

Asilo. Refugio

Corte IDH, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25

Por Raphael Carvalho de Vasconcelos¹ y Eraldo Silva Júnior²

Introducción

La jurisdicción consultiva no es una creación del derecho internacional. Sus orígenes estarían en Inglaterra, en un momento anterior a la consolidación de la función judicial como estructura de poder independiente, cuando la Corona tenía potestades para someter a un comité judicial cualquier pregunta sobre la cual desease respaldo técnico. En ese contexto, las consultas eran especialmente importantes porque el derecho inglés todavía estaba en su período de formación y tenía características extremadamente fluidas, sin codificación consistente.³

Posteriormente, la función consultiva encontró en el derecho internacional un ambiente ideal para su desarrollo. De hecho, la atribución de competencia consultiva a las cortes y a los tribunales que se establecían tenía bastante sentido en un sistema que, al menos hasta principios del siglo XX, se estructuraba fundamentalmente basado en la costumbre.

1 Abogado y Consultor. Profesor Titular de Derecho Internacional Público (Universidad del Estado de Río de Janeiro). Profesor de Derecho Público (Universidad Federal Rural de Río de Janeiro).

2 Profesor de Derecho Internacional Público y Miembro de la Defensoría Federal del Pueblo de Brasil.

3 Pati, P. C. (1993). *Advisory jurisdiction of the Supreme Court of India: a critical study*. Vani Vihar: Utkal University, p. 43.

La Corte Permanente de Justicia Internacional, creada en 1922, por ejemplo, no tenía en su estatuto original referencia a la competencia consultiva que recién por el Protocolo de 14 de septiembre de 1929 fue incorporada a la normativa del órgano jurisdiccional.

La doctrina resistió, sin embargo, sobremanera a la competencia consultiva por dos razones principales: por un lado, el carácter no obligatorio de las opiniones emitidas las convertiría fácilmente en sugerencias interpretativas que, ignoradas, llevarían a la CPJI al descrédito; por otro lado, si consideradas vinculantes, representarían para los estados la introducción de la jurisdicción internacional obligatoria.⁴

Otro elemento que genera críticas a la sistemática de las opiniones consultivas sería la dificultad de separar, de forma objetiva, la solicitud abstracta de los hechos que la originaron.

Justamente esa dificultad remarca la solicitud de opinión consultiva sobre “la institución del asilo en sus diversas formas y la legalidad de su reconocimiento como derecho humano de todas las personas conforme al principio de igualdad y no discriminación”, presentada por la República de Ecuador a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en 2016, que resultó en la Opinión Consultiva 25, objeto del presente comentario.

En el contexto referido, las formulaciones en abstracto no ocultan los hechos concretos vinculados a los intereses del Ecuador y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte respecto al asilo diplomático concedido por el estado suramericano a Julian Assange en su embajada en Londres.

A pesar de su carácter no vinculante, las opiniones consultivas son un indicativo de la posición de la Corte IDH en un caso concreto futuro. Aparte de esa naturaleza indicativa, las respuestas a las consultas formuladas le dan al derecho mayor grado de concreción y brindan al solicitante mayor seguridad jurídica y legitimidad a sus actuaciones, especialmente debido a las dificultades de determinación de contenido de la costumbre y el todavía bajo grado de institucionalidad del derecho internacional. Asimismo, por no obligar a los estados, las opiniones consultivas conforman una importante oportunidad para que una corte de derechos humanos adopte posicionamientos más audaces, que brinden una mayor protección a los individuos.

La postura poco valiente y audaz de la Corte IDH fue, sin embargo, la marca de la Opinión Consultiva 25.

El asilo diplomático y la protección de las legaciones

El primer punto remarcado en este comentario es el trato dado por la Corte IDH a la segunda cuestión presentada por la República del Ecuador: “¿Cabe que un Estado, ajeno a determinada convención

4 El uso del término “estado” en minúscula es consciente y alineado a la doctrina internacionalista más actual conforme Casella, P. B. (2011). *BRIC: Uma perspectiva de cooperação internacional*. San Pablo: Atlas, pp. 1-2. Sobre la competencia consultiva de la CPJI ver Pomerance, M. (2005). The ICJ’s Advisory Jurisdiction and the Crumbling Wall between the Political and the Judicial. *The American Journal of International Law*, 99(1), .27.

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 encuentra asilada?”.

La consulta tiene como objeto el respeto por estados terceros al asilo diplomático, un concepto jurídico típico de América Latina. La Corte IDH adoptó una posición extremadamente conservadora basada fundamentalmente en el principio de la relatividad de los tratados y en una interpretación restrictiva de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, incompatible con los designios de una corte de derechos humanos.

El asilo diplomático es una modalidad de asilo político provisional que tiene su origen en el surgimiento de las misiones diplomáticas en el siglo XV y guardaba fuerte identidad con el asilo religioso, en la medida en que era concedido también a acusados de crímenes comunes.⁵ La consolidación de los estados nacionales y la desaparición del *jus quartiorum*, es decir, de la inviolabilidad de las embajadas fundamentada en la teoría de la extraterritorialidad, generó que la importancia del asilo diplomático disminuyera gradualmente en el continente europeo hasta que, durante los siglos XIX y XX, ha sido solo eventualmente registrado en aquella región.⁶

Se afirma sin mayores dificultades, por las razones indicadas, que jamás existió en Europa asilo diplomático similar al existente en América Latina, en la medida en que la concesión de asilo en embajadas solo era admisible cuando estas eran consideradas, por ficción jurídica, territorio extranjero. Una vez reconocido el asilo diplomático como costumbre regional, no sería posible oponerlo a terceros estados y tampoco la Convención Interamericana sobre Asilo Diplomático les sería aplicable. Este panorama no significa, sin embargo, que no existen maneras de proteger en legaciones extranjeras a los individuos víctimas de persecución fuera de la América Latina.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 considera refugiado a cualquier persona que tema ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, grupo social o político (art. 1º). Así, no solo la persecución fundada en motivación política puede dar lugar a la caracterización de determinado individuo como refugiado y también la protección dada por la Convención es más amplia que la conferida por el asilo diplomático, en la medida en que admite como bastante la simple existencia del temor de persecución.

La Convención tiene como requisitos, además del fundado temor de persecución en razón de las causas indicadas, tan solo que el individuo se encuentre fuera del país de su nacionalidad –en el caso de los apátridas, del lugar de su residencia habitual– y no pueda –o debido al fundado temor no quiera– valerse de la protección de este país (art. 1.A.2). No hay, de tal modo, ninguna exigencia de territorialidad en relación con el estado protector, sino tan solo el hecho de estar el individuo fuera del estado de su nacionalidad.

5 Mello, C. D. A. (2004). *Curso de direito internacional público, volumen 2*. Río de Janeiro: Renovar, p. 1100.

6 *Ibidem*.

Aunque la legación no integre el territorio del estado representado, el estado territorial en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, sobre ese espacio no ejerce jurisdicción plena —especialmente ante la inviolabilidad prevista en el artículo 22 de la referida Convención—. Así, ejerciendo el estado de la legación jurisdicción sobre un individuo que se encuentre fuera del territorio de su nacionalidad —no puede el individuo, por lo tanto, ser nacional del estado territorial— y al existir fundado temor de persecución por opinión política, correspondería reconocerle la condición de refugiado.

Se resalta que la necesidad de observación de las obligaciones derivadas de convenciones de derechos humanos en cualquier lugar en que el estado ejerza jurisdicción fue reconocida por órganos jurisdiccionales internacionales. La Corte Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, al juzgar casos como *Medvedyev y Otros Vs. Francia*, reconoció la aplicabilidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales también en aguas internacionales.

En relación a los nacionales de terceros estados —excluidos, por lo tanto, los nacionales del estado territorial—, existiría, en conclusión, plena superposición entre los conceptos de asilo diplomático y de refugio. En ese sentido, el deber del estado de la legación de reconocer al individuo la condición de refugiado será oponible al menos a todos los estados partes de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.⁷

El non-refoulement y los deberes de los Estados

La Corte IDH concluyó, en cuanto al principio del non-refoulement, que “es exigible por cualquier persona extranjera, incluidas aquellas en búsqueda de protección internacional, sobre la que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo su control efectivo, con independencia de que se encuentre en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado”,⁸ a lo que agregó que “no solo exige que la persona no sea devuelta, sino que impone obligaciones positivas sobre los Estados”.⁹

El tribunal desperdició una importante oportunidad para desarrollar, al menos en el contexto del sistema regional, el posicionamiento de la Corte Internacional de Justicia cuando resolvió el caso “Haya de la Torre”.

En 1948, el gobierno peruano responsabilizó al partido Alianza Popular Revolucionaria Americana por el intento de golpe de estado fracasado. Víctor Raúl Haya de la Torre, dirigente de dicho partido, ingresó a la embajada de Colombia, que le concedió asilo político. Luego, el estado peruano negó la concesión de salvoconducto permitiendo el traslado de Haya de la Torre al territorio colombiano.¹⁰

7 Hathaway, J. C. y Foster, M. (2014). *The law of refugee status*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 24.

8 Corte IDH, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párrs. 164-199.

9 Idem, párrs. 194-199.

10 Barreto, R. Z. (2015). De Haya de la Torre a Manuel Zelaya: Vicissitudes e afirmações do Direito Latino-Americano de Asilo Diplomático En Paulo Pereira, A. C. y Menezes, W. (orgs.), *Direito e relações internacionais na América Latina* (pp. 570-587), Belo Horizonte: Arraes.

Fracasadas las tentativas de solución diplomática de la controversia, el caso fue sometido a la CIJ que, en una opinión consultiva sin grandes efectos prácticos, entendió no haber un derecho unilateral del estado de la embajada a calificar la persecución sufrida como política y que eso no obligaría, como consecuencia, a Perú a conceder salvoconducto para el asilado. La CIJ tampoco determinó, sin embargo, la entrega de Haya de la Torre al estado territorial, cuestión planteada posteriormente por las partes.¹¹

Los hechos que inspiraron la consulta formulada por Ecuador a la Corte IDH tienen innegable paralelo con el caso Haya de la Torre sometido a la CIJ. Como en el caso de 1948, Ecuador concedió asilo diplomático a un individuo calificado unilateralmente como perseguido político y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte negó la concesión de salvoconducto, haciendo que el asilo permaneciera de modo indefinido en la legación.¹²

En cuanto a la prohibición del rechazo, la Corte IDH afirmó que

el principio de no devolución es exigible por cualquier persona extranjera, incluidas aquellas en búsqueda de protección internacional, sobre la que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo su control efectivo, con independencia de que se encuentre en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado. Esta disposición incluye los actos realizados por las autoridades migratorias y fronterizas, así como los actos realizados por funcionarios diplomáticos.¹³

Se reconoce, por tanto, la obligación del estado de la legación de recibir a la potencial víctima de persecución, así como de proceder al análisis del caso y al respeto de todas las garantías derivadas de la condición de asilo/refugio: 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.¹⁴

11 *Ídem*, pp. 571 y 572.

12 La condición de asilado diplomático fue reconocida el 16 de agosto de 2012 al solicitante de nacionalidad australiana que había ingresado en la Embajada de Ecuador el 19 de junio del mismo año. La revocación del reconocimiento de su condición protectora el 11 de abril de 2019 y su detención el mismo día por las fuerzas de seguridad del Reino Unido –invitadas a ingresar en la embajada– conforman hechos que se suman a las críticas a la postura poco audaz de la Corte IDH plasmadas en este comentario, especialmente respecto a la posibilidad de identificación de los requisitos del refugio en contextos de reconocimiento de asilo.

13 Corte IDH, cit., párr. 192.

14 *Ídem*, párr. 99.

La cuestión principal dejada en abierto por la CIJ no fue, sin embargo, debidamente enfrentada por la Corte IDH. Al afirmar que el estado parte de la Convención sobre Asilo Diplomático estaría obligado a recibir al solicitante y a procesar la solicitud de asilo y, al mismo tiempo, negar cualquier efecto a terceros ante al principio de la relatividad de los tratados, la laguna dejada por la CIJ en “Haya de la Torre” no fue debidamente solucionada.

En los términos de la opinión consultiva, Ecuador estaría obligado a examinar y, una vez identificados los requisitos, a conceder el asilo diplomático. El estado territorial que no es parte de la Convención, a su vez, no estaría obligado a conceder el salvoconducto. A ese respecto, la Corte IDH señaló que

la situación jurídica de la persona tampoco puede quedar en un limbo o prolongarse indefinidamente. Así, la Corte ha precisado, en otros supuestos distintos al aquí examinado, que la persona no solamente tiene el derecho a no ser devuelta, sino que este principio requiere también la actuación estatal, teniendo en cuenta el objeto y fin de la norma. Ahora bien, el hecho de que la persona no pueda ser devuelta no implica *per se* que el Estado deba necesariamente otorgar el asilo en su sede diplomática, sino que subsisten otras obligaciones que imponen al Estado adoptar las medidas diplomáticas, incluida la solicitud al Estado territorial de expedir un salvoconducto, o de otra índole que estén bajo su autoridad y, de conformidad con el derecho internacional, para asegurar a los solicitantes la garantía de los derechos convencionales.¹⁵

Conclusión

La Opinión Consultiva 25 reconoció al estado de la legación la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para que la situación jurídica del asilo no se prolongara indefinidamente. Sin embargo, al no establecer obligaciones para el estado territorial, la Corte Interamericana perdió una oportunidad singular para solucionar una laguna dejada por la Corte Internacional de Justicia en el caso “Haya de la Torre”.

En ese sentido, el reconocimiento de la posible aplicabilidad superpuesta entre los institutos del asilo y del refugio bajo determinadas condiciones permitiría la atracción de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados a situaciones tratadas como asilo diplomático y sus correspondientes obligaciones generadas a un número bastante más contundente de estados.

¹⁵ *Ídem*, párr. 198.