridades peruanas del asilo concedido a Haya de la Torre y a su vez, solicitó que se expidiera un salvoconducto que permitiera al asilado abandonar el país.

El Estado del Perú rechazó la calificación de asilado en virtud de que consideraba que el delito por el que se le estaba acusando (rebelión) configuraba un delito común y el Estado Colombiano incurría en una mala interpretación del tratado, a su vez, alegaba que no era obligación del Estado territorial (en este caso, Perú) otorgar el salvoconducto en estas circunstancias. Al no poder llegar a un mutuo acuerdo, ambos Estados convinieron mediante un acta de fecha 31 de agosto de 1949, someter el caso ante la Corte Internacional de Justicia.

a. Posición de las partes: Colombia

Primeramente, el Estado de Colombia hizo alusión al Acuerdo Bolivariano de 1911, sobre la extradición, la Convención de la Habana de 1928, relativa al asilo, la Convención de Montevideo de 1933, relacionada al asilo político y al derecho internacional americano, estableciendo que se encontraban facultados para calificar la naturaleza del delito para los efectos de conceder el asilo. Estaban reivindicando el derecho a la calificación unilateral y definitiva del delito, que surtiría efectos directo para el Perú. Es decir, que consideraban las distintas herramientas del Sistema Interamericano, le otorgaban la facultad exclusiva de decidir si reconocían el delito como común o político, a lo que resolvieron considerarlo con naturaleza política.

A su vez, el Estado de Colombia, con base al cuarto párrafo del artículo 2 de la Convención de la Habana, argumentó que el Estado del Perú tenía la obligación de otorgar un salvoconducto a Haya de la Torre a fin de que este pudiera abandonar el país con total seguridad. Citamos para mayor entendimiento:

“Tercero: El Gobierno del Estado podrá exigir que el asilado sea puesto fuera del territorio nacional dentro del más breve plazo posible; y el Agente Diplomático del país que hubiere acordado el asilo, podrá a su vez exigir las garantías necesarias para que el refugiado salga del país respetándose la inviolabilidad de su persona.”⁵⁹

Lo anterior, intentando probar que la libertad y vida del dirigente político se encontraba gravemente amenazada por las autoridades peruanas que se encontraban utilizando estos cauces para responsabilizarlo de un delito político que no tenía mayor fundamento que el señor Haya de la Torre no compartía las mismas visiones políticas que el régimen de turno.

b. Posición de las partes: Perú

Por su lado, el Estado del Perú solicitaba a la Corte que se reconociera que el Estado de Colombia había concedido el asilo a Haya de la Torre, en violación de la Convención de la Habana, específicamente del segundo párrafo del artículo 1 que establece que en caso de que se le acusara al señalado por un delito común, no puede ser objeto de protección de otro Estado, mediante el asilo. La disposición reza de la siguiente manera:

“Las personas acusadas o condenadas por delitos comunes que se refugiaren en alguno de los lugares señalados en el párrafo precedente deberán ser entregadas tan pronto como lo requiera el gobierno local.”⁶⁰

A su vez, esgrimió que la circunstancia en la que se otorgó el asilo, carecía de uno de los elementos fundamentales como lo es la urgencia que la debe justificar, tomando en consideración que las autoridades judiciales del Perú, solicitaron la comparecencia del señor Haya de la Torre en el mes de noviembre y no fue hasta enero del siguiente año en que el mismo solicitó el asilo, lo que denota que dichas autoridades buscaban investigar conforme a derecho y asegurando el respeto a sus garantías

⁵⁹ CONVENCION DEL ASILO, La Habana (1928).

⁶⁰ Ídem.

judiciales consagradas en la Constitución y convenios internacionales considerando que en dicho periodo no se cometieron arbitrariedades. Citamos para ilustrar:

“Primero: El asilo no podrá ser concedido sino en casos de urgencia y por el tiempo estrictamente indispensable para que el asilado se ponga de otra manera en seguridad”⁶¹

c. Consideraciones y decisión de la Corte

La Corte Internacional de Justicia, como órgano supranacional, facultado por su Estatuto, aceptado por ambas partes, pasó a revisar cada uno de los argumentos que presentaron las partes, en este caso, el Estado de Colombia y el Estado del Perú, con el fin de determinar si los instrumentos de derecho internacional invocados favorecían o no las posiciones defendidas.

Primeramente, con relación a la facultad unilateral de calificar el delito que arguyó el Estado de Colombia, la Corte estimó que, si se trataba de una calificación provisional mediante el cual, el diplomático examinaría si se cumplieron las condiciones requeridas o no, se pronunciaría al respecto y existiese la posibilidad de impugnar su opinión, surgiría una controversia que hubiese podido resolverse con arreglo a las vías legales previsto por las partes. No obstante, en esta situación el Estado de Colombia reivindicada dicho derecho de calificación como unilateral y definitivo que surtiría efecto directo en el Perú al no poder oponerse y argumentar que dentro de su legislación configura un delito común.

Dentro de los instrumentos de derecho internacional que el Estado de Colombia invocó, estaba el Acuerdo Bolivariano, celebrado en el Congreso Bolivariano de Caracas, donde los Estados de Ecuador, Bolivia, Perú, Colombia y Venezuela, acordaron ciertos compromisos en materia de extradición. En esta ocasión, haciendo alusión específica al artículo XVIII donde se menciona ligeramente los principios del derecho internacional. Citamos:

“Fuera de las estipulaciones del presente Acuerdo, los Estados signatarios reconocen la institución de asilo, conforme a los principios del Derecho Internacional.”⁶²

La Corte, notó que el Acuerdo se limita a reconocer los principios del derecho internacional, sin mencionar específicamente cuáles, lo que podría ser entendible considerando que dicho instrumento es principalmente de extradición y que esta materia guarda relación con el asilo, no se traduce en que debe desarrollarlo ampliamente. Esto representó una deficiencia para el primer argumento del Estado de Colombia toda vez que los principios del derecho internacional no establecen el derecho a la calificación unilateral. La Corte consideró que el hecho que se le conceda el asilo no debe derogar la soberanía del Estado en el que se cometió el delito, tomando en consideración que el asilado en ese momento se encontraba en el territorio del Estado en el que se ha cometido y la protección brindada por el Estado de Colombia no puede sustraer al delincuente de la justicia.

En cuanto al segundo tratado invocado por Colombia, como fue el caso de la Convención de la Habana, los Magistrados señalaron que dicho instrumento no reconoce el derecho a la calificación

⁶¹ CONVENCIÓN DEL ASILO, La Habana (1928).

⁶² ACUERDO BOLIVARIANO, Caracas (1911).

unilateral ni explícita ni implícitamente. El tercer tratado, la Convención de Montevideo, no había sido ratificado en ese momento por el Estado del Perú por lo que no podía invocarse frente a él.

Además, con lo que respecta al derecho internacional americano, el Estado de Colombia no logró probar que existiera, regional o localmente, un uso constante y uniforme de la calificación unilateral como un derecho del Estado de asilo y una obligación del Estado territorial. Los hechos presentados no eran constantes, tenían contradicciones y fluctuaciones en el uso de este por lo que no logró constatar que dicha práctica tenía fuerza de ley en la región latinoamericana.

Como segundo argumento principal, Colombia invocó la Convención de la Habana para establecer la obligación del Estado del Perú en otorgar al señor Haya de la Torre un salvoconducto para que este saliera del país con plena seguridad. En esta situación, la Corte determinó que el artículo invocado no era aplicable y había sido interpretado de manera errónea toda vez que sólo podría aplicarse cuando el Estado territorial exigiera que abandonara su territorio, solo después de esta condición, el agente diplomático que había concedido el asilo podría exigir dicho salvoconducto y que surtiera efecto obligatorio para el Estado territorial. Los Magistrados reconocieron que existía una práctica bastante común de que, al momento de conceder el asilo, inmediatamente el Estado asilante solicitara el salvoconducto y el Estado territorial lo concediera, sin embargo, que esta práctica no entraña una obligación para el Estado territorial. En el caso que nos ocupa, el Estado del Perú no había exigido la partida del asilado por lo que no estaba obligado a expedir un salvoconducto.

Por su lado, el Estado del Perú como primer argumento esgrime que el señor Haya de la Torre había incurrido en un delito común no en uno político y que debían ser considerada la legislación peruana, alegando que Perú no podía de manera unilateral decidir sobre esto. Como segundo punto, destacó que no existía dicha situación de urgencia que establece la Convención de la Habana, lo que configura un elemento necesario para que el Estado de Colombia justifique el asilo.

La Corte, reconociendo que el Estado del Perú dentro de su solicitud no incluyó que se pusiera a su disposición al asilado, pasó a revisar ambos argumentos que representaban su defensa. Inicialmente, observó que a Haya de la Torre se le responsabilizaba de un tipo penal denominado: “rebelión militar”, vigente en el Código Penal de 1924 (vigente a la fecha del caso) que establecía:

“El que se alza en armas para variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y expatriación.”

Con relación a lo anterior, los Magistrados notaron que la naturaleza del tipo penal no puede considerarse como común, por estar relacionado a sedición, motines, conspiraciones en contra de los poderes del Estado, haciendo alusión a dos grupos distintos: la autoridad y el pueblo que en este caso son los opositores. Desde la óptica de la Corte, el delito atribuido a Haya de la Torre era notablemente político. Por consiguiente, rechazó la reconvención de Perú en este punto en específico.

En cuanto a la urgencia, donde el Perú alegó que era necesaria la persistencia de un peligro para que la persona pudiera gozar de esta protección internacional, la Corte tuvo que adentrarse a los hechos fácticos del caso.

Entre la rebelión militar de la que se acusaba a Haya de la Torre y la concesión del asilo, habían transcurrido tres meses por lo que identificó que el peligro en el que se encontraba no era de rasgos humanitarios, contra la acción violenta de un Estado autoritario sino el peligro de enfrentar un proceso judicial que, desde su perspectiva, podría no ser justo, independiente y donde se le concederían las garantías judiciales de lugar. En este sentido, menciona la Corte que la Convención de La Habana no pretende proteger a un ciudadano que haya atentado contra las instituciones de su país de un proceso judicial ordinario. No basta haber sido acusado de un delito político para tener el derecho al asilo, que sólo es oponible a la acción de la justicia cuando una actuación arbitraria haya reemplazado el imperio de la ley. En ese momento, no se había probado que la situación del Perú impidiera que Haya de la Torre obtuviera un juicio justo y garantista ni la subordinación de la justicia al Poder Ejecutivo.

La Convención de la Habana establece la protección internacional mediante el asilo en caso de que peligre la integridad del solicitante, pero no busca, mediante de esta figura jurídica, el privilegio de evadir su jurisdicción internacional. En caso de que sea utilizado con estas intenciones, desnaturalizaría su esencia y contravendría uno de los principios nodrizos del derecho internacional: el de la no intervención. Si la Convención otorgase la facultad de conceder el asilo a todos aquellos protagonistas de sucesos revolucionarios presumiendo que la administración de justicia siempre se encuentre en una situación de alteración, de incurriría en injerencia extranjera en menesteres netamente domésticos.

Al tiempo que se concedió el asilo, el 3 de enero de 1949, la Corte consideró que no existía una situación de urgencia, tal como lo establece la Convención. En la Sentencia concluyó que la concesión del asilo no se ajustaba al párrafo 2 del artículo 2 de la Convención antes citada.

Adicionalmente, los dos argumentos de Colombia fueron rechazados. En cuanto a lo argumentado por el Estado del Perú, su primer argumento, relacionado con la naturaleza común del delito cometido por Haya de la Torre, fue rechazado en virtud de destacar sus rasgos políticos. El segundo punto del Perú, sobre la urgencia de la situación, se admitió por 10 votos a favor y 6 en contra.

2. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia

El caso fue sometido a la Corte el 21 de febrero del 2012 y se refiere a la argumentada devolución de la Familia Pacheco desde el Estado de Bolivia al Perú el 24 de febrero del 2001, en virtud de la negación del reconocimiento del estatuto de refugiados en Bolivia y de la decisión de expulsión emanada de las autoridades de migración de Bolivia. Ellos habían ingresado a Bolivia el 19 de febrero del 2001. Las autoridades al notar la situación irregular adoptaron medidas a fin de expulsarlos a Perú. Paralelamente, el señor Pacheco Osco, solicitó al Estado el reconocimiento del estatuto de refugiados en favor de él y los miembros de su familia.

Luego de haber escuchado ambas partes, la Comisión Interamericana alegó que el Estado de Bolivia había cometido una violación de las garantías judiciales, al momento de solicitar asilo y a la garantía

de no devolución, consagrados en los artículos 8, 22.7 y 22.8 de la Convención, en perjuicio de la Familia Pacheco (Rumaldo Juan Pacheco, Fredesvinda Tineo Godos, las niñas Frida Edith y Juana Guadalupe, y el niño Juan Ricardo). La Comisión realizó recomendaciones y otorgó al Estado de Bolivia el plazo de dos meses a fin de que las adoptara. Al no hacerlo, consecuentemente fue sometido a la Corte.

a. Posición de las Partes - Estado de Bolivia

El Estado negó su responsabilidad en la expulsión de la Familia Pacheco Tineo hacia el Perú. Esbozaron varios argumentos como: que las supuestas víctimas no habían agotado los recursos internos dentro de la jurisdicción boliviana y que ya habían sido parte del proceso Caso Penal Castro Castro vs. Perú dentro del Sistema Interamericano donde se comprobó que habían sido víctimas de violaciones a derechos consagrados en la Convención por el Estado de Perú, por lo que ya habían sido resarcidos por lo que no podía determinarse una doble responsabilidad.

Además, agregó que la Comisión se había basado en informes y preceptos de ACNUR, lo que pudiera ser considerado Soft-Law y no podía imponerse a los Estados. Tal como menciona la Sentencia: “según el Estado, la Convención de Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967, que constituyen “hard law”, no establecen el procedimiento que los Estados deben seguir para conceder o negar el estatuto de refugiado y los Estados tienen un alto margen de apreciación para definir el procedimiento a seguir respecto de las solicitudes abusivas o infundadas de refugio, el cual no puede ser desconocido por la Corte imponiendo obligaciones no convencionales a partir de las directrices de ACNUR. Argumentaron que la doctrina del control de convencionalidad genera la obligación correlativa para la Corte de no crear nuevas obligaciones para los Estados.”⁶³

El Estado argumentó que había solicitado al Consulado de Chile en Bolivia, una certificación a la Institución Nacional de Migraciones donde constara el estatus migratorio de la Familia Pacheco Tineo dentro del territorio chileno, de esta manera determinar si eran refugiados o no. La Sentencia menciona que: “durante la audiencia pública celebrada en este caso, el Estado aportó un certificado de la Dirección Nacional de Migración, según el cual, después de revisar en sus archivos no encontró constancia escrita del Consulado de Chile que confirmara o no confirmara el estatus de refugio, aclarando que ese no es un certificado del Consulado de Chile como tal. El Estado manifestó que no existe una respuesta por parte del Consulado y dado que es una respuesta de carácter negativo, es decir que no existe respuesta, el Estado ha hecho las mayores gestiones para poder presentar una prueba a la Corte... para averiguar si eran refugiados en Chile y no obtuvo respuesta a estas averiguaciones.”⁶⁴

Dentro de sus alegatos, el Estado alegó que la familia Pacheco Tineo burló los controles migratorios de varios países y que las presuntas víctimas no cumplían las condiciones esenciales para obtener el Estatuto de Refugiados. En palabras de la Corte: “resaltó, genéricamente, que las consideraciones o fundamentos que hacen la Comisión y los representantes no explican ni justifican la presencia voluntaria de la familia Pacheco en el Perú, que estaba libremente transitando en el Perú, haciendo gestiones propias de una persona normal que no tiene el mínimo temor de correr riesgo alguno

⁶³ Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (2013), p. 14, referencia No. 31.

⁶⁴ Ídem, p. 17, párrafo 48.

contra su integridad o vida ni la de sus hijos. Consideró que este es el punto central que la Corte debe analizar, porque de lo contrario, se estaría amparando el abuso, el fraude, la mentira en beneficio de la familia Pacheco Tineo, quienes no puedan obtener beneficios, si estos son ajenos a los principios nobles con los que fue concebido el estatuto de refugiado.”⁶⁵

El Estado también argumentó que había suficiente razón para devolver a la familia hacia el Perú, en virtud de que los mismos estaban siendo requeridos por delitos de terrorismo y buscados por la INTERPOL. Mencionó que las personas cuentan con la oportunidad de solicitar protección como refugiados con base a los motivos convincentes y no así para impedir una devolución a autoridades migratorias del país de origen. Destacó que: “según las mismas directrices de ACNUR, es aceptable que las solicitudes abusivas o fraudulentas sean tramitadas mediante procedimientos acelerados y en este caso estaban buscando refugio a la carta, según sus intereses. Alegó que fue semanas después de los hechos que el Estado tuvo conocimiento de que los peticionarios gozaban de refugio en Chile, lo cual les impedía solicitar un nuevo refugio. Según las normas internacionales sobre los refugiados, cuando una persona tiene que salir del país de asilo para ir al país de origen o donde su vida corría peligro, tiene que ir necesariamente con un pasaporte especial otorgado por el Estado o ACNUR, por un tiempo limitado y previa justificación de la urgencia del viaje, requisitos que no fueron cumplidos por la familia Pacheco Tineo.”⁶⁶

b. Posición de las Partes - Familia Pacheco Tineo

Dentro de sus consideraciones, la Comisión destacó que, en la década de 1990, el señor Rumaldo Pacheco y la señora Fredesvinda Tineo fueron procesados en Perú por supuestos delitos de terrorismo. Al estar en el centro de detención, fueron víctimas de violación de derechos como el de la integridad personal, conocido en el caso Penal Castro Castro vs. Perú. Luego, fueron absueltos del referido proceso puestos en libertad en 1994.

El 13 de octubre de 1995, ingresaron a Bolivia por la Paz, después de enterarse que sobre ellos recaía una nueva orden de captura, emitida por las autoridades del Estado de Perú. El 21 de marzo de 1998, salieron del territorio boliviano al momento que el Estado de Chile les reconociera su condición de refugiados.

Posteriormente, el 3 de febrero de 2001, los mismos regresaron a Perú a fin de gestionar su posible retorno al país de su nacionalidad, actualizar documentos profesionales, revisar algunas inversiones que tenían en el Perú y gestionar la posibilidad de conseguir algún empleo. Al ser infructífero el viaje y habiendo determinado que la sentencia que ordenaba su detención no había sido revocada o archivada, se dirigieron nuevamente al territorio boliviano por una zona de la frontera que se encontraba poco custodiada por lo que no los detuvieron si sellaron sus pasaportes.

El 20 de febrero del 2001, se aproximan al Servicio Nacional de migración de Bolivia con la finalidad de manifestar su condición, alegando que solo se encontraban en ese país para cruzar nuevamente a Chile, de paso solicitando apoyo con el traslado. En ese momento, sus pasaportes fueron confiscados y ellos detenidos. Aunado a lo anterior, existía una orden de devolución al Perú.

⁶⁵ Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (2013), p. 41, párrafo 122.

⁶⁶ Ídem, p. 41, párrafo 123.

La familia presentó un habeas corpus bajo el sustento de que en el Estado de Chile se le había concedido la protección internacional y debía salir del centro de detención para acogerse a dicho derecho en este otro Estado. El habeas corpus fue concedido, pero a consideración de la Comisión, ya la violación de sus derechos había ocurrido.

El 24 de febrero del 2001 fue ejecutada la orden de devolución o expulsión hacia el Perú a través de una localidad llamada el Desaguadero. La familia permaneció en una oficina del Servicio Nacional de Migración hasta que las autoridades peruanas respondieron a la solicitud y los recibieron dentro del territorio peruano.

El argumento principal de la defensa de la familia Pacheco Tineo se basa en que no existen los antecedentes para sustentar que existió un proceso administrativo que les haya hecho cesar del Estatuto de Refugiados por lo que los mismos seguían gozando de todos los derechos consagrados en dicho tratado. Además, que un Asesor de Migraciones en lugar de apoyar a la familia, abusó de ellos, tal como lo establece la Sentencia: “las presuntas víctimas manifestaron que la finalidad del apersonamiento fue regularizar sus documentos, informar sobre su intención de cruzar el territorio boliviano para llegar a Chile y solicitar apoyo para su traslado...en esa circunstancia fueron retenidos los pasaportes de la familia Pacheco Tineo en la oficina del SENAMIG. Las presuntas víctimas manifestaron, además, que en esa oportunidad presentaron todos los documentos que portaban, inclusive que acreditaría su condición de refugiados en Chile...”⁶⁷

El Servicio de Migraciones rehuyó a su deber de examinar si la familia Pacheco Tineo tenían las características principales que exige la calidad de refugiados mediante el cual se requiere primordialmente atender las declaraciones de los solicitantes. Señalaron que la propia legislación interna aplicada, reconocía el derecho de impugnación administrativa pero que la expulsión de la familia fue ejecutada antes de las 48 horas de la notificación, que es el plazo para apelar, es decir, sin estar en firme la resolución que la ordenaba. Por lo que afirmaron se dio un caso *in absentia*, incompatible totalmente con la Convención.

c. Consideraciones de la Corte

Por su lado, la Corte analizó los siguientes puntos: a) las garantías mínimas del debido proceso en procedimientos de carácter migratorio que pueden culminar con la expulsión o deportación de una persona extranjera, b) las garantías mínimas del debido proceso ante solicitudes de reconocimiento del estatuto de refugiado (derecho a buscar y recibir asilo y principio de no devolución), y c) el análisis de los hechos del presente caso bajo la normativa y criterios anteriores.

En cuanto al primer apartado, la Corte determinó que: “de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en la que se encuentre. Los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido

⁶⁷ Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (2013), p. 28, párrafo 79.

identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos y sufren un nivel de desprotección de derechos...”⁶⁸

Es por lo anterior que la Corte considera los Estados miembros del Sistema Interamericano debe conceder protección especial a personas y grupos de migrantes. Así como lo manifestó: “no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que, al adoptar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar sus derechos humanos, en cumplimiento con su obligación de garantizar el ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra cosa. Lo anterior es aún más relevante, si se tiene en cuenta que en el ámbito del derecho internacional se han desarrollado ciertos límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen, en procedimientos de expulsión o deportación de extranjeros, un apego estricto a las garantías del debido proceso, la protección judicial y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica o estatus migratorio del migrante.”⁶⁹

Indicó que el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 8 de la Convención, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos. En este sentido, se citó, cuando en una oportunidad anterior recaló que:

“Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe conocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.”⁷⁰

La Corte analizó otros casos relacionados con las medidas privativas de libertad de carácter punitivo para el control de flujos migratorios y determinó que las sanciones son una expresión del poder punitivo del Estado y la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos, por tanto, serán arbitrarias las políticas migratorias que se basen en la detención obligatoria de migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas. Citamos:

“En todo caso, puesto que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas, y dado que en una sociedad democrática el poder punitivo solo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro, la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos. En consecuencia, serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la

⁶⁸ Ídem, p. 42, párrafo 128.

⁶⁹ Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (2013), p. 43, párrafo 129.

⁷⁰ *EL DERECHO A LA INFORMACIÓN SOBRE LA ASISTENCIA CONSULAR EN EL MARCO DE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL* (1999): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-16/99.

detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines.”⁷¹

En cuanto al apartado relacionado a las garantías mínimas del debido proceso en procedimiento para determinar la condición o estatuto de refugiado y el principio de no devolución, la Corte considera que una vez declarado el Estado, el Estatuto del Refugiado protege a la persona a la cual se la ha reconocido más allá de las fronteras de ese Estado, de modo que otros Estados en los que ingrese esa persona deben tomar en cuenta tal condición y adoptar las medidas necesarias a fin de que se garanticen todos los derechos consagrados en el Estatuto del Refugiado, la Convención de Caracas y la propia Convención Americana. En la Sentencia la Corte lo mencionó de esta forma:

“La Corte considera que, de las anteriores disposiciones y regulaciones, se desprende que, una vez declarado por un Estado, el estatuto de refugiado protege a la persona a la cual le ha sido reconocido más allá de las fronteras de ese Estado, de modo que otros Estados en los que ingrese esa persona deben tomar en cuenta tal condición al momento de adoptar cualquier medida de carácter migratorio a su respecto, y, por ende, garantizar un deber de precaución especial en la verificación de tal condición y en las medidas que pueda adoptar.”⁷²

Con lo relacionado a lo calificación jurídica de los hechos del presente caso, la Corte no le corresponde determinar de la procedencia formal o material de la solicitud de asilo presentada por la familia Pacheco Tineo, lo que corresponde a las autoridades internas. Al SIDH le corresponde determinar si las actuaciones de las autoridades nacionales fueron compatibles con la Convención Americana.

Básicamente, el argumento de la Corte en este punto se refería a que las autoridades de Bolivia no brindaron la oportunidad de gozar de un proceso imparcial, donde pudiesen contradecir la decisión de expulsarlos y argumentar su condición de refugiados. Mencionó que: “la Corte constata que desde el momento mismo en que las presuntas víctimas se presentaron ante el SENAMIG, este órgano inició las gestiones para su expulsión. No consta si dicho órgano efectivamente les otorgó la posibilidad de exponer ampliamente las razones que los asistían en contra de una eventual expulsión relacionada con su situación migratoria, si en ese sentido les comunicó sus derechos, o si les informó expresa y formalmente de los cargos en su contra. Es decir, las presuntas víctimas no fueron formalmente notificadas de la apertura de un procedimiento administrativo en su contra, ni tuvieron conocimiento formal de los cargos administrativos que se les imputaban bajo el Régimen Legal de Migración.”⁷³

A su vez, desde el día que la Familia Pacheco Tineo se apersonaron a la Autoridad Migratoria, el asesor encargado estaba predispuesto, comunicando al Cónsul chileno su voluntad de no otorgar el refugio y devolverlos a su lugar de residencia. Esto, en palabras de la Corte: “el día 20 de febrero de 2001, el Asesor de Migración había expresado la intención de expulsarlos de Bolivia y, desde el día 21 siguiente -el mismo día de la resolución de CONARE-, la Dirección de Migración había

⁷¹ Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (2013), p. 44, párrafo 131.

⁷² Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (2013), p. 50, párrafo 150.

⁷³ Ídem, p. 57, párrafo 162.

adelantado al Cónsul chileno que no concederían refugio a esta familia y que le darían un plazo prudencial para resolver su lugar de residencia. Luego de declarado con lugar el recurso de habeas corpus, el Asesor General de Migración manifestó al Cónsul chileno su molestia por ello y que el Gobierno se reservaría el procedimiento a seguir y que ciertamente lo ocurrido complicaba la situación del Sr. Pacheco. El Cónsul chileno le solicitó entonces que evitara medidas drásticas y, al día siguiente, comunicaba su Cancillería que, luego de arduas negociaciones con Extranjería, se había logrado evitar la expulsión de la familia ese día y se había llegado a un acuerdo verbal para su traslado a Chile...”⁷⁴

Dentro de sus conclusiones, la Corte reiteró que el derecho a buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana no asegura que deba reconocerse el Estatuto de Refugiado a la persona solicitante, pero sí que su solicitud sea tramitada con las debidas garantías. Además, agregó que la expulsión al país de origen de los miembros de una familia, en violación a las garantías mínimas de debido proceso y conociendo que los mismos podrían contar con la protección de un tercer país, va en contra del derecho a buscar y recibir asilo y con el principio de no devolución. Citamos:

“A efectos del presente caso, la expulsión al país de origen de los miembros de una familia en violación de las garantías mínimas de debido proceso, y con conocimiento de que podían contar con protección como refugiados de un tercer país, resulta incompatible con el derecho de buscar y recibir asilo y con el principio de no devolución, reconocidos en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención Americana. Además, el Estado es responsable por la violación del derecho a ser oído con las debidas garantías en un procedimiento administrativo que culminó con la expulsión de la familia, así como a la protección judicial, en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Rumaldo Juan Pacheco Osco, Fredesvinda Tineo Godos, Frida Edith, Juana Guadalupe y Juan Ricardo, los tres de apellido Pacheco Tineo.”⁷⁵

Finalmente, condenó al Estado de Bolivia y solicitó la reparación de las víctimas, no solo con la indemnización monetaria sino con la divulgación de la sentencia, la capacitación de las autoridades y el reconocimiento de los derechos a la familia Pacheco Tineo.

3. Caso de Cesare Battisti

El caso consiste en el asilo otorgado al italiano Cesare Battisti, militante comunista revolucionario en el Estado de Brasil luego de ser acusado y procesado de ser responsable de actos terroristas durante los llamados “años de plomo”.

Battisti nació en un pueblo cerca de Roma, en una familia que por muchos ha sido considerada como católica practicante con influencia del comunismo. Durante sus primeros años, se involucró en varios episodios de delincuencia y hasta llegó a ser detenido por asalto.

⁷⁴ Ídem, p. 62, párrafo 186.

⁷⁵ Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (2013, p. 65, párrafo 199.

Mientras se encontraba detenido en la cárcel Udine, durante el año 1977, conoció a Arrigo Cavatina, uno de los ideólogos y militantes del grupo Proletarios Armados por el Comunismo (PAC) al que luego pasaría a sentirse identificado y formar parte de este. En la época, el grupo era conocido por estar conformados por revolucionarios radicales que promovían robos calificándolos como una forma de “expropiación proletaria”.

En el año 1979, Battisti fue arrestado por el presunto homicidio del joyero Pierluigi Torregiani, que popularmente era conocido como “el justiciero de extrema derecha” al que posteriormente fue sentenciado, no solo por la muerte de Torregiani sino por tres más, del carnicero Lino Sabadin, del mariscal de la policía penitenciaria Antonio Santoro y del Policía Andrea Campagna.

La defensa de Battisti alegó que el mismo era inocente de haber cometido estos crímenes y que el proceso se había desarrollado en un ambiente donde no se garantizaba la imparcialidad y la garantía de todos sus derechos judiciales. Sus expedientes fueron elevados a distintas instancias de la justicia italiana y por la Corte Europea de los Derechos Humanos, en donde a todas luces fue considerado como un proceso común y no político.

Battisti nunca cumplió con su pena toda vez que escapó de la prisión en el año 1981, para irse a vivir clandestinamente a Francia, en un periodo corto y luego a México. Comenzando la década de los 90s, regresó a Francia donde recibió la condición de refugiado político por el gobierno de Francois Mitterrand, condición que cambió al entrar el nuevo mandatario Jacques Chirac, lo que lo hizo escapar a Brasil en 2004.

En marzo de 2007, fue detenido mediante una operación conjunta entre la INTERPOL y la policía italiana, francesa y brasileña y pasó a estar recluso preventivamente en un centro de detención en Brasilia.

Poco tiempo después, el Estado de Italia solicitó su extradición, argumentando que Battisti fue juzgado de manera democrática, imparcial y ofreciéndole todas las garantías de Ley, por lo que era legítima su solicitud. Esta petición fue aunada al hecho de que el Comité Nacional para los Refugiados de Brasil (CONARE) negase su solicitud de refugio político.

Fue un momento muy controvertido toda vez que, sin importar la decisión de la autoridad brasileña competente, el Ministro de Justicia, Tarso Genro, concedió a Battisti el estatus de refugiado de manera unilateral, a inicios del 2009. Esto, de manera conjunta con el apoyo de varios miembros del Partido de los Trabajadores, incluyendo al presidente de la época, Luiz Inácio Lula Da Silva, ya que consideraban que el italiano era víctima de una persecución política.

El caso fue sometido al Supremo Tribunal Federal de Brasil, quienes fallaron en 2009 en favor de la extradición, pero determinó que la decisión final, recaía en el poder Ejecutivo, es decir, el presidente. Fue por esto por lo que el 31 de diciembre del 2010, Lula vetó la extradición, lo que permitió la excarcelación de Battisti y lo ponía en libertad.

Recientemente, con la toma de posesión de Jair Bolsonaro, la situación cambió. La nueva administración consideró que esta era una oportunidad para fortalecer la relación Brasil - Unión Europea.

Battisti finalmente fue arrestado cuando intentaba cruzar la frontera entre Brasil y Bolivia, con más de veintitrés mil reales en efectivo, lo equivalente a seis mil dólares. Según fuentes como BBC⁷⁶, el señor manifestó que se dirigía al país vecino a adquirir equipos de pesca, ropa y vino y que el dinero no todo era suyo sino de otras personas que viajaban con él.

El actual presidente, Jair Bolsonaro, ha manifestado en reiteradas ocasiones su deseo de extraditar a Battisti. De hecho, el mismo mantiene contacto con el Ministro de Interior italiano, Matteo Salvini, quien le pidió ayuda a este caso en donde el presidente brasileño contestó vía twitter: “ayudaré al envío a Italia del terrorista asesino defendido por sus compañeros brasileños con los mismos ideales”.

Este caso nos resulta útil para los efectos del presente trabajo de investigación de manera que identificamos que la protección internacional puede ser utilizada para evadir o burlar la acción de la justicia dentro de una jurisdicción. Además, que, dentro de legislaciones domésticas de algunos Estados miembros del Sistema Interamericano, puede seguir otorgándose la protección internacional de manera unilateral, discrecional y antojadiza, así como pasó en Brasil donde no existieron contrapesos que pudieran hacer efectiva la extradición toda vez que la decisión final recaía sobre el presidente.

4. Opinión Consultiva OC 25/18 de mayo del 2018, realizada por el Estado de Ecuador, Corte Interamericana de los Derechos Humanos

Esta opinión dictada por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en sus facultades otorgadas por la Convención Americana, representa uno de los documentos fundamentales para el análisis del asilo y refugio dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y adquiere relevancia por su reciente aplicación en el caso de Julian Assange.

Dicha opinión fue realizada el 18 de agosto de 2016 por el Estado de Ecuador, con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana, y conforme al mismo documento, se llamó a una audiencia pública, que se celebró el 24 y 25 de agosto del 2017 en el marco del 119° Periodo Ordinario de Sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, celebrado en San José Costa Rica y donde distintos sectores de la sociedad civil, ONGs y Estados Miembros pudieron expresar su opinión sobre la admisibilidad.

a. Consulta del Estado de Ecuador

Las consultas fueron las siguientes:

a) Teniendo en cuenta el principio de igualdad, no discriminación y pro-homine, consagrados en los distintos instrumentos de derechos humanos del Sistema Interamericano y la prohibición de interpretación en perjuicio de estos principios, tal como establece el artículo 29 de la Convención Americana, ¿cabe que un Estado, grupo o individuo realice actos o adopte una conducta que signifique el desconocimiento de dichas disposiciones, incluyendo el artículo 5 del Estatuto de los

⁷⁶ BBC en español (2019).

Refugiados, de manera que se atribuya a los artículos relacionados con el asilo y refugio, un contenido restringido en cuanto a la forma o modalidad del asilo, y cuáles 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 sí 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 encuentre asilada?

c) Cabe que un Estado, ajeno a determinada convención sobre asilo, o que pertenezca a un régimen jurídico regional distinto de aquel en base al cual se concedió asilo, entregue a quien goza del estatuto de asilado o refugiado al agente de persecución, violando el principio de no devolución, argumentando que la persona asilada pierde esta condición por encontrarse en un país extraño a dicho régimen jurídico, al 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 limite, disminuya o menoscabe cualquier forma de asilo, argumentando para ello que no confiere la 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 las cuáles deberían 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 otorgarlo sería dar 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 del 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) Considerando que los Estados tienen la facultad de otorgar asilo y refugio con base a las disposiciones de derecho internacional y el Sistema Interamericano y reconociendo el derecho de calificación por parte del Estado asilante, si un mecanismo de protección de los derechos humanos perteneciente al Sistema de Naciones Unidas, llegase a determinar que la conducta de un Estado puede interpretarse como desconocimiento del derecho de calificación ejercido por el Estado que asila, motivo por el cual dicho mecanismo ha acreditado que el procedimiento en que ha incurrido dicho Estado conlleva la violación de los derechos procesales de la persona refugiada, ¿cabe que el Estado que ha sido objeto de la resolución o dictamen de un mecanismo multilateral perteneciente al Sistema de Naciones Unidas, mediante la cual se le atribuye responsabilidad en violación de los derechos de una persona asilada o refugiada, 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?

b. Consideraciones de la Corte

En un principio la Corte hizo notar que la consulta presentada por el Estado de Ecuador poseía características como: i) únicamente las preguntas “a” y “g” especifican las disposiciones jurídicas a se analizadas, ii) contiene interrogantes relativos a la interpretación de diferentes disposiciones jurídicas que involucran varios instrumentos regionales e internacionales, iii) todas las preguntas incluyen presupuestos y condicionantes fácticos, aunque no se hace mención expresa de alguna controversia o disputa concreta que pueda mantener el Estado solicitante en el ámbito interno o internacional, iv) las preguntas “b” y “c” hacen referencia, como presupuesto fáctico de la consulta, “a un Estado, ajeno a determinada convención sobre asilo” o bien “ a un Estado que pertenezca a un régimen jurídico regional distinto de aquel en base al cual se concedió el asilo”, y v) las pregunta “d” está formulada en términos vagos y abstractos por lo que consideró que era inadmisibile in toto.

Por otro lado, la Corte estimó que la pregunta identificada con el literal “g” engloba cuestiones que no poseen conexión al comprender dos cuestiones con significado diverso, las cuales pueden distinguirse claramente. Primero, el alcance del “derecho de calificación a favor del Estado de acogida” y segundo, “la posibilidad de que un Estado solicite cooperación judicial en materia penal de un Estado asilante”.

Además, se cuestiona las consecuencias que deriva el incumplimiento por parte de “un Estado que ha sido objeto de una resolución o dictamen de un mecanismo multilateral perteneciente al Sistema de Naciones Unidas”. Ante esto, argumentó que las consecuencias de las decisiones adoptadas en el marco de los órganos, tratados y procedimientos especiales del sistema universal de protección de los derechos humanos que establezcan una responsabilidad internacional, exceden el ámbito de competencia del Tribunal (la Corte), por lo que no fue admisible. Citamos:

“Por otro lado, se consulta sobre las consecuencias que derivan del incumplimiento por parte de “[un] Estado que ha sido objeto de la resolución o dictamen de un mecanismo multilateral perteneciente al Sistema de Naciones Unidas”, y, en particular, cuando dicho mecanismo establezca que “la conducta de [ese] Estado puede interpretarse como desconocimiento del derecho de calificación ejercido por el Estado que asila”. Ante ello, la Corte considera que la cuestión referida al valor jurídico y a las consecuencias de las decisiones adoptadas en el marco de los órganos de tratados o de procedimientos especiales del sistema universal de protección de los derechos humanos que establezcan responsabilidad internacional, exceden el ámbito de competencia de este Tribunal, en tanto se rigen por su propio marco normativo y mandato, por lo que no es admisible. Los aspectos restantes podrán ser objeto de la presente opinión consultiva.”⁷⁷

En cuanto al punto “a”, referido a la interpretación de los instrumentos de derechos humanos, la Corte mencionó que las convenciones que conforman el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, por ser considerados tratados del derecho internacional, debe interpretarse conforme al artículo 31 de la Convención de Viena, es decir, en buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su propio objeto y fin. Como establece el artículo subsiguiente (artículo 32), podrá utilizarse los medios de

⁷⁷ LA INSTITUCIÓN DEL ASILO Y SU RECONOCIMIENTO COMO DERECHO HUMANO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN (2018) Opinión Consultiva OC25/18. p. 27, párrafo 27.

interpretación complementaria cuando: a) deje ambiguo u oscuro el sentido o b) cuando conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Fue por esto por lo que, la Corte recurrió a las pautas interpretativas del propio sistema. Haciendo alusión a la Opinión Consultiva OC-16/99⁷⁸ donde se manifiesta que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos y: “cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.”

La Corte estableció que el hecho de que los instrumentos de protección de derechos humanos del Sistema Interamericano expresaran que se otorgará el asilo “de acuerdo con la legislación de cada Estado” no debería traducirse en que los Estados no cuenten con una obligación inmediata de respetar y garantizar el derecho de asilo. En la Sentencia establecieron que: “la Corte ya ha establecido que el hecho de que los Estados partes puedan fijar condiciones del ejercicio de un derecho no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones de aquellos que han contraído según el artículo 1.1. El hecho de que el artículo 22.7 derive a la legislación interna y a los convenios internacionales no impone, como condición previa para el respeto y garantía del derecho de asilo, la adopción de normas o la ratificación de tratados. A tal respecto, este Tribunal ha señalado que el sistema de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas, y no a facultar a los Estados para hacerlo. Por ello, si bien el artículo 22.7, interpretado de manera conjunta con las obligaciones dispuestas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, requiere que los Estados adopten medidas legislativas y de otra índole para garantizar el derecho a buscar y recibir asilo, conforme a la propia convención y a otros convenios internacionales pertinentes, ello no significa que si el Estado no cuenta con legislación interna o no es parte de otros tratados que impliquen obligaciones internacionales sobre asilo, no se encuentra obligado a respetar y garantizar el derecho a buscar y recibir asilo.”⁷⁹

En cuanto a la territorialidad del asilo, la Corte interpretó que la tradición latinoamericana se reduce al reconocimiento del asilo territorial, es decir, dentro del espacio que configura el territorio del Estado asilante, haciendo mención de los instrumentos regionales que así lo estiman como el artículo 15 y 17 del Tratado sobre Derecho Penal Internacional de 1889, el artículo 1 de la Convención sobre Asilo de La Habana de 1928, el artículo 11 del Tratado sobre Asilo y Refugio de Montevideo de 1939, en los artículos I y II de la Convención sobre Asilo Territorial de 1954, y en los artículos XII y XVII de la Convención sobre Asilo Diplomático de 1954.

Como mencionamos, conforme al derecho internacional público, no existe acuerdo universal relacionado a la existencia de un derecho individual a recibir asilo diplomático, a pesar de que esta está enfocada a brindar protección a los individuos en circunstancias complicadas de la vida

⁷⁸ *EL DERECHO A LA INFORMACIÓN SOBRE LA ASISTENCIA CONSULAR EN EL MARCO DE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL* (1999): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-16/99.

⁷⁹ *LA INSTITUCIÓN DEL ASILO Y SU RECONOCIMIENTO COMO DERECHO HUMANO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN* (2018) Opinión Consultiva OC25/18. p. 27, párrafo 27.p. 48, párrafo 141.

democrática en un país determinado. Sin embargo, la Corte consideró que la falta de consenso internacional no implica que los Estados deben desconocer y descartar en su totalidad el asilo diplomático toda vez que estos se encuentran facultados para otorgarla. Citamos:

“La falta de consenso internacional, no implica desconocer que, a veces, el recurso de asilo diplomático no puede ser totalmente descartado, ya que los Estados conservan la facultad de otorgarlo, al constituir la potestad soberana de los mismos. En efecto, las personas han buscado asilo en las misiones diplomáticas por siglos, y los Estados, a su vez, han otorgado alguna forma de protección a individuos perseguidos por razones políticas o que enfrentan una amenaza inminente a su vida, libertad, seguridad y/o integridad, no siempre reconociendo el asilo diplomático, sino en muchas ocasiones recurriendo a negociaciones de carácter diplomático. En esta medida, de conformidad con el derecho internacional, el asilo diplomático consiste en una práctica humanitaria con la finalidad de proteger derechos fundamentales de la persona, la cual ha sido otorgada con el fin de salvar vidas o prevenir daños a derechos fundamentales ante una amenaza inminente.”⁸⁰

Indistintamente que la tradición latinoamericana no incluya el asilo diplomático, los Estados miembros de la OEA tienen la responsabilidad de respetar, por medio de todos sus funcionarios públicos y entidades estatales, los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana de todas las personas bajo su jurisdicción sean o no nacionales, sin discriminación alguna. Por tanto, existen ciertas obligaciones en el supuesto que una persona acuda o irrumpa en una sede diplomática en búsqueda de protección y se encuentra bajo la jurisdicción de ese Estado. En este sentido, mencionaron que:

“La Corte ha indicado que, el uso del término jurisdicción en el artículo 1.1 de la Convención Americana, implica que el deber estatal de respeto y garantía de los derechos humanos se debe a toda persona que se encuentre en el territorio del Estado o que, de cualquier forma, sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control. En esta línea, la Corte ha establecido en sus precedentes que el hecho de que una persona se encuentre sometida a la jurisdicción del Estado no equivale a que se encuentre en su territorio... por tanto, el margen de protección a los derechos reconocidos en la Convención Americana es amplio, en la medida en que las obligaciones de los Estados Partes no están restringidas al espacio geográfico correspondiente a su territorio, sino que abarca aquellas situaciones donde, aún fuera del territorio de un Estado, una persona se encuentre bajo su jurisdicción. Por tanto, para la Corte, la jurisdicción a la que se refiere el artículo 1.1 de la Convención Americana contempla circunstancias en que conductas extraterritoriales de los Estados constituyan un ejercicio de la jurisdicción por parte de dicho Estado.”⁸¹

A consideración de la Corte, aquellas obligaciones son: i) de garantizar las normas de protección y asegurar la efectividad de los derechos reconocidos en la Convención en toda circunstancia y respecto a toda persona, sin discriminación alguna, ii) interpretar el artículo 1.1 de la Convención Americana como el deber de garantizar dichos derechos a toda persona que se encuentre en su territorio o que, de cualquier forma, sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control, una

⁸⁰ Ídem, p. 52-53, párrafo 155.

⁸¹ LA INSTITUCIÓN DEL ASILO Y SU RECONOCIMIENTO COMO DERECHO HUMANO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN (2018) Opinión Consultiva OC25/18, p. 55-56, párrafos 171 y 173.

persona que se encuentre sometida a su jurisdicción no equivale a que se encuentre en su territorio, iii) la prohibición de devolución que engloba el artículo 22.8 considerando que el mismo menciona la devolución de “extranjeros” sin hacer distinción entre solicitantes de asilo o refugiados, iv) prohibición de devolución o expulsión no solo “a otro país, sea o no de origen” en el que la persona pudiera encontrarse amenazada sino cualquier Estado en el cual se pueda a su vez expulsar, devolver o extraditar posteriormente, abarcando la llamada devolución indirecta, v) obligación exigible de entrevista a la persona y evaluación preliminar del riesgo de devolución, vi) la responsabilidad de actuar y dar un estatus a la persona, evitando que las mismas queden en un limbo.

Las consideraciones de la Corte han marcado un precedente porque fue la ocasión más reciente en que el Tribunal regional ha determinado el alcance de las responsabilidades adquiridas con la ratificación de la Convención Americana e instrumentos relacionados, fuera del territorio que conforma su jurisdicción.

5. Caso de Julian Assange

El pasado 11 de abril de 2019, luego de 7 años, las autoridades británicas ingresaron a la embajada de la República del Ecuador en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, para arrestar a Julian Assange, editor y periodista australiano, fundador de Wikileaks, presunto responsable de propagar datos confidenciales, no solo de personas particulares, sino de entes estatales como la FBI y la CIA, por no haber comparecido ante las cortes británicas a las audiencias del proceso de extradición iniciado por Suecia.

El arresto se perfeccionó luego que el presidente de la República del Ecuador, Lenin Moreno, retiró el asilo que su Estado había otorgado desde el 19 de junio del 2012 después de que los tribunales británicos determinaron que la solicitud de extradición por parte de Suecia había sido conforme a derecho por lo que el procesado debía trasladarse a dicho país.

Esto marcó un precedente importante relacionado a la aplicación de las normas del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos vinculadas al asilo fuera de la región latinoamericana por lo que nos resulta importante incluir su análisis dentro del presente trabajo de investigación.

La detención de Assange, por parte de las autoridades británicas fue criticada por varios sectores de la sociedad, principalmente porque su detención tuvo tintes políticos, por la presunta tortura psicológica, violación de los principios del asilo, y porque se desconoció su previa naturalización conforme a la legislación del Ecuador.

a. Relación con la política

Así como hemos mencionado, uno de los principales motivos por el cual la detención de Assange fue cuestionada por sectores de la sociedad civil y personas influyentes como el ex presidente ecuatoriano, Rafael Correa⁸², fue por la posibilidad de la intromisión de asuntos políticos, lo que

⁸² Entrevista a CNN en Español (abril del 2019).

despierta dudas si los procesos que se le siguen son de categoría común o políticos, lo que definiría si la entrega fue conforme a los instrumentos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano.

El primer hecho que nos da luces del matiz político es la publicación por parte de WikiLeaks, de los “INA papers”, en marzo del 2019, donde se involucra de manera al presidente Lenin Moreno y a parte de su familia con una sociedad off-shore y cuenta bancaria en Balboa Bank, en la República de Panamá donde había recibido injustificadamente 18 millones de dólares.

El 28 de marzo, el entonces Secretario de Comunicaciones, Andrés Michelena dijo a CNN en Español que los INA papers formaban parte de un complot de Julian Assange, el presidente venezolano Maduro y el ex presidente ecuatoriano Correa para derrocar al gobierno de Moreno. Expresó: “Tienes que entender cómo están conectadas estas personas, Assange es el Troll Center, el pirata informático del ex presidente Correa, [Assange] se encarga del lado tecnológico y de los medios sociales”⁸³.

El mismo día, la Asamblea Nacional emitió una resolución⁸⁴ manifestando su apoyo al presidente Moreno e invitando al Ministerio de Relaciones Exteriores a tomar medidas contra el asilo de Assange sobre la base de la filtración de INA papers “en el interés nacional” si considera pertinente hacerlo.

En otra oportunidad⁸⁵, el ministro de Relaciones Exteriores dijo: “Es absolutamente indignante, reprochable, pinta al señor Assange de cuerpo entero... ciertamente vamos a actuar. No vamos a permitir que use su portal para interferir en canales de comunicación privados del Jefe de Estado de los ecuatorianos... está mordiendo la mano de quien le da de comer”. También declaró: “vamos a analizar si las agresivas publicaciones del Sr. Julian Assange contra el estado ecuatoriano merecen una acción legal del estado ecuatoriano”.

Por su parte, el abogado de Assange en Ecuador, Carlos Poveda, manifestó que Assange no tuvo nada que ver con la publicación: “Recuerde que WikiLeaks tiene una organización interna y que Assange ya no está en el editor. Ahora recurriremos a otros tipos de situaciones, especialmente a la Comisión Interamericana.”⁸⁶ Sugiriendo que dicha detención y entrega solamente configura una vendetta política por parte del presidente Moreno.

Adicional a esto, se relaciona la detención de Assange con menesteres políticos debido a una transferencia realizada por el Fondo Monetario Internacional (FMI) que asciende a la suma de USD 4,200 millones que en esencia tenía como fin crear una economía más dinámica e inclusiva, promoviendo la competitividad, la creación de empleo y apoyando a la sostenibilidad fiscal en la economía ecuatoriana.

⁸³ Entrevista a CNN en Español (marzo del 2019).

⁸⁴ Resolución Asamblea Nacional de Diputados de la República del Ecuador (marzo del 2019).

⁸⁵ Entrevista de IVOOX (marzo del 2019).

⁸⁶ Entrevista de CNN en Español (mayo del 2019).

Allegados a Assange han argumentado⁸⁷ que el Ecuador canjeó con el FMI la emisión del préstamo antes mencionado por la entrega de Assange, tomando en consideración que el préstamo debe ser previamente aprobado por el Directorio Ejecutivo del FMI, donde EE. UU. tiene mucha influencia.

b. Presunta tortura psicológica y violación a derechos humanos

En 2014, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (GTDA) se le encomendó analizar el caso del fundador de WikiLeaks, Julian Assange. Luego de haber realizado la investigación correspondiente, el GTDA arribó a la conclusión de que “la privación de libertad de Julian Assange es arbitraria, porque contraviene los arts. 9 (prohibición de detención arbitraria), 10 (tutela judicial) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los artículos 1 (autodeterminación), 3 (igualdad para el goce de los derechos), 4 (prohibición de suspensión de los efectos contraviniendo el derecho internacional o por motivo de discriminación), 10 (derechos de los privados de libertad), 14 (igualdad ante la Ley) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.”⁸⁸

Esto, en virtud de que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte no había concedido el salvoconducto de manera que Assange pudiera abandonar el territorio británico sin ser detenido. La GTDA requirió a: “los Gobiernos de Suecia y Reino Unido que evalúen la situación del señor Assange, garanticen su seguridad y su integridad física, faciliten el ejercicio de su derecho a la libertad de circulación de manera oportuna y velen porque disfrute plenamente de los derechos que le garantizan las normas internacionales en materia de reclusión.”⁸⁹

Por su lado, los británicos argumentaron que Assange se encontraba asilado en virtud de la Convención de Caracas de 1954 y las normas regionales del Sistema Interamericano, que no son vinculantes para ellos, a razón de que no forman parte de dicho sistema y al no ser Estado miembro, no se encontraban obligados a otorgar el salvoconducto. Fue por esto por lo que Assange permaneció sin poder abandonar la Embajada ecuatoriana.

Por otro lado, Nils Melzer, relator especial de Naciones Unidas para la tortura y especialista en derecho internacional, ha mencionado en reiteradas ocasiones que Assange ha sido sometido a tortura psicológica no solo por la persecución colectiva, incluyendo declaraciones de amenaza por parte de las autoridades del Gobierno, sino por el trato que recibió dentro de la Embajada del Ecuador durante los últimos años.

En la página del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, reposa el informe de mayo del 2019, donde dicho relator, luego de haber visitado a Assange, mencionó que teme que sus derechos humanos puedan ser seriamente violados si es extraditado a Estados Unidos. Destacó:

⁸⁷ Diario Telesur, publicado en la página web (abril del 2019).

⁸⁸ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA DETENCIÓN ARBITRARIA DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe del 2016.

⁸⁹ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA DETENCIÓN ARBITRARIA DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe del 2016.

"Estoy particularmente alarmado por el reciente anuncio hecho por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de 17 nuevos cargos contra el Sr. Assange bajo la Ley de Espionaje, que actualmente lleva hasta 175 años de prisión. "Esto podría resultar en una sentencia de por vida sin libertad condicional, o posiblemente incluso la pena de muerte, si se agregaran más cargos en el futuro" ⁹⁰

Haciendo énfasis en que a Assange se le ha limitado la visita de sus abogados y a su vez, el acceso a los expedientes que contienen los alegatos y documentación de los Estados que solicitan su extradición lo que impide que el mismo pueda preparar de manera adecuada una defensa ante un caso tan complejo.

Aunado a lo anterior, el reporte destaca la tortura psicológica a la que ha sido sometido Assange a través de campañas públicas de burla, intimidación y difamación, no solo en los Estados Unidos, también en el Reino Unido, Suecia y, más reciente, Ecuador.

Durante su visita, el relator de Naciones Unidas fue acompañado por dos médicos especialistas en psiquiatría. Luego de haber escuchado lo que arrojaron los resultados mencionó en su reporte:

“Era obvio que la salud de Assange se había visto gravemente afectada por el ambiente extremadamente hostil y arbitrario al que había estado expuesto durante muchos años...lo más importante, además de las dolencias físicas, el Sr. Assange mostró todos los síntomas típicos de la exposición prolongada a la tortura psicológica, incluido el estrés extremo, la ansiedad crónica y el trauma psicológico intenso...la evidencia es abrumadora y clara, Assange ha estado expuesto deliberadamente, durante un período de varios años, a formas progresivamente graves de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, cuyos efectos acumulativos sólo pueden describirse como tortura psicológica.”⁹¹

c. Presunta violación del asilo otorgado

Uno de los puntos más controvertidos relacionados a la detención y entrega de Assange fue que el Estado de Ecuador, siendo miembro del Sistema Interamericano y universal de los derechos humanos, desconoció el principio de no devolución o “non-refoulement”, ignorando su responsabilidad como Estado asilante que había sido reafirmada por la Corte Interamericana en mayo del 2018 mediante la Opinión Consultiva OC-25/18. Como agravante, ignoró de manera conveniente el hecho de que Assange ya era ecuatoriano por naturalización.

Primeramente, desde nuestras luces, el Estado de Ecuador violó el principio de no devolución previamente aceptado mediante la ratificación de los instrumentos que forman parte del Sistema Interamericano, tal como el artículo 22.8 de la Convención Americana que establece:

“Artículo 22. Derecho de circulación y de residencia.

1...

⁹⁰ ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS , Informe de relator del (mayo del 2019).

⁹¹ Ídem.

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.”

Esta responsabilidad había sido recalcada por la Corte Interamericana en la reciente Opinión Consultiva que hemos citado ut supra. El Señor Assange se encontraba dentro de la jurisdicción del Ecuador, por lo que debía gozar de todos los derechos y garantías del Sistema Interamericano, entre esos, la no devolución, tomando en consideración que la vida y libertad del mismo se encuentra en peligro inminente, así como ha dejado en evidencia mediante declaraciones, varias autoridades estadounidenses, suizas y hasta ecuatorianas.

El previo análisis no incluye el hecho de que Assange había solicitado y obtenido la naturalización durante el año 2017, conforme al artículo 6 y 8 de la Constitución de la República de Ecuador, gozando éste de los mismos derechos que un ecuatoriano por nacimiento, así como lo establece el artículo 9 de la misma Carta Magna.

Nos resulta importante destacar que al ser el señor Assange naturalizado y gozar de todos los derechos consagrados en la Constitución, existe un impedimento de extradición, consagrado en su artículo 79 que establece:

“Artículo 79. En ningún caso se concederá la extradición de una ecuatoriana o ecuatoriano. Su juzgamiento se sujetará a las leyes del Ecuador.”

Por otro lado, el Estado ha criticado directamente la forma en que se otorgó dicha naturalización, llamándola “totalmente cuestionable”, así como declaró Juan Falconi, Embajador de Ecuador en Londres entre septiembre del 2013 y junio del 2015. El mismo, alega que dicho procedimiento carece de varios de los requisitos establecidos en la Ley como: i) presentación de solicitud escrita, ii) pago de USD 800, iii) haber vivido tres años antes de haber hecho la solicitud.

A la luz de los hechos podemos notar que dicha yuxtaposición de normas y la interpretación que le ha dado el Estado del Ecuador, afecta la seguridad jurídica toda vez que agotados los procedimientos de naturalización, se pretende revocar, y más que eso, contraviene tanto su derecho doméstico que prohíbe la extradición, así como los principios consagrados en los instrumentos de derechos humanos del Sistema Interamericano, como su principio “erga omnes”, es decir, que los derechos y garantías establecidos en los distintos tratados y convenciones son aplicables a todos los que se encuentren dentro de la jurisdicción de un Estado miembro, sin discriminación.

6. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre del 2003, realizada por los Estados Unidos Mexicanos, Corte Interamericana de los Derechos Humanos

El 10 de mayo de 2002, el Estado de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante México), con base a las facultades que le otorga la Convención Americana de los Derechos Humanos (64.1), sometió a la Corte Interamericana una solicitud de opinión consultiva relacionada principalmente con la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes y su compatibilidad con las responsabilidades adquiridas por los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la Ley.

Así mismo, México expuso dentro de sus consideraciones que el motivo que originó principalmente esta consulta fue la promulgación, por parte de otros Estados miembros de la OEA, de legislaciones que pudieran vulnerar los derechos de los migrantes indocumentados. Citamos:

“Los trabajadores migratorios, al igual que el resto de las personas, deben tener garantizado el goce y ejercicio de los derechos humanos en los Estados donde residen. Sin embargo, su vulnerabilidad los hace blanco fácil de violaciones a sus derechos humanos, basadas especialmente en criterios de discriminación y, en consecuencia, los coloca en una situación de desigualdad ante la ley en cuanto [a]l goce y ejercicio efectivos de estos derechos... En el contexto ya descrito, preocupa profundamente al Gobierno de México la incompatibilidad de interpretaciones, prácticas y expedición de leyes por parte de algunos Estados de la región, con el sistema de derechos humanos de la OEA. El Gobierno de México estima que tales interpretaciones, prácticas o leyes implican negar, entre otros, derechos laborales sobre la base de criterios discriminatorios fundados en la condición migratoria de los trabajadores indocumentados.”⁹²

El Estado también manifestó que tiene especial interés en que la Corte se pronuncie al respecto, toda vez que existen, aproximadamente, 5.998.500 (cinco millones novecientos noventa y ocho mil quinientos) trabajadores mexicanos fuera del territorio nacional. De ellos, se calcula que 2.490.00 (dos millones cuatrocientos noventa mil) son trabajadores indocumentados que, al carecer de una situación migratoria irregular, se convierten en un grupo vulnerable para la explotación humana y laboral, debido a su condición.

El 7 de abril del 2003 el presidente de la Corte emitió una Resolución, mediante la cuál convocó a “una audiencia pública sobre la solicitud de Opinión Consultiva OC-18, el día 4 de junio del 2003 donde participaron algunos de los que mandaron escritos manifestando su opinión al respecto, como miembros de las distintas legaciones de los Estados miembros de la OEA (Honduras, Nicaragua, El Salvador, Costa Rica, República Oriental del Uruguay, Paraguay, Panamá, República Dominicana) y otras organizaciones como las Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Delgado Law Firm, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services, Harvard Law School, National Coalition of Hispanic Organizations, entre otras.

i. Consultas del Estado de México⁹³

1) ¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores impide per se el goce de tales derechos?

⁹² *CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS* (2003): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-18/03, p. 2, párrafo 2.

⁹³ *CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS* (2003): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-18/03, párrafo 4.

2.1) Los artículos 2, párrafo 1 de la Declaración Universal y II de la Declaración Americana y los artículos 2 y 26 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], así como 1 y 24 de la Convención Americana, ¿deben interpretarse en el sentido de que la legal estancia de las personas en el territorio de un Estado americano es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidos en dichas disposiciones a las personas sujetas a su jurisdicción?

2.2) A la luz de las disposiciones citadas en la pregunta anterior [,] ¿puede considerarse que la privación de uno o más derechos laborales, tomando como fundamento de tal privación la condición indocumentada de un trabajador migratorio, es compatible con los deberes de un Estado americano de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley que le imponen las disposiciones mencionadas?

Con fundamento en el artículo 2, párrafos 1 y 2 y en el artículo 5, párrafo 2, [ambos] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

3) ¿Cuál sería la validez de la interpretación por parte de un Estado americano en el sentido de subordinar o condicionar de cualquier forma la observancia de los derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual y efectiva protección de la misma sin discriminación, a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes, independientemente de la jerarquía que el derecho interno atribuya a tales leyes, frente a las obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otras obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos oponibles erga omnes?

Habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación, en especial a través de las disposiciones invocadas de los instrumentos mencionados en la presente solicitud,

4) ¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general, y en ese contexto, pueden considerarse como la expresión de normas de ius cogens? Si la respuesta a esta segunda pregunta resultase afirmativa, ¿qué efectos jurídicos se derivan para los Estados miembros de la OEA, individual y colectivamente, en el marco de la obligación general de respetar y garantizar, conforme al artículo 2 párrafo 1 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], el cumplimiento de los derechos humanos a que se refieren el artículo 3, inciso (I) y el artículo 17 de la Carta de la OEA?

ii. Consideraciones de la Corte

Durante la fase de presentar escritos, la Comisión Interamericana hizo aportes interesantes al caso, que sentarían base para la Sentencia. Subrayó que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no solo prohíbe las políticas deliberadamente discriminatorias, sino aquellas cuya repercusión sea contra un grupo específico de personas. Mencionó que:

“El principio de igualdad no excluye la consideración del estatus migratorio. Los Estados tienen la facultad de determinar cuáles extranjeros pueden ingresar a su territorio y bajo qué condiciones.

Sin embargo, es necesario mantener abierta la posibilidad de identificar formas de discriminación no contempladas específicamente, pero que constituyan violaciones al principio de igualdad... Los Estados pueden establecer distinciones en el goce de ciertos beneficios entre sus ciudadanos, los extranjeros con estatus regular y los extranjeros en situación irregular. Sin embargo, en virtud del desarrollo progresivo de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para ello se requiere de un examen detallado de los siguientes factores : 1) contenido y alcance de la norma que discrimina entre categorías de personas; 2) consecuencias que tendrá ese trato discriminatorio en las personas desfavorecidas por la política o prácticas estatales; 3) posibles justificaciones de ese tratamiento diferenciado, especialmente su relación con un interés legítimo del Estado; 4) relación racional entre el interés legítimo y la práctica o políticas discriminatorias; y 5) existencia o inexistencia de medios o métodos menos perjudiciales para las personas que permitan obtener los mismos fines legítimos.”⁹⁴

En la Sentencia, la Corte estructuró la respuesta, tomando en consideración que las interrogantes del Estado de México estaba vinculado con: i) la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación (preguntas no. 2.1 y 4); ii) aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes (pregunta 2.1); iii) derechos de los trabajadores migrantes indocumentados (preguntas no. 2.2 y 1); iv) obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (pregunta no. 3).⁹⁵

En cuanto al primer punto, estableció que: “los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Es incuestionable el hecho de que toda persona humana tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política.”⁹⁶

En ese sentido, la Corte invocó una pronunciación anterior⁹⁷, donde declaró que:

“...todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención... Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.”

⁹⁴ *CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS* (2003): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-18/03, p. 25.

⁹⁵ Ídem, p. 96, párrafo 67.

⁹⁶ Ídem, p. 100, párrafo 72.

⁹⁷ Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú (2003).

También destacó la importancia del control de la convencionalidad dentro de las legislaciones de los Estados miembros del Sistema Interamericano, de manera que se integre los preceptos de los principales instrumentos de protección internacional y decisiones de la Corte y se garanticen los derechos, en especial, a estos grupos vulnerables. Citamos:

“En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados”⁹⁸

La aplicación del principio de igualdad y no discriminación, la Corte se refirió a estos como “elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos”⁹⁹ Subrayando el hecho de que la igualdad desprende directamente de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, por lo que iría en contra de los principios del derecho internacional de los derechos humanos, aquellas normas que consideren un grupo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de los derechos de los instrumentos de derechos humanos. Sin embargo, la Corte mencionó que no todas las distinciones pudieran considerarse ofensivas o que vulneren derechos.¹⁰⁰ Advirtió que “solo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando su situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.”¹⁰¹

De esta manera, puntualizaron que a todas las diferenciaciones que hace un Estado dentro de su legislación, no pudieran definirse directa y automáticamente como una discriminación o vulneración de los derechos de la Convención. Por esto, describió que:

“No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esta distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”.¹⁰²

⁹⁸ *CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS* (2003): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-18/03, p. 101, párrafo 77.

⁹⁹ Ídem, p. 103, párrafo 83.

¹⁰⁰ Ídem, p. 105, párrafo 89.

¹⁰¹ Ídem.

¹⁰² *CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS* (2003): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-18/03, p. 106, párrafo 91.

Motivado en lo anterior, la Corte mencionó los efectos del principio de igualdad y no discriminación, destacando que los Estados deben evitar realizar acciones que pudieran contravenir este principio. Por ejemplo, la prohibición de emitir leyes, dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter que promuevan un grupo superior o inferior por motivo de su raza, género, color u otras causales. Además, señaló la obligación de “adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de un grupo determinado de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.”¹⁰³

En cuanto al segundo punto, relacionada con la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes, la Corte mencionó que:

“Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana.”¹⁰⁴

En este punto, la Corte establece puntos relevantes para los efectos del presente trabajo de investigación. La misma destaca que un Estado puede realizar diferenciaciones entre dos grupos, por ejemplo, entre las personas que ya ha sido aprobada su solicitud de asilo o refugio y aquellos que no poseen protección internacional, ya sea porque no la hayan solicitado o porque entraron al territorio del Estado a través de medios irregulares. En ambas circunstancias, el Estado no podrá ejercer medidas que vulneren los derechos de la Convención como el debido proceso, otorgándole el derecho a un recurso efectivo o de aquellos necesarios para desarrollar una vida digna.

Hace un especial énfasis en las garantías que deben otorgarse a fin de que la persona pueda ejercer una defensa efectiva. Por ejemplo, en el caso de que su solicitud de protección internacional sea negada, poder oponerse y sustentar de manera que el juzgador pudiera reconsiderar su decisión. Mencionó que “el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”¹⁰⁵

La Corte pasó a examinar los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados. Relacionado con este punto, hacen un análisis interesante, mencionando que “los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha

¹⁰³ Ídem, p. 110, párrafo 104.

¹⁰⁴ Ídem, p. 113, párrafo 119.

¹⁰⁵ Ídem, p. 115, párrafo 124.

condición... Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.”¹⁰⁶

De esta manera, determinó que aquellas personas que se encuentren en el proceso de recibir respuesta sobre su solicitud de protección internacional, también gozan de derechos laborales, aunque la autoridad no haya regularizado su condición migratoria. Es decir, que dicha condición no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos. Hace la salvedad de que el Estado y los particulares, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados, sin embargo, una vez son contratados, se convierten en titulares de derechos laborales correspondientes a los trabajadores. Citamos:

“El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.”¹⁰⁷

De tal forma, la Corte consideró que existen ciertos derechos que representan primordiales para que el Estado salvaguarde, en el caso de las personas migrantes¹⁰⁸, por considerarse un grupo vulnerable y propenso a ser objeto de violaciones de derechos, estos son: i) la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, ii) la prohibición y abolición del trabajo infantil, iii) las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y iv) los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización. Dentro de este grupo, entraría aquellas personas que se encuentran en el país bajo una condición de asilados o refugiados.

Por último, este Tribunal se refirió a las obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Respecto a esto, la Corte hizo alusión al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que establece que: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, es decir, que los Estados miembros de la OEA, por ser signatarios de documentos como la Carta Democrática, la Declaración Americana y la Convención Americana de los derechos humanos, se comprometen a cumplir con las obligaciones y a garantizar los derechos ahí consagrados, con la prohibición de invocar su legislación interna para no reconocer derechos fundamentales o evadir dicha responsabilidad¹⁰⁹.

¹⁰⁶ *CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS* (2003): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-18/03, p. 117, párrafo 133.

¹⁰⁷ Ídem, p. 120, párrafo 148.

¹⁰⁸ Ídem, p. 121, párrafo 157.

¹⁰⁹ Ídem, p. 123, párrafo 165.

Conclusiones y aportes

Luego de haber analizado la historia y surgimiento del asilo y refugio en el plano universal y regional, los principales motivos de desplazamiento forzoso en la región, las herramientas de protección de los derechos humanos y sus carencias, casos emblemáticos y consideraciones de la Corte Interamericana, y cifras de los principales organismos internacionales, llegamos a las siguientes conclusiones y propuestas:

I. Conclusiones

1. Existe una confusión entre la definición de asilo y refugio toda vez que los marcos internacionales no hacen una precisa distinción de estos, han sido los Estados que han desarrollado su propia normativa y no es comúnmente aceptada. Este fenómeno ha causado una pérdida de vigor de los conceptos jurídicos, favoreciendo el debilitamiento del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, por ende, a las personas en riesgo de una amenaza a su libertad o vida.
2. América Latina ha sido la región pionera en el desarrollo de la protección internacional en modalidad de asilo, teniendo una larga tradición de otorgar protección internacional, iniciando desde el siglo XVI y materializándola en el derecho positivo con la Conferencia de Derecho Internacional Privado celebrada en el Uruguay en 1889. Lo que la ha llevado a aportar doctrina no solo para su aplicación dentro del Sistema Interamericano sino para ser ejemplo de cara a otras jurisdicciones. Sin embargo, todos los Estados miembros del Sistema Interamericano no han adoptado la totalidad de los convenios y tratados relacionados por lo que no pudiera considerarse que existe una “tradicción latinoamericana de asilo” uniforme.
3. Los regímenes autoritarios, nacionalistas/populistas, los vacíos de las normas del derecho internacional, la impunidad, y la discrecionalidad del Estado configuran los principales problemas que afronta el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos.
4. Las herramientas de protección de los derechos humanos, tanto universales como regionales (del Sistema Interamericano) brindan a los Estados, esa discrecionalidad de aceptar o no a aquellas personas que escapan de su país de origen producto de una amenaza. Esto crea fenómenos como: la migración irregular, consumación de élites entre los que reciben asilo y refugio y a su vez, la expulsión de personas “ilegales”, entendiéndose como aquellos que no han recibido el estatus de asilado o refugiado de manera formal.
5. Sin importar el compromiso adquirido por los Estados miembros del Sistema Interamericano en el Coloquio de Cartagena en 1984, de aceptar el asilo y el refugio como un medio pacífico, apolítico y exclusivamente humanitario, han utilizado la discrecionalidad para involucrar la política en el otorgamiento de las solicitudes, estando la persona amenazada sujeta a la voluntad política del gobierno del Estado receptor que muchas veces podrían no coincidir en visiones políticas, lo que lo obligaría a tener que solicitar un tipo de “venia”.

6. La discrecionalidad de los Estados no los exime de su responsabilidad de respetar los derechos humanos de todas las personas que se encuentren dentro de su jurisdicción, sin discriminación, siendo extensiva esta responsabilidad a agentes diplomáticos y funcionarios en general que forman parte del gobierno, como elemento íntegro del Estado.

7. Las normas del Sistema Interamericano podrían crear lagunas jurídicas donde la persona solicitante quede en un estatus de limbo al brindar al Estado la facultad de denegar dicha solicitud y a su vez el impedimento de devolver a su país de origen o a cualquier otro donde su vida pudiera correr riesgo, dejándolo en indefensión.

8. Todas las personas migrantes, ya sea que se encuentren amparados bajo protección internacional en modalidad de asilo o refugio o no (índocumentados), deben gozar de garantías judiciales como el debido proceso y todos los derechos que desprenden del mismo. Los Estados no deben diferenciar entre documentados e indocumentados para garantizar los derechos de la Convención y demás tratados de derechos humanos.

9. Instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, coartan derechos laborales de las personas migrantes, como es el caso de los refugiados y asilados en los países emergentes en desarrollo, como lo son todos los Estados miembros del Sistema Interamericano, dejándolos en indefensión ante agentes económicos.

10. La crisis venezolana representa un gran reto no solo para la región sino para la comunidad internacional, siendo esta uno de los conflictos que más ha desplazado forzosamente a personas en tan poco tiempo, teniendo los países vecinos teniendo que reconsiderar sus políticas migratorias. Algunos países han vigorizado sus estándares, disminuyendo la emisión de carnés de residencia, estatus de asilo y refugiado.

II. Propuestas

1. Siendo América Latina una región pionera y de larga tradición en cuanto a la protección internacional, Los Estados miembros del Sistema Interamericano deben reafirmar su compromiso de cumplir con las normas del derecho internacional de los derechos humanos y derecho humanitario, reconociendo el principio “pro-homine” donde se interpreta y aplica la disposición que favorezca mayoritariamente a la persona, sobre todo a este grupo en específico que escapan de una amenaza real o inminente y donde su libertad y vida se pudieran correr peligro y vacíos de naturaleza legal no deben impedir que estas reciban protección internacional.

2. Que los Estados miembros convengan definir la diferencia entre refugio y asilo o declaren que son sinónimos, de manera que no se produzca confusión y pierda vigor los conceptos jurídicos en detrimento de la persona que requiere la protección internacional.

3. Que la OEA sugiera la modificación, anexo o creación de un nuevo documento que limite la discrecionalidad del Estado, de manera que este no pueda coartar de manera unilateral y antojadiza, los derechos de las personas vulnerables. En otro escenario, promover que los Estados reconozcan que, independientemente de la discrecionalidad otorgada, tienen la responsabilidad de respetar los derechos de todas las personas que se encuentren dentro de su jurisdicción, sin discriminación.

4. La creación y el desarrollo de la protección internacional dentro del Sistema Interamericano fue con un fin noble que se ha ido desdibujando, es por esto que resulta necesario, limitar la discrecionalidad que poseen los Estados de suspender derechos como la libre circulación en caso de alteración del orden público, recordando la responsabilidad que tienen de notificar, en tiempo oportuno, a la Secretaría de la OEA, todos los detalles de dicha suspensión, tal como lo establece la Convención Americana.
5. Que los Estados promuevan una política universal que establezca que en caso de que los países en vías de desarrollo, como es el caso de los miembros del Sistema Interamericano, no puedan garantizar los derechos laborales a las personas extranjeras, sea notificado a la secretaría de Naciones Unidas, como medida de publicidad, a fin de que la comunidad internacional junte esfuerzos y lo apoye.
6. Que las organizaciones internacionales, ONGs y sociedad civil que son los actores a los que debe estar en servicio el Sistema Interamericano, tomen su posición como protagonistas relevantes y promuevan la inclusión social de los refugiados y asilados, eliminando poco a poco los campos de refugiados, de manera que estos puedan circular, visitar a sus defensores legales, realizar trámites, tener acceso a servicios básicos y participar en la vida productiva de la economía del país.
7. Para que lo anterior sea posible y exista un procedimiento de protección seguro, reconocemos que debe otorgarse un estatus y registro de las personas que ingresan al país. Es por esto, que sugerimos que los países deberían adoptar las medidas administrativas expeditas y excepcionales de manera que se regularice la condición de las personas vulnerables y evitar que estas queden en un limbo jurídico que sólo aporta a que los mismos sean expulsados del territorio.
8. Reconociendo la importancia de la OEA como principal organismo de integración regional y encargada de reconocer y garantizar los derechos en los que fueron inspirados los actores pioneros de la protección internacional, así como el rol fundamental de los Estados miembros, de manera mancomunada deberían continuar sus esfuerzos promoviendo campañas en favor de la democracia, la inclusión de los refugiados y asilados y en contra de la xenofobia promovida en muchas ocasiones de manera sistemática.
9. El Grupo de Lima y la comunidad internacional en general deberían mantener la cooperación internacional mediante apoyo humanitario y diplomático ante la crisis venezolana a fin de que puedan superar esta situación por las vías constitucionales y reduciendo la violencia que actualmente se vive.
10. La comunidad internacional debería permanecer dándole relevancia a las crisis migratorias, no sólo cooperando internacionalmente a fin de que los países receptores acojan a estas personas que huyen de una situación donde su libertad o vida corren peligro, sino también para cesar la continuidad de los conflictos que los originan.